

## SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

### **Seleccionados en la II Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal**

Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución

*Leandro Alberto Días*

O status de vítima no Tribunal Penal Internacional:  
a importância de uma perspectiva comunicativa

*Giovanna Maria Frisso*

## **Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución**

Sexual Violence Against Children under Fifteen Years in the Case Lubanga: Critical Analysis and a Proposed Solution

Violência sexual contra crianças menores de quinze anos no caso Lubanga: análise crítica e uma proposta de solução

Leandro Alberto Dias\*

Fecha de recepción: 15 de enero de 2014.

Fecha de aprobación: 31 de marzo de 2014.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.04](https://dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.04)

Para citar este artículo: DIAS, L., "Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 103-132. doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.04](https://dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.04)

### **Resumen**

Uno de los temas más controvertidos que la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional tuvo que resolver en la sentencia de condena contra Thomas Lubanga Dyilo fue el tratamiento jurídico de los actos de violencia sexual cometidos durante el conflicto armado en Ituri. Este aspecto resultó problemático debido a que la Fiscalía decidió no presentar una acusación por crímenes sexuales. Por el contrario, centró su estrategia durante gran parte del proceso en los crímenes de guerra de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños menores de quince años para participar activamente en las hostilidades. Ante esta situación, la mayoría de Sala de Primera Instancia I decidió no pronunciarse sobre el tema, mientras

\* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de la facultad de Derecho (UBA) en la asignatura Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (cátedra prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti). Investigador estudiante y Becario de Inicio DeCyT (Programación 2012-2014). Investigador estudiante y becario CIN (Convocatorias 2012 y 2013). El autor desea agradecer a Pablo Ezequiel Cano, Natalia Lusterstein, Noelia Matalone y Dalila Seoane, por los valiosos aportes efectuados a una versión preliminar del ensayo presentado, y a Paula Scianca Luxen por sus comentarios. El agradecimiento debe hacerse extensivo al Prof. Dr. Héctor Olasolo Alonso, por las sugerencias realizadas al presente artículo.

que la jueza Elizabeth Odio Benito consideró a los actos de violencia sexual como constitutivos del crimen de utilización activa de menores en las hostilidades. En el presente ensayo se analizarán críticamente ambas posiciones, con el propósito de exponer una tercera alternativa, consistente en que los actos de violencia sexual, a pesar de no haber sido expresamente imputados, se encuentran incluidos en las conductas de reclutamiento o alistamiento.

**Palabras clave:** Caso Lubanga, participación activa en las hostilidades, niños soldados, crímenes sexuales, invisibilidad, derechos del imputado, principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, Corte Penal Internacional, reclutamiento.

### Abstract

One of the most controversial issues that the Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court had to decide in their judgment against Thomas Lubanga Dyilo was the legal treatment of the acts of sexual violence committed during the armed conflict of Ituri. This was a challenging aspect because the Prosecutor had previously decided not to present charges based on sex crimes. On the contrary, he mostly focused his prosecutorial strategy on the war crimes of conscripting, enlisting children under the age of fifteen years or using them to participate actively in hostilities. Facing that situation, the majority of the Trial Chamber I decided not to analyse the issue, while judge Elizabeth Odio Benito took up this point and considered that acts of sexual violence constitute an active participation in hostilities. In this essay I will critically analyse both opinions with the aim of offering an alternative explanation. The latter could be read as follows: despite the fact that acts of sexual violence were not included in the charges, they are covered by the conducts of conscripting or enlisting.

**Keywords:** Lubanga Case, active participation in hostilities, child soldiers, sexual violence, invisibility, rights of the accused, principle of legality, *nullum crimen sine lege*, International Criminal Court, recruitment.

### Resumo

Um dos temas mais controvertidos que a Sala Primeira Instância I da Corte Penal Internacional teve que resolver na sentença de condenação contra Thomas Lubanga Dyilo foi o tratamento jurídico dos atos de violência sexual cometidos durante o conflito armado em Ituri. Este aspecto resultou problemático devido a que o Ministério Público decidiu não apresentar uma acusação por crimes sexuais. Pelo contrário, centrou sua estratégia durante grande parte do processo nos crimes de guerra de recrutamento, alistamento ou utilização de crianças menores de quinze anos para participar ativamente nas hostilidades. Ante esta situação, a maioria

de Sala de Primeira Instância I decidiu não pronunciar-se sobre o tema, enquanto a juíza Elizabeth Odio Benito considerou aos atos de violência sexual como constitutivos do crime de utilização ativa de crianças nas hostilidades. No presente ensaio se analisarão criticamente ambas as posições, com o objetivo de expor uma terceira alternativa, consistente em que os atos de violência sexual, a pesar de não ter sido expressamente imputados, se encontram incluídos nas condutas de recrutamento ou alistamento.

**Palavras-chave:** Caso Lubanga, participação ativa nas hostilidades, crianças-soldado, crimes sexuais, invisibilidade, direitos do imputado, princípio de legalidade, *nullum crimen sine lege*, Corte Penal Internacional, recrutamento.

## I. Introducción

El problema de los niños soldados ha sido en los últimos años objeto de un importante número de informes, trabajos académicos y normas que han ido delineando los contornos de la protección que el derecho internacional ofrece a los niños y niñas asociados a fuerzas o grupos armados.<sup>1</sup> En este contexto, el derecho internacional penal también ha regulado la cuestión, como lo muestra el Estatuto de Roma (ER), que tipificó en 1998 por primera vez como crimen de guerra el reclutamiento, el alistamiento, o la utilización de niños menores de quince años para participar activamente en las hostilidades.<sup>2</sup>

La creciente atención sobre el fenómeno de los niños soldados se ha visto reflejada en el proceso ante la Corte Penal Internacional (CPI) contra Thomas Lubanga Dyilo, en el marco de la situación en la República Democrática del Congo (RDC). En este caso, la Fiscalía centró su estrategia de acusación en los crímenes vinculados con el reclutamiento, el alistamiento y la utilización de niños menores de quince años (artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) del ER), obteniendo una sentencia condenatoria de la Sala de Primera Instancia I (SPI I). Sin embargo, se ha criticado el accionar de la Fiscalía por haber dejado de lado distintas conductas de violencia

1 Sobre el tema, desde la óptica del derecho internacional penal, resultan imprescindibles las investigaciones realizadas en los últimos años por Gregoria Palomo Suárez y Julie McBride: MCBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, T.M.C. Asser Press/Springer, The Hague, 2013; PALOMO S., G., *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2009.

2 En ese sentido, el Tribunal Especial para Sierra Leona llegó a considerar que al menos desde el año 1996 existía una norma consuetudinaria sobre la que se respaldaba la tipificación de esas conductas como crímenes de guerra. TESL, Sala de Apelaciones, *Prosecutor against Sam Hinga Norman, Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)*, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 de mayo de 2004, párr. 8 y ss.

sexual que no fueron imputadas específicamente a pesar de que parecían haber sido cometidas.<sup>3</sup>

La cuestión se volvió más controvertida durante la etapa de juicio oral, debido a que la Fiscalía dedicó gran parte de sus esfuerzos a comprobar que efectivamente se habían cometido crímenes sexuales, a pesar de no haberlos incluido en su escrito de acusación. Ante esta situación, la SPI I tuvo que decidir si estas conductas, aptas para configurar crímenes sexuales autónomos, podían ser abarcadas por las disposiciones sobre las que se fundaba la acusación. En particular, se discutió si distintos actos de violencia sexual, cometidos contra niños soldados por miembros del grupo armado que los había reclutado, podían configurar una participación activa en las hostilidades.

En el presente trabajo se analizarán minuciosamente la posición mayoritaria de la SPI I y el voto particular de la jueza Odio Benito, con el fin de determinar si resultaba posible subsumir los actos de violencia sexual en los tipos penales sobre los que versó la acusación. Se comprobará que ambas posturas requieren ser replanteadas, y se presentará una tercera posición alternativa.

## II. Los problemas procesales surgidos en el caso Lubanga por la falta de acusación por crímenes sexuales

### A. Lineamientos del contexto

La Fiscalía decidió, en el caso Lubanga, no presentar cargos por crímenes sexuales contra el acusado, a pesar de la evidencia de que este tipo de actos se habían producido durante el conflicto armado en Ituri.<sup>4</sup> Esta decisión se debió, en una primera etapa, a razones prácticas, ya que se requería una actuación rápida para el libramiento de una orden de arresto ante una posible liberación de Thomas Lubanga por las autoridades congoleñas.<sup>5</sup>

3 Cfr. MEROPE, S., “Recharacterizing the Lubanga case: regulation 55 and the consequences for gender justice at the ICC”, *Criminal Law Forum*, Vol. 2, N° 3, 2011, pp. 314-315.

4 CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, “Special report on the events in Ituri. January 2002-December 2003”, UN Doc. S/2004/573, 2004, párr. 37, 80 y 108; Human Rights Watch, “The War Within the War: Sexual Violence Against Women and Girls in Eastern Congo”, New York/Washington/Londres/Bruselas, 2002; Amnesty International, “Democratic Republic of Congo—Mass Rape—Time for Remedies”, [en línea] London, 2004. Disponible en: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR62/018/2004/en/618e1ff2-d57f-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/af620182004en.pdf>>; Open Letter from Women’s Initiatives for Gender Justice to Mr. Luis Moreno Ocampo, [en línea] 20 de septiembre de 2006. Disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc252017.pdf>> [Consulta: 04.05.2014].

5 OFICINA DEL FISCAL, *Report on the activities performed during the first three years (June 2003-2006)*, 12 de septiembre de 2006.

Sin embargo, con posterioridad, la Fiscalía mantuvo una acusación basada exclusivamente en las conductas de reclutamiento, alistamiento, y utilización de niños menores de quince años.<sup>6</sup> Factor determinante en esta decisión fue la política de realizar investigaciones cortas y temáticas,<sup>7</sup> con el fin de dar lugar a procesos rápidos en los que se seleccionarían determinadas conductas aptas para representar los incidentes más graves y los principales supuestos de victimización.<sup>8</sup>

De esta manera, a pesar de las críticas recibidas, la Fiscalía decidió presentar el 28 de agosto de 2006 el documento que contiene los cargos, acusando a Thomas Lubanga por los crímenes de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de quince años, sin hacer ninguna referencia a conductas de violencia sexual.<sup>9</sup> En la audiencia de confirmación de cargos tampoco se mencionaron esta clase de actos, y los cargos fueron confirmados sin mayores menciones por la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I).<sup>10</sup>

No obstante, durante los alegatos de apertura de la etapa de juicio oral, el Fiscal hizo particular hincapié en las conductas de violencia sexual, exponiendo que gran parte de su estrategia de litigio estaría basada en la comprobación de las mismas.<sup>11</sup> La situación provocó el debate sobre la posibilidad de que la SPI aplicase la norma 55 del Reglamento de la Corte,<sup>12</sup> a partir de una petición de los representantes de las víctimas,<sup>13</sup> con el fin de modificar en la sentencia la calificación jurídica de los hechos atribuidos al acusado. Esto dio lugar a una decisión por mayoría de dos a uno,

- 6 El artículo 8 (2) (b) (xxvii) hace referencia al crimen dentro del contexto de un conflicto armado internacional, mientras que el 8 (2) (e) (vii) lo hace en el marco de un conflicto armado no internacional (CANI). En la sentencia condenatoria la SPI I consideró que los crímenes se habían cometido en este último contexto, por lo que en este ensayo se analizará únicamente el artículo 8 (2) (e) (vii).
- 7 Cfr. TAN, J., "Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga", en GILL, T. et al (eds.) *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 15, 2012, p. 122.
- 8 CPI, Oficina del Fiscal, *Report on Prosecutorial Strategy*, 14 de septiembre de 2006, pp. 5-6. Sobre el tema, vid. GUARIGLIA, F., "The Selection Of Cases By The Office Of The Prosecutor Of The International Criminal Court", en STAHN, C. y SLUITER, G. (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 215.
- 9 CPI, Oficina del Fiscal, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Document Containing the Charges. Article 61(3)(a)*, ICC-01/04-01/06-356-Anx2, 28 de agosto de 2006. Una versión enmendada de los cargos fue presentada el 22 de diciembre de 2008, así como una versión pública al día siguiente. Vid. CPI, Oficina del Fiscal, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Public Document – Redacted Version. Amended Document Containing the Charges, Article 61(3)(a)*, ICC-01/04-01/06-1573-Anx1, 23 de diciembre de 2008.
- 10 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007.
- 11 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Transcript, Caso N° ICC-01/04-01/06-T-107*, 29 de enero de 2007, pp. 10, 11, 13 y 39.
- 12 Reglamento de la Corte, Aprobado por los magistrados de la Corte el día 26 de mayo de 2004, quinta sesión plenaria La Haya, 17-28 de mayo de 2004. Documentos oficiales de la Corte Penal Internacional, ICC-BD/01-01-04.
- 13 CPI, Representantes Legales de las Víctimas, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Joint Application of the Legal Representatives of the Victims for the Implementation of the Procedure under Regulation 55 of the Regulations of the Court*, ICC-01/04-01/06-1891-tENG, 22 de mayo de 2009.

por la que se informó preliminarmente a las partes y participantes que tanto los hechos y las circunstancias recogidas en los cargos contra Thomas Lubanga, como la evidencia introducida durante el juicio oral, podrían acreditar los elementos materiales de los crímenes de esclavitud sexual y de tratos crueles e inhumanos.<sup>14</sup> Asimismo, la Sala afirmó la posibilidad de modificar la base fáctica, y no solamente la calificación jurídica de los hechos descritos en la decisión de confirmación de cargos.<sup>15</sup>

La decisión fue apelada por la defensa y la Fiscalía, y la Sala de Apelaciones (SA) unos meses después sentó las bases para la aplicación de la norma 55. Allí se determinó que la SPI no puede modificar la base fáctica enunciada en el documento que contiene los cargos, o en sus enmiendas, pero sí la caracterización jurídica de esos hechos y circunstancias.<sup>16</sup> De ese modo, la SPI I decidió descartar la posibilidad de recaracterización jurídica de los hechos, en virtud de que nada de lo expuesto en los cargos apoyaría una calificación de los acontecimientos como constitutivos de un crimen de esclavitud sexual o de tratos crueles e inhumanos.<sup>17</sup>

Ante esta situación, las estrategias de la Fiscalía y de los representantes de las víctimas se centraron en lograr la subsunción de los actos de violencia sexual dentro del concepto de participación activa en las hostilidades, entendiendo que los niños y las niñas que eran sometidos sexualmente por los miembros de su propio grupo armado prestaban un rol fundamental dentro de dicho grupo. En consecuencia, la prohibición de su utilización para participar activamente en las hostilidades incluiría también ese uso con fines sexuales.<sup>18</sup>

Posteriormente, la mayoría de la SPI I resolvió no pronunciarse en la sentencia sobre esta cuestión al considerar que, con independencia de que los actos de violen-

14 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterization of Facts may be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court*, ICC-01/04-01/06-T-107, 14 de julio de 2009, párr. 33.

15 Id. párr. 28-32. Posteriormente, la SPI emitió una decisión en la que se clarificaba el alcance de esta interpretación, y se invitaba a las partes a ofrecer nuevas presentaciones referidas vinculadas con la apelación. Vid. CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Clarification and further guidance to parties and participants in relation to the "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterization of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulation of the Court"*, ICC-01/04-01/06-2093, 27 de agosto de 2009.

16 CPI, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court"*, ICC-01/04-01/06-2205, 8 de diciembre de 2009, párr. 93.

17 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Legal Representatives' Joint Submissions concerning the Appeals Chamber's Decision on 8 December 2009 on Regulation 55 of the Regulations of the Court*, ICC-01/04-01/06-2223, 8 de enero de 2010, párr. 34-38.

18 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 574, 577 y 598.

cia sexual pudiesen o no ser parte de la prohibición de utilizar a niños menores de quince años, ello contravendría el artículo 74(2) del ER, porque supondría un exceso respecto de las circunstancias y hechos descritos en los cargos.<sup>19</sup>

## B. La necesidad de preservar el principio de congruencia

Teniendo en cuenta este panorama, debe determinarse si la cuestión planteada ha sido resuelta por la mayoría de la SPI de forma satisfactoria. No pretende ser objeto de este trabajo la tan debatida discusión en torno a la norma 55 del Reglamento de la CPI y a las facultades de las distintas Salas de la CPI para modificar la calificación jurídica de determinados hechos,<sup>20</sup> sino que se analizará otro asunto: las consecuencias de un eventual exceso, por parte de la SPI, respecto de los cargos confirmados por la SCP, en una sentencia condenatoria.<sup>21</sup>

En ese sentido, la argumentación mencionada en los apartados anteriores remite al artículo 74 (2) del ER, en tanto establece que el fallo se referirá únicamente a los hechos y circunstancias descritos en los cargos o sus modificaciones.<sup>22</sup> Frente al contenido de esta disposición, se ha llegado a considerar que la reticencia de los magistrados Fulford y Blattmann para examinar los hechos de violencia sexual presuntamente cometidos se asienta en un tecnicismo,<sup>23</sup> entendido este último término como una formalidad procesal sólo relevante para expertos y de la que podría prescindirse.

Con independencia de que la existencia de una disposición como la analizada obliga a los jueces a aplicarla para salvaguardar el debido proceso en su faceta

19 *Ibíd.*, párr. 630.

20 Sobre el problema particular de la aplicación del principio *iura novit curia* y la compatibilidad de la norma 55 con el ER, vid. HELLER, K., "A Stick to Hit the Accused With: The Legal Recharacterization of Facts under Regulation 55", en STAHN, C. et al. (eds.), *The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements*, [En Línea] Oxford University Press, Oxford, en prensa. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=2370700>> [Consulta: 05.06.2014].

21 Se hace referencia a una sentencia condenatoria porque la cuestión debatida, como se verá inmediatamente, está vinculada con una garantía procesal reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y, como tal, sólo rige a favor del acusado. En ese sentido, un exceso respecto de los cargos que por algún motivo favoreciese al acusado resulta irrelevante a los fines de determinar el alcance de la garantía. Vid. RUSCONI, M., "Iura novit curia y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas", [En línea] *Boletín Semestral GLIPGó*, Nº 5, 2013, p. 9. Disponible en <[http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com\\_docman/Itemid,71/gid,765/task,doc\\_download/](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com_docman/Itemid,71/gid,765/task,doc_download/)> [Consulta: 05.06.2014].

22 Este segmento del artículo 74 tiene su origen en una propuesta de la delegación argentina al Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Vid. Working paper submitted by Argentina to the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. A/AC.249/L.6, 12-30 de agosto 1996, p. 12.

23 Cfr. TAN, J., "Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga", en GILL, T. et al (eds.) *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 15, 2014, p. 118.



procesal,<sup>24</sup> aquí también entra en juego una derivación específica del derecho de defensa: la necesaria correlación entre la acusación y la decisión o fallo.<sup>25</sup> Esto que podría denominarse como *principio de congruencia*, se presenta como la exigencia vinculada con el aseguramiento al acusado de que tanto él como la Fiscalía tendrán como objeto de referencia argumental durante el juicio oral la misma plataforma fáctica, por lo que el tribunal deberá decidir exclusivamente sobre esos hechos.<sup>26</sup>

Esta faceta del derecho de defensa ha sido reconocida expresamente por distintos tribunales internacionales de derechos humanos,<sup>27</sup> cuenta con distintas consecuencias<sup>28</sup> y su fundamento se encuentra en la necesidad de evitar que algún aspecto de la sentencia signifique una sorpresa para el acusado, colocándolo en una situación de indefensión.<sup>29</sup> En lo que respecta al tema puntual que se aborda en este trabajo, el aspecto central a determinar tiene que ver con si al momento de concretarse la acusación se encontraban descritos, o no, los distintos actos sexuales que podrían ser sumidos en alguno de los crímenes de competencia de la Corte.

24 Reconocen esta problemática: GRAF, R., "The International Criminal Court and child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment", *JICJ*, Vol. 10, N° 4, 2012, p. 966, nota 135; DRUMBL, M., "The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldering", en GILL, T. et al. (eds.) *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 15, 2014, p. 104, nota 69. A su vez, se ha considerado que los cargos y sus formalidades tienden a la garantía de la libertad individual, y a salvaguardar al acusado de la arbitrariedad y la injusticia. Cfr. FRIMAN, H. et al., "Charges", en SLUITER, G. et al. (eds.) *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 383.

25 Cfr. RUSCONI, M., "*Iura novit curia* y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas", cit., p. 6.

26 *Ibid.*

27 A modo de ejemplo, CoIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas*, 20 de junio de 2005, párr. 65-69; TEDH, *Pélissier and Sassi v. France, Judgment, 25444/94*, 25 de marzo de 1999, párr. 51-54. En estos casos, como en otros que se fueron analizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el eje de la cuestión estuvo centrado en una re-caracterización a nivel jurídica de los cargos, a partir del principio *iura novit curia*, sin que se le haya brindado el tiempo al acusado para preparar una defensa respecto de esa nueva calificación jurídica. Sin embargo, y esto es lo importante, en todos estos casos se mantiene intacta la plataforma fáctica en la sentencia, más allá de la subsunción de los hechos en un tipo penal diferente. Una lista detallada de casos del TEDH puede encontrarse en: CPI, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled 'Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court'*, cit., párr. 84, nota al pie de página, 136.

28 Para un desarrollo sucinto, vid. RUSCONI, M., "*Iura novit curia* y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas", cit., pp. 9-22.

29 Cfr. MAIER, J., *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, 2da ed., Buenos Aires, 2012, p. 568.

Según el procedimiento ante la CPI, la investigación y la persecución de crímenes dependen, en gran medida, de ciertas decisiones que debe tomar la Fiscalía.<sup>30</sup> La misma lógica sigue la presentación del escrito de acusación,<sup>31</sup> que al no ser un prerrequisito para la emisión de una orden de arresto, por lo general se presenta tras la comparecencia del sospechoso ante la CPI.<sup>32</sup> Sin embargo, esta primera presentación resulta provisoria, en tanto el ER establece un procedimiento complejo de confirmación de los cargos que requiere, entre otros pasos procesales, una audiencia en la que tanto la Fiscalía como la defensa pueden presentar evidencias, con la participación de las víctimas a través de sus representantes legales. Realizada la audiencia, los cargos son rigurosamente examinados por la SCP en una detallada decisión. En ese momento —es decir, cuando los cargos son confirmados por existir motivos fundados para creer que el imputado es responsable por cada crimen que se le imputa— se produce un cambio sumamente relevante en el estatus jurídico de quien se ve sometido al proceso: deja de ser un “sospechoso”, y pasa a ser un “acusado” ante la CPI.<sup>33</sup>

Lo mencionado no implica que el escrito de acusación deba permanecer intacto; la constitución del documento puede diferir según se trate de una etapa previa o posterior a su confirmación.<sup>34</sup> Sin embargo, según el artículo 61 (9) del ER las enmiendas posteriores deben ser autorizadas por la SCP.<sup>35</sup> No solo eso, sino que una vez comenzado el debate oral los cargos no pueden ser modificados,<sup>36</sup> sino que solo pueden ser retirados siempre que se cuente con la autorización de la SPI.<sup>37</sup> Puede observarse, entonces, la estrecha vinculación que tienen estas disposiciones con el

30 En ese sentido, es el Fiscal quien decidirá abrir una investigación sobre la base de distinta información recibida por alguna de las vías que habilita el ER, sin perjuicio de un eventual control jurisdiccional en ciertos casos, y lo mismo sucede cuando debe decidirse si se procederá o no con una acusación. Sobre el tema, véase la sucinta exposición que realiza Jacobs en: JACOBS, D., “A Shifting Scale of Power: Who is in Charge of the Charges at the International Criminal Court and the uses of Regulation 55”, en SCHABAS, W., MCDERMOTT, Y. y HAYES, N. (eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, [En Línea] Ashgate, Aldershot, 2013. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1971821>> [Consulta: 05.06.2014].

31 En ese sentido, la regla 121 (3) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) señala lo siguiente: “El Fiscal proporcionará a la Sala de Cuestiones Preliminares y al imputado, con una antelación mínima de 30 días a la fecha de la audiencia de confirmación de los cargos, una descripción detallada de éstos, junto con una lista de las pruebas que tenga la intención de presentar en la audiencia”.

32 Cfr. FRIMAN, H. *et al.*, “Charges”, cit., p. 383.

33 *Ibid.*, p. 399.

34 *Ibid.*, p. 392.

35 Art. 61 (9) ER; Regla 128 RPP. En ese sentido, la SA de la CPI consideró que nuevos hechos y circunstancias, no descritos en los cargos, solamente podrían ser agregados a través del procedimiento del artículo 61(9) del Er, que señala lo siguiente: “Una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos. El Fiscal, si se propusiera presentar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir una audiencia de conformidad con el presente artículo para confirmarlos. Una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia, podrá retirar los cargos”.

36 Es decir, no pueden incluirse nuevos cargos, ni modificarse la base fáctica respecto de los ya existentes. Cfr. FRIMAN, H. *et al.*, “Charges”, cit., p. 442.

37 *Ibid.*, p. 422.

ya mencionado artículo 74 (2), que circunscribe la sentencia a los hechos y circunstancias descritos en el escrito de acusación y sus enmiendas. Esto significa que los hechos contenidos en los cargos confirmados por la SCP definen la plataforma fáctica de lo que conformará la decisión de la SPI.<sup>38</sup> Desde el momento en que esos cargos no pueden ser modificados —comienzo del juicio como perfeccionamiento de la acusación—, se hace plenamente operativo el principio de congruencia.

La interpretación aquí propuesta ha sido respaldada por la SA de la CPI, en la ya mencionada decisión respecto de la facultad de la SPI de modificar la base fáctica expresada en los cargos.<sup>39</sup> A pesar de ello, pueden mencionarse al menos dos objeciones contra esta postura. En primer lugar, algunos autores, como Otto Triffterer, consideran que la SPI podría dar lugar a una modificación en los cargos, debido a que los artículos 61 (11) y 64 (6) (a) le permiten ejercer las funciones y atribuciones de la SCP que sean pertinentes y apropiadas en la etapa de juicio.<sup>40</sup> Sobre esto pueden señalarse varios contra argumentos. Uno de ellos se vincula con la limitación que el propio artículo 61 (11) establece, en cuanto a que la SPI solo puede ejercer las atribuciones de la SCP de conformidad con los artículos 61 (4) y 61 (9). Justamente, estas disposiciones determinan las reglas específicas sobre la presentación, confirmación y enmienda de cargos. En otras palabras, el propio ER veda la posibilidad de que la SPI ejerza ciertas funciones esenciales de la Sala que intervino en la etapa anterior del proceso, vinculadas con el control de la acusación.<sup>41</sup> Por otro lado, y aunque pudiese sortearse con éxito ese inconveniente, todavía debería justificarse por qué estas funciones de la SCP resultan pertinentes y apropiadas en la etapa de juicio, cuando ese momento procesal tiene como fin la determinación de la responsabilidad penal de un individuo a partir de cargos ya confirmados judicialmente.

En segundo lugar, nada impediría que hechos comprobados en el debate oral, y que no fueron discutidos en la audiencia de confirmación de cargos, pudiesen ser

38 *Ibíd.*, p. 431.

39 CPI, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009* entitled 'Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court', cit., párr. 77, 94 y 100.

40 Cfr. TRIFFTERER, O., "Requirements for the decision", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article - Second Edition*, C.H.Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2008, p. 1396.

41 Le asiste razón al juez Fulford al señalar que las facultades para enmarcar y modificar cargos son exclusivas de la SCP. Cfr. CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Minority opinion on the "Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterization of Facts may be Subject to Change in Accordance with Regulation 55 (2) of the Regulations of the Court"*, ICC-01/04-01/06-2054, párr. 13-16. Procesalmente, podría decirse con el comienzo del debate oral se aplica el principio de preclusión respecto de estas cuestiones vinculadas con la modificación de cargos en contra del acusado, y no se puede "volver atrás" sin correr el riesgo de violar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

utilizados en la sentencia, debido a que la última oración del artículo 74 (2) del ER solo obliga a la CPI a fundamentar el fallo en las pruebas presentadas y examinadas en el juicio.<sup>42</sup> En el caso Lubanga esto resulta esencial, porque en el debate surgieron testimonios tendientes a acreditar la existencia de actos de violencia sexual, superando la plataforma fáctica de la acusación. Sin embargo, esta interpretación no tiene en cuenta que en el mismo artículo 74 (2) se menciona de modo expreso que la sentencia referirá *únicamente* a los hechos y las circunstancias descritas en los cargos o en las modificaciones de los mismos.<sup>43</sup> A su vez, si la SPI asumiese funciones exclusivas de la SCP, se estaría desnaturalizando el proceso ante la CPI: uno podría preguntarse, en definitiva, qué función tendría la etapa de confirmación de cargos, si la Sala que interviene en el juicio también pudiese controlar la acusación.<sup>44</sup>

El eventual ejercicio por parte de la SPI de estas funciones que le corresponden a la SCP generaría además que una misma Sala pudiese determinar que hay motivos fundados para creer que una persona puede ser responsable de un crimen de competencia de la Corte<sup>45</sup> y luego juzgarlo, a pesar de que la sentencia de condena solo puede referir a pruebas presentadas y examinadas en el juicio, no en etapas previas.<sup>46</sup>

42 Cfr. JACOBS, D., “Lubanga Decision Roundtable: Lubanga, Sexual Violence and the Legal Re-Characterization of Facts” [En Línea], *Opinio Juris*, 18 de marzo de 2012. Disponible en <<http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-lubanga-sexual-violence-and-the-legal-re-characterization-of-facts/>> [Consulta: 05.06.2014].

43 El hecho de que las partes durante la etapa de confirmación de cargos no estén obligadas a presentar todo el material probatorio no afecta a esta conclusión. Es cierto que la prueba relevante para una eventual sentencia condenatoria debe necesariamente producirse en el debate, y que diversos datos provenientes de testigos, por ejemplo, no podrán ser detallados antes de su declaración en juicio. Pero las circunstancias que se puedan tener por acreditadas a partir de lo acontecido en la etapa oral no deben exceder el límite máximo que marca la acusación confirmada por la SCP, porque de lo contrario se estaría obligando a la defensa a discutir sobre algo distinto de lo que originalmente sustentaba la acusación, de modo sorpresivo. Es decir, se podrá profundizar la hipótesis fáctica sobre la supuesta responsabilidad del acusado, pero no se podrán agregar hechos que excedan lo descrito en los cargos.

Por supuesto, podría pensarse un sistema procesal distinto, con atribuciones exclusivas de la Fiscalía respecto de los cargos, sin intervención jurisdiccional, y que permitiese la modificación de la plataforma fáctica a partir de los hechos probados en el juicio —por ejemplo, en un alegato de cierre—. Más allá de que ese sistema no entra en consideración por no ser el adoptado en el ER, debe decirse que una estructuración del proceso de esa forma resultaría cuestionable en lo que se refiere a los derechos del acusado a ser informado en el más breve plazo de la acusación que contra él se formula, y a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para preparar su defensa.

44 En ese sentido, la etapa procesal ante la SPI no consiste en la mera realización de una audiencia igual a la llevada a cabo ante la SCP, y respecto de los mismos hechos. Por el contrario, durante el juicio se analiza en detalle y de forma contradictoria la evidencia presentada por la Fiscalía y por la defensa, en un debate oral tendiente a determinar si una persona en efecto es responsable, o no, por crímenes de competencia de la Corte. Ya no se trata de “filtrar” cargos notablemente infundados, sino de comprobar si el estado de inocencia del acusado puede ser vencido en virtud de un estándar probatorio más estricto que en la etapa de confirmación de cargos —motivos fundados de la comisión de crímenes en la etapa de confirmación de cargos, y convencimiento de culpabilidad más allá de toda duda razonable, para una sentencia condenatoria—.

45 Artículo 61 (7) del ER.

46 Artículo 74 (2) del ER.

Esta acumulación de funciones generaría una vulneración de la garantía de ser juzgado ante un tribunal imparcial, en su faceta objetiva,<sup>47</sup> debido a que la actuación de los jueces durante el juicio podría haber generado en ellos una opinión sobre la culpabilidad del acusado.<sup>48</sup> Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en estos supuestos no se analiza la existencia de prejuicios subjetivos de los magistrados, sino que se debe neutralizar objetivamente el temor —desde la perspectiva de los acusados— a una posible falta de imparcialidad, con el fin de fortalecer la confianza en los tribunales.<sup>49</sup>

En virtud de lo expuesto, puede afirmarse que el límite máximo de la plataforma fáctica a tener en cuenta en la sentencia debe ser necesariamente el expuesto en el escrito de acusación o sus enmiendas, previa confirmación por parte de la SCP, por lo que no puede variar una vez comenzado el juicio. Un exceso en la sentencia generaría un perjuicio en la situación procesal del acusado, violatorio del principio de congruencia y, en consecuencia, del derecho de defensa de quien se encuentra sometido a un proceso penal. Por esta razón, y por el hecho de que en los cargos no se hace mención a los actos de violencia sexual que se habrían cometido, la solución propuesta por la mayoría de la SPI I en el caso Lubanga resulta acertada.

Esta conclusión obliga al rechazo de los argumentos ofrecidos en su voto particular por la jueza Odio Benito al afirmar que la Sala tiene el deber de fijar el derecho aplicable con independencia de los cargos presentados por la Fiscalía contra el acusado;<sup>50</sup> máxime cuando el procedimiento ante la CPI debe atender también al daño sufrido por las víctimas de los crímenes de la jurisdicción de la Corte.<sup>51</sup> De acogerse esta posición, solamente se estaría sustituyendo un mal por otro mal: la invisibilidad

47 En estos supuestos no se analiza si el juez es parcial o cuenta con prejuicios respecto del caso, sino la presencia de hechos que puedan generar dudas sobre la imparcialidad del tribunal y si el juez ofrece suficientes garantías para excluirlas. Debe examinarse, entonces, si la organización interna y las funciones ejercidas generan dudas sobre la independencia de un juez. Vid. GRABENWARTER, C., *The European Convention on Human Rights. Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos/ Helbing Lichtenhahn Verlag, München/Oxford/Baden-Baden/Basel, 2014, pp. 120-122, con referencias a la jurisprudencia del TEDH sobre el tema.

48 Cfr. SANCINETTI, M., *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 11.

49 Vid. TEDH, *Castillo Algar v. Spain, Judgment*, 79/1997/863/1074, 28 de octubre de 1998, párr. 46-51, entre muchos otros. Tampoco puede ser dejada de lado la conclusión de la SA de la CPI, en cuanto a que otorgarle a la SPI la atribución para extender *motu proprio* el alcance del juicio a hechos y circunstancias no alegadas por la Fiscalía sería contrario a la división de competencias según el ER. Cfr. CPI, SA, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled ‘Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court’*, cit., párr. 94.

50 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 15.

51 *Ibid.*, párr. 8.

de la violencia sexual se reemplazaría por una violación a los derechos procesales de un acusado que no podría defenderse adecuadamente durante el juicio oral frente a hechos que no le han sido atribuidos por la Fiscalía.

### III. ¿Violencia sexual como participación activa en las hostilidades?

#### A. Participación activa y participación directa en las hostilidades

Aunque hubiese podido ser sorteado el problema procesal de la ausencia de descripción de conductas de violencia sexual en los cargos, aún subsistirían una serie de inconvenientes a nivel sustantivo. En particular, la consideración de los actos de violencia sexual contra menores de quince años como una participación activa en las hostilidades puede ocasionar una colisión con la protección que el derecho internacional humanitario brinda a los niños en un conflicto armado, así como con el principio de legalidad penal.

El concepto de participación activa se encuentra estrechamente vinculado con el derecho que regula los conflictos armados, porque provoca que las personas civiles, mientras dure dicha participación, pierdan su protección contra ataques y otros efectos de las hostilidades.<sup>52</sup> Esta regla, que tiene su fundamento en el principio de distinción entre combatientes y civiles,<sup>53</sup> no solo es recogida en distintos tratados internacionales,<sup>54</sup> sino que tiene además un carácter consuetudinario.<sup>55</sup>

Ahora bien, el propio derecho internacional humanitario hace referencia expresa, como regla general, a una participación “directa” —por oposición a una indirecta—, y no a una participación “activa”. Sin embargo, ambos conceptos son generalmente

52 Cfr. SCHMITT, M., “Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, Nº 3, 2010, p. 702; CASTILLO, F., S.; LOZANO, P., F.; MATEUS, R., L. y MOLANO, A., A., “La pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados”, trabajo realizado bajo la supervisión del Prof. Héctor Olaso Alonso en el marco de la Clínica Jurídica de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Universidad del Rosario, en prensa, 2014. En un mismo sentido: CIDH, Informe Nº 55/97, Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párr. 178.

53 Este principio de carácter consuetudinario resulta una piedra angular para la regulación que el derecho internacional humanitario realiza de la conducción de las hostilidades, y conforme al mismo las partes contendientes, en el desarrollo de las operaciones militares, deben distinguir en todo momento entre objetivos militares, y objetivos no cuentan con ese carácter —es decir, personas o bienes civiles— y dirigir el uso de la fuerza armada a la destrucción total o parcial, captura o neutralización de los primeros. Cfr. OLASOLO A., H., *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados en situación de combate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 35.

54 Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, artículo 51 (3); Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, artículo 13 (3), entre otros.

55 Cfr. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, regla 6, pp. 19 ss.

entendidos como sinónimos<sup>56</sup> y así lo han afirmado las distintas salas de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>57</sup> y la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Strugar.<sup>58</sup>

En cuanto a su alcance, el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) al Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 afirma que los civiles pierden su protección cuando realizan actos de guerra que por su naturaleza o finalidad puedan causar un daño actual a personal o equipamiento enemigo, debiendo existir una relación causal directa entre dichas conductas y el daño producido.<sup>59</sup> En la actualidad, el CICR ha complementado su posición mediante la exigencia de tres requisitos cumulativos: la superación de un umbral de daño, la causación directa entre la conducta y el daño que pueda generarse, y un nexo beligerante consistente en el propósito del acto de superar el umbral de daño en apoyo a una parte en el conflicto y en perjuicio de otra.<sup>60</sup>

Debe señalarse que en los conflictos armados de carácter no internacional, esta regla es aplicable a quienes no sean miembros de alguna de las partes en conflicto, lo que en el caso de grupos armados organizados incluye solo a quienes desarrollen una función continua de combate en los mismos.<sup>61</sup> Según este criterio, que ha sido denominado como funcional,<sup>62</sup> se requiere una integración duradera al grupo armado, que incluye a los individuos que preparan, ejecutan o comandan los actos u operaciones militares, al igual que quienes son reclutados, entrenados y equipados para dirigir hostilidades, incluso cuando no hayan llevado a cabo

56 Cfr. GRAF, R., "The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the *Lubanga* Judgment", cit., p. 962; MELZER, N., "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", *IRRC*, N° 872, 2008, pp. 1113-1114; DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 378. Este último texto, a su vez, fue adoptado por la Asamblea del CICR el 26 de febrero de 2009, y representa la visión de la organización sobre el tema.

57 TPIR, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgment, ICTR-96-4-T*, 2 de septiembre de 1998, párr. 629; *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Judgment, ICTR-1993-3-T*, 6 de diciembre de 1999, párr. 99-100; *The Prosecutor v. Alfred Musema, Judgment and sentence, ICTR-96-13-T*, 27 de enero de 2000, párr. 276-279; Sala de Primera Instancia III, *The Prosecutor v. Laurent Semanza, Judgment, ICTR-97-20-T*, 15 de mayo de 2003, párr. 363-366.

58 TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgment, IT-01-42-A*, 17 de julio de 2008, párr. 173  
59 Cfr. SANDOZ, Y. et al. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff/CICR, Geneva, 1987, p. 516.

60 Cfr. MELZER, N., "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", cit., pp. 995-996.

61 *Ibid.*, p. 1007.

62 Cfr. CASTILLO, F., S.; LOZANO, P., F.; MATEUS, R., L. y MOLANO, A., A., "La pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados", cit. La distinción se hace en relación con las funciones desempeñadas debido a que la membresía en raras ocasiones se formaliza a través de un acto de integración distinto al desempeño de funciones, y no se expresa consistentemente a través de uniformes, signos distintivos fijos o tarjetas de identificación. Cfr. MELZER, N., "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", cit., p.1006.

algún acto hostil.<sup>63</sup> Por el contrario, quienes solo apoyan o acompañan, pero cuya función no los involucra de modo directo en las hostilidades, deben ser considerados como personas protegidas.<sup>64</sup> Esta sería justamente la situación de los niños y niñas que integran un grupo armado para ser sometidos con fines sexuales, por lo que su protección solamente cede con una participación en las hostilidades.

En un primer análisis, la SPI I parecería haberse apartado del concepto imperante en el derecho internacional humanitario, al afirmar en su sentencia en el caso Lubanga que la distinción entre “participación activa” y “participación directa” en las hostilidades es fruto de una clara intención de los redactores del ER de establecer una interpretación amplia de las actividades y funciones abarcadas por el tipo penal.<sup>65</sup> A esta conclusión se llegó con base en los trabajos preparatorios del ER, en virtud de que en uno de los documentos se subraya que las palabras “utilizar” y “participar” fueron adoptadas para abarcar tanto la participación directa en combate, como la participación activa en actividades militares vinculadas, como exploración, espionaje, sabotaje, y la utilización de niños como señuelos, mensajeros o puntos de encuentro.<sup>66</sup>

Para la SPI I, lo fundamental sería determinar si el uso de un niño en el marco de un conflicto armado puede ser considerado como una utilización para participar activamente en las hostilidades, por oposición a una actividad claramente desvinculada de las hostilidades.<sup>67</sup> Para realizar esa distinción, la Sala consideró que deben darse dos requisitos, cuya concurrencia debe analizarse caso por caso.<sup>68</sup> En primer lugar, se necesita una actividad de apoyo por parte del menor, que puede ser realizada tanto por aquellos que se encuentren en el frente de batalla, como por quienes, lejos de aquel, cumplen otras funciones de asistencia a quienes combaten. En segundo lugar, lo que deben tener en común todas estas conductas,

63 Cfr. MELZER, N., “Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”, cit., p.1007.

64 *Ibid.* p. 1008.

65 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 627.

66 Draft Statute for the International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. UN doc. A/CONF.183/2Add.1, 14 de abril de 1998, página 21, pie de página 12. A su vez, el TESL previamente había adoptado una posición similar en el caso AFRC: TESL, Sala de Primera Instancia II, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case), Judgment, SCSL-04-16-T*, 20 de junio de 2007, párr. 736-737.

67 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 622. En ese sentido se retoma la postura de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre el tema: CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 261.

68 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 628.



como requisito acumulativo, es la exposición del niño o niña a un peligro real de ser considerado un blanco potencial<sup>69</sup>.

Sin embargo, si se analiza con cuidado, el test acogido por la SPI I parece en última instancia coincidir con aquel empleado por el derecho internacional humanitario, puesto que, a pesar de las diferencias terminológicas,<sup>70</sup> según este último solamente cuando un civil participa directamente en las hostilidades puede ser considerado como un blanco legítimo por la otra parte del conflicto armado.<sup>71</sup> En consecuencia, no se ofrece una pauta autónoma para determinar cuándo se produce una participación activa en las hostilidades, sino que la previa constatación de que el menor ha realizado un acto que objetivamente pueda haberlo convertido en un blanco potencial —básicamente, ser neutralizado, en ciertos casos incluso a costa de su vida— se produce a través de las reglas del *jus in bello* aplicables para establecer si se está en presencia de una participación directa.<sup>72</sup>

Asimismo, solamente a partir de una interpretación capaz de equiparar materialmente los conceptos de participación activa y participación directa en las hostilidades pueden ofrecerse resultados racionales en la práctica. No sólo porque de esta forma se daría lugar a una construcción estricta del tipo penal, cumpliéndose con el mandato de interpretación *pro reo* establecido en el artículo 22 (2) del ER, sino porque además se evitaría que ciertos actos pudiesen ser considerados legítimos durante las hostilidades, y luego punibles en un proceso penal. La coexistencia de una noción amplia de participación activa en las hostilidades en el marco del derecho internacional penal, para ampliar la protección secundaria a los niños a través de los efectos disuasorios de la pena, junto con un concepto estricto durante las hostilidades, no tiene en cuenta que los crímenes de guerra son, por definición, violaciones graves a normas consuetudinarias o convencionales pertenecientes al derecho internacional humanitario.<sup>73</sup> Sería incoherente considerar que la utilización de un menor resulta legítima durante el conflicto armado —porque no da lugar a una participación activa/

69 *Ibid.* En un mismo sentido, recientemente: CPI, Sala de Primera Instancia II, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/07-3436*, 7 de marzo de 2014, párr. 1045.

70 El problema terminológico parecería darse en virtud de que la CPI adopta una concepción demasiado restrictiva de participación directa, limitándola a las actividades realizadas en el frente de batallas. Por el contrario, en derecho internacional humanitario el alcance de la noción no resulta tan limitado, contando con una amplitud razonable, que permite su aplicación incluso en conflictos armados asimétricos. *Vid.* SOLÍS, G., *The Law of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 205.

71 Cfr. WAGNER, N., "A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: child soldiers and direct participation", *Criminal Law Forum*, Vol. 24, Nº 2, 2013, p. 179.

72 Crítico respecto de este requisito, por no tener en cuenta los peligros a los que los niños pueden ser sometidos por quienes los reclutan: DRUMBL, M., "The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldering", *cit.*, pp. 103-104.

73 Por todos, *vid.* CASSESE, A. *et al.*, *Cassese's International Criminal Law. Third Edition*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 65.

directa en las hostilidades, y por lo tanto el niño sigue estando protegido—, y luego aplicarle una pena al autor de esa conducta por considerarlo responsable por la comisión de un crimen de guerra. De esta situación, además, se derivaría una violación al principio de culpabilidad:<sup>74</sup> si al momento de realizar la conducta, el autor guió su comportamiento con base en el respeto por el ordenamiento jurídico —derecho internacional humanitario—, luego no se lo podría considerar culpable por algo que en principio no estaba prohibido.

## **B. Disminución de la protección como consecuencia no deseada de la extensión del concepto de participación activa en las hostilidades**

Si bien la mayoría de la SPI I decidió no tratar el tema a causa de las limitaciones procesales previamente expuestas, la jueza Odio Benito consideró de modo explícito los actos sexuales cometidos contra menores como una utilización de estos últimos para participar activamente en las hostilidades.<sup>75</sup> La magistrada afirmó que, al analizar la existencia de actividades de apoyo del menor al grupo que generen su exposición a un peligro real, es necesario tener en cuenta que las niñas utilizadas como esclavas sexuales proveen un apoyo esencial al grupo armado, que resulta en un daño irreparable como consecuencia directa e inherente de su involucramiento con el grupo.<sup>76</sup> Por lo tanto, concluye que debe calificarse como participación activa en las hostilidades el apoyo a los combatientes a través del uso de los cuerpos de los menores con el fin de realizar actos de violencia sexual.<sup>77</sup>

Más allá de su atractivo inicial, esta interpretación parecería dar lugar a una extensión peligrosa del concepto de participación activa en las hostilidades. Esto se debe a que los actos sexuales contra menores del propio grupo no constituyen actos que por su naturaleza o propósito estén dirigidos a causar un daño actual a personal o material enemigo, o a su esfuerzo militar.<sup>78</sup> En consecuencia, no hacen que los niños pierdan su condición de protegidos y asuman el riesgo de ser atacados por miembros del grupo armado contrario. Así, si un comandante militar se encuentra violando a una niña en una habitación, esta actividad no habilita a los miembros del grupo armado enemigo a neutralizar a la niña en caso de que

74 Ese principio, que ha sido reconocido en derecho internacional penal desde los juicios de Núremberg hasta la actualidad, exige que el acusado debe haber tenido al menos la oportunidad de motivarse por la norma jurídica en última medida infringida, por lo que debe ser responsable no sólo en sentido objetivo, sino también subjetivo. Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume 1: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 90.

75 Vid. CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 21.

76 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 18.

77 *Ibid.*, párr. 20-21.

78 CIDH, *Third Report on the Human Rights situation in Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102*, 26 de febrero de 1999.

accedan en ese instante a dicho lugar. La razón es simple: el acto sexual al que se ve sometida la niña no es una participación, ni directa ni activa, en las hostilidades.

Sobre esta clase de concepciones extensivas del concepto de participación activa en las hostilidades se ha considerado, con razón, que lo que se da con una mano se quita con la otra,<sup>79</sup> porque el aumento del alcance de la prohibición a nivel penal reduce el resguardo del niño que se vio involucrado en el acto. Recuérdese que el derecho internacional humanitario considera que la “participación activa” es sinónimo de la “participación directa”, y la consecuencia es la pérdida de la protección mientras dura la actividad.<sup>80</sup> En definitiva, al considerar, como hace la jueza Odio Benito, que los actos de violencia sexual dan lugar a una participación en las hostilidades, se genera el riesgo de flexibilizar un concepto que debe ser entendido estrictamente, para de este modo ampliar la protección de los niños y las niñas frente a actos de violencia de grupos armados enemigos. De lo contrario, se estaría provocando a través del derecho internacional penal una pérdida de protección durante la conducción de hostilidades,<sup>81</sup> que es precisamente el momento en el que se necesita un resguardo de mayor intensidad.

Esta consecuencia no deseada se ha intentado neutralizar señalando que nada impide la coexistencia de una noción amplia de participación activa en las hostilidades en el marco del derecho internacional penal,<sup>82</sup> junto con un concepto estricto durante las hostilidades.<sup>83</sup> Respecto de esta afirmación, se recuerda lo señalado en el apartado anterior, en cuanto a que los crímenes de guerra son violaciones a las normas que regulan los conflictos armados, por lo que sería lógicamente inconsistente que una conducta pudiese estar simultáneamente permitida y prohibida, según se la analice desde la perspectiva del derecho penal o a la luz del derecho internacional

79 Cfr. SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court of Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, *JICJ*, Vol. 8, Nº 4, 2010, p. 1019; URBAN, N., “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga.” [En Línea], *EJIL: Talk!*, 11 de abril de 2012. Disponible en <Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga./> [Consulta: 05.06.2014].

80 Cfr. MCBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, cit., p. 197; WAGNER, N., “A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: child soldiers and direct participation”, cit., p. 204; URBAN, N., “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga.”, cit.

81 Cfr. SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court of Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, cit., p. 1019.

82 De ese modo se intentaría ampliar la protección secundaria a los niños a través de los efectos disuasorios de la pena.

83 *Vid.* SÁCOUT, S. y CLEARY, K., “The Adjudication Process and Reasoning at the International Criminal Court: The Lubanga Trial Chamber Judgment, Sentencing and Reparations”, en HAECK, Y. y BREMS, E. (eds.), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Springer, Dordrecht, 2014, p. 144. A favor de limitar los alcances de la interpretación propuesta por la CPI en el caso Lubanga solamente a los alcances del tipo penal de uso activo de menores de quince años en las hostilidades: CASTILLO, F., S.; LOZANO, P., F.; MATEUS, R., L. y MOLANO A., A., “La pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados”, cit.

humanitario. Estas consideraciones cuentan con entidad suficiente como para generar consecuencias negativas en lo que se refiere al respeto y puesta en práctica de las reglas del *jus in bello*, ya que si incluso cumpliéndose con sus disposiciones se corre el riesgo de recibir una pena, quienes participan de las hostilidades podrían preguntarse por qué debería dárseles cumplimiento en primer lugar.

Esto no significa que los miembros de un grupo armado puedan abusar sexualmente de niños y niñas incorporados al grupo, porque de ese modo estarían cometiendo crímenes sexuales. Simplemente debe considerarse que no se trata de participación activa en las hostilidades, ya que en caso contrario se estaría afirmando, como consecuencia no deseada, que en esos momentos los niños y las niñas se encuentran desprotegidos por el derecho internacional humanitario frente a actos de violencia del enemigo.<sup>84</sup>

### C. La colisión con el principio de legalidad

La consideración de los actos sexuales cometidos contra menores como una utilización de estos últimos para participar activamente en las hostilidades resulta también problemática frente al principio de legalidad, también conocido como *nullum crimen sine lege*,<sup>85</sup> y que ha sido recogido en el artículo 22 (2) ER. Según este principio, en derecho internacional penal, se requiere la existencia de una norma —escrita o no—, a partir de la que pueda derivarse la criminalidad de un acto.<sup>86</sup> Esta garantía, que forma parte del derecho internacional de los derechos humanos y que hoy en día puede ser considerada como un derecho subjetivo individual de naturaleza consuetudinaria,<sup>87</sup> contribuye a la legitimidad de un sistema jurídico a través

84 Cfr. WAGNER, N., “A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: child soldiers and direct participation”, cit, p. 204; MCBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, cit., p. 197.

85 Esta generalizada formulación en latín ha sido acuñada por el jurista alemán Paul Johann Anselm von Feuerbach. Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, Verlag C. H. Beck, München, 2006, p. 147. Algunos autores, en el marco del derecho internacional penal, tienden a modificar la expresión por la de *nullum crimen sine iure*, en virtud de las dificultades que el requisito de ley formal genera en el marco del derecho internacional general. En este ensayo se ha decidido mantener intacta la formulación original no sólo por cuestiones expositivas, sino también porque según la jerarquía de fuentes del ER, la propia letra del tratado haría las veces de ley escrita, a diferencia de lo que sucede en el marco de otros tribunales penales internacionales. En específico, el artículo 21(1) establece la preeminencia del ER, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba por sobre el resto del derecho aplicable, mientras que los artículos 9 y 51(5) colocan al Estatuto en una posición superior en la jerarquía. Vid. JESCHECK, H., “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”, *JICJ*, Vol. 2, Nº 1, 2004, p. 41. Sobre la discusión terminológica, vid. GALLANT, K., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 14.

86 Cfr. WERLE, G., *Völkerstrafrecht. 3. Auflage*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 46.

87 Vid. OLASOLO, A., H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, Vol. 1, 2013, pp. 22-25.

de la limitación de las intervenciones penales a casos prescritos con antelación por el derecho<sup>88</sup> y cuenta con una triple fundamentación.

La primera de ellas es quizá la más complicada de trasladar al sistema jurídico internacional, debido a que la necesidad de una ley previa emitida por un poder legislativo, como límite liberal al poder estatal y medio de legitimación de injerencias derivado de la voluntad popular,<sup>89</sup> requiere de una división de poderes inexistente en el ámbito internacional. Más allá de eso, en el marco de la CPI, se ha señalado que los Estados parte del ER actúan como un órgano legislativo, por lo que este fundamento mantiene cierta vigencia.<sup>90</sup> La segunda razón de ser detrás del *nullum crimen sine lege* se vincula con la función de la pena de prevención general negativa, que establece que la conminación penal consiste en el efecto intimidatorio respecto de potenciales delincuentes, y que no podría producirse si no se fija del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida.<sup>91</sup> Finalmente, se afirma que el principio de legalidad se basa en la necesidad de garantizar que los particulares “puedan orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresen tanto el reproche social como sus consecuencias”.<sup>92</sup> Esta última línea argumental encuentra vinculación con el principio de culpabilidad, debido a que sólo podrá hablarse de una conducta culpable si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la posibilidad de averiguar que su conducta estaba prohibida, lo que presupone una determinación de la criminalidad previa a la comisión del crimen.<sup>93</sup>

Un análisis particularizado de los requisitos concretos que se derivan de la vigencia de este principio ciertamente excede el objeto de este trabajo. No obstante,

88 Cfr. BROOMHALL, B., “Nullum crimen sine lege”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers’ Notes, Article by Article-. Second Edition*, C.H.Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2008, p. 716.

89 Vid. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 146.

90 Cfr. GALLANT, K., “La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y de las penas”, en MONTIEL, J. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 343.

91 Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 147; BROOMHALL, B., “Nullum crimen sine lege”, cit., 716. Según Roxin, la formulación también puede plantearse en términos de la moderna teoría de la prevención general positiva, en el sentido de que la conminación e imposición de penas también contribuye a estabilizar la fidelidad al derecho y a construir la predisposición a comportarse de acuerdo a las normas, y ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible.

92 OLASOLO, A., H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, cit., p. 32, con referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

93 Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 148.

resulta necesario hacer hincapié en una de las derivaciones del principio de legalidad, conocida como *lex stricta*,<sup>94</sup> y que prohíbe la analogía al momento de interpretar los tipos penales.<sup>95</sup>

Se trata de una consecuencia cuyas raíces pueden encontrarse en la reforma liberal del derecho penal, y que intentó terminar con las injusticias que generaba la definición judicial de conductas criminales por analogía, vinculadas con la ausencia de aviso previo al acusado, la aplicación retroactiva de delitos y la anulación del efecto de disuasión propio del derecho penal.<sup>96</sup> Esta imposibilidad de realizar interpretaciones analógicas en este campo del derecho hoy en día se da por sentada, tanto en sistemas jurídicos derivados del *common law* como en aquellos de tradición romano-germánica,<sup>97</sup> y tiende a la protección de la confianza y la previsibilidad.<sup>98</sup>

En cuanto al Estatuto de Roma, resulta interesante señalar que los redactores no sólo establecieron esta prohibición en el artículo 22 (2), sino que, además, incluyeron el principio de interpretación estricta de los elementos del tipo penal, e incluso más favorable al imputado en caso de duda. Se ha mencionado que esta ampliación supera los estándares que suelen manejarse en derecho interno,<sup>99</sup> por lo que el sistema

94 Las otras derivaciones son las de *lex praevia* —prohibición de retroactividad—, *lex scripta* —prohibición de derecho consuetudinario—, y *lex certa* —prohibición de tipos penales indeterminados—. Estos requisitos formales que se han asentado en los sistemas nacionales de tradición romano-germánica, y que han sido receptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no necesariamente resultan compatibles con los elementos del principio de legalidad establecidos, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por los tribunales *ad hoc* —accesibilidad del acusado a la norma que hace su punible su conducta al momento del hecho y previsibilidad para el imputado, al llevar a cabo su conducta, de que con ella estaría incurriendo en responsabilidad penal según el derecho aplicable—. Estas divergencias ameritan un tratamiento pormenorizado. Sin perjuicio de ello, y en virtud de que la jurisprudencia de la CPI ha receptado la configuración del *nullum crimen sine lege* en sus cuatro derivaciones, se partirá de la primera concepción del principio de legalidad. Cfr. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 303. Sobre el tema, vid. OLASOLO A., H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, cit., pp. 26-38.

95 Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, cit., p. 90.

96 Cfr. BROOMHALL, B., “Nullum crimen sine lege”, cit., 725.

97 *Ibíd.*, 724.

98 Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 146.

99 En ese sentido, el clásico principio procesal de *in dubio pro reo*, adquiere un aspecto sustantivo en el marco de la Corte Penal Internacional. Cfr. SATZGER, H., *International and European Criminal Law*, C.H. Beck/Hart/Nomos, München, 2012, p. 221.

de justicia penal autónomo de la CPI<sup>100</sup> ofrece una protección reforzada para los acusados en este aspecto.

Sin embargo, la jueza Odio Benito, lejos de seguir las prescripciones de esta disposición, decide recurrir a un razonamiento analógico para considerar los actos sexuales cometidos contra menores como una participación activa en las hostilidades.<sup>101</sup> Así, la magistrada señala que el test basado en el peligro real de ser considerado como un blanco potencial por el enemigo resulta insuficiente, porque los niños se encuentran a su vez expuestos a otros riesgos que emanan del propio grupo armado que los reclutó, como entrenamientos brutales, torturas o violencia sexual.<sup>102</sup>

Sin desconocer la gravedad de la situación, lo cierto es que estos otros riesgos son distintos a los que se puede ver sometido un menor cuando participa activamente en las hostilidades: no se trata de peligros contra la vida e integridad corporal producto de un ataque legítimo del grupo armado enemigo, sino contra la integridad sexual y física por conductas ilícitas de los miembros del propio grupo. Esto genera, en contra de la proscripción de analogía, la aplicación de una regla jurídica —participación activa en las hostilidades— a otro caso no regulado —actos sexuales no abarcados por el test del blanco potencial—, por el método de la semejanza.<sup>103</sup>

Lo señalado también generaría una falta de adecuación del razonamiento de la jueza con el principio de culpabilidad.<sup>104</sup> Esto se debe a que la interpretación analógica termina dando lugar a la creación de una norma distinta a la que puede

100 Esta ha sido la terminología utilizada por el profesor Olasolo Alonso para describir adecuadamente las características puntuales del sistema establecido por el ER en lo que respecta al principio de legalidad, y que se presenta como más estricto en la protección de los acusados que el de los tribunales *ad hoc* o mixtos. Cfr. OLASOLO, A., H. "El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, cit., p. 37. Podría hablarse, por lo tanto, de un régimen autónomo dentro del derecho internacional penal, lo que generaría una situación particular, en tanto esta última disciplina jurídica es considerada justamente como un régimen autónomo dentro de un derecho internacional fragmentado. Sobre el tema, vid., STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L., "'Fragmentation', Diversification and '3D' Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-The-Box", en STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 22-92.

101 Cfr. AMBOS, K., "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, Nº 2, 2012, pp. 115 y 137.

102 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 19.

103 Vid. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 141.

104 Si bien este principio no se encuentra expresamente regulado en el ER, de todos modos puede derivarse a partir de sus fuentes como principio de derecho internacional o como principio general del derecho, y también a partir de las referencias que hace el artículo 30 respecto del elemento subjetivo general que se requiere para la comisión de un crimen de competencia de la Corte. Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, cit., p. 94; JESCHECK, H., "The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute", *JICJ*, Vol. 2, Nº 1, 2004, p. 45.

derivarse de las disposiciones del ER interpretadas a la luz del *nullum crimen* y, por lo tanto, se impide que el acusado pueda motivar su conducta de acuerdo con una prohibición establecida con anterioridad.

## IV. Argumentos a favor de una posición alternativa

### A. Hacia una interpretación del reclutamiento y del alistamiento como un crimen permanente y de peligro abstracto

Se presenta, por lo tanto, una situación paradójica. De un lado, le asiste razón a la jueza Odio Benito al afirmar que la invisibilidad de la violencia sexual en conceptos jurídicos conlleva la discriminación de las víctimas que sufren estas conductas.<sup>105</sup> De otro, en las secciones anteriores se han expuesto los problemas procesales y sustantivos que pueden generarse al considerar esos actos como participación activa en las hostilidades.

Sin embargo, el análisis crítico de los argumentos expuestos por los integrantes de la SPI I permite encontrar una posición armónica que podría resolver la paradoja: los actos de violencia sexual forman parte de los riesgos a los que se ven sometidos los niños reclutados o alistados en un grupo armado, con independencia de que participen o no activamente en las hostilidades.

Según la mayoría de la SPI I, el artículo 8 (2) (e) (vii) del ER establece tres crímenes diferentes: el de reclutamiento, el de alistamiento y el de utilización activa, por lo que este último crimen queda configurado por la utilización de los niños no alistados o reclutados previamente en las fuerzas armadas o el grupo armado.<sup>106</sup> La redacción parecería avalar esta conclusión, en tanto se han separado los verbos a través de conectores disyuntivos, no siendo necesaria una acumulación de conductas<sup>107</sup> y, además, entre las tres acciones típicas, existen diferencias sustantivas con incidencia en la praxis.

105 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 15.

106 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 609. El hecho de que, como afirma Ambos, pueda tratarse más bien de un único crimen con una estructura típica que recoge tres modalidades alternativas, resulta irrelevante a los fines del presente trabajo. Esto se debe a que, en definitiva, ambas concepciones permiten que una persona pueda ser responsable penalmente en virtud de este artículo a través de tres acciones diferenciadas. Cfr. AMBOS, K., "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues", cit., p. 133.

107 CPI, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 609. Por todos, AMBOS, K., "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues", cit., p. 133.



En el supuesto de la utilización, tal como se expresó previamente, se requiere que en el caso el niño se haya visto sometido al peligro concreto de ser considerado como un blanco potencial por el enemigo. Resulta, entonces, una consecuencia de la estructura de este tipo penal la necesidad de un análisis de la conducta en cuestión, para poder aplicar el test y establecer si en las circunstancias particulares del caso ha existido ese peligro real.<sup>108</sup> Procesalmente esto supone que si faltase una descripción de las circunstancias fácticas de violencia sexual resultaría imposible analizar los actos sin violar el principio de congruencia entre acusación y sentencia.<sup>109</sup>

Pero no sucedería lo mismo con el supuesto de las conductas de reclutamiento o alistamiento. La diferencia entre estas dos últimas alternativas radica en el consentimiento del menor,<sup>110</sup> actuando su ausencia como circunstancia agravante en el primer caso.<sup>111</sup> Con independencia de la distinción, lo importante en estos supuestos es que el fundamento del ilícito se encuentra ya el hecho de vincular al niño con una fuerza armada o un grupo armado, sin importar para qué se lo utilice posteriormente.<sup>112</sup> Se trata, en definitiva, de crímenes permanentes, que comienzan con la incorporación del niño al grupo y que se agotan una vez que deja de formar parte del mismo, o que cumple quince años.<sup>113</sup> Esta interpretación del

108 Se trata, en definitiva, de un crimen de peligro concreto, en el marco del derecho internacional penal. A su vez, la palabra “para” parecería estar dando cuenta de un tipo de tendencia interna trascendente, más precisamente de un crimen de resultado “recortado”. Esto significa que la consumación del crimen se produciría con una mera utilización, acompañadas por un elemento subjetivo distinto del dolo, que en este caso consistiría en realizar la conducta para obtener una participación activa en las hostilidades. La consecuencia de esta interpretación sería el adelantamiento de la punibilidad a momentos en los que todavía no se ha producido la participación activa en las hostilidades del menor –ni, por ende, el peligro concreto–, debido a que el autor ha utilizado al niño con ese fin. Sobre esta cuestión no se realizarán mayores aclaraciones, debido a que su complejidad amerita un tratamiento puntual y a que la jurisprudencia de la CPI implícitamente ha rechazado este argumento. Sobre los delitos de resultado reportado, vid.: SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 320-323.

109 Vid. apartado II del presente trabajo.

110 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 607-608.

111 Cfr. MCBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, cit., p. 184; SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court of Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, cit., pp. 1013-1014.

112 Cfr. HAPPOLD, M., “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en DORIA, J., GASSER, H. y BASSIOUNI, M. C. (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, p.579; JØRGENSEN, N., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 11, Nº 4, 2012, pp. 681-682; SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court of Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, cit., p. 1012; SMITH, A., “Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone”, *JICJ*, Vol. 2, Nº 4, 2004, pp. 1147-1148. En un mismo sentido: CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 609.

113 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 618; CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 248; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Nahimana et al., Judgment, ICTR-99-52-a*, 28 de noviembre de 2007, párr. 721.

reclutamiento y el alistamiento hace que sea indiferente la descripción de los actos sexuales que los niños pudieron haber sufrido cuando formaban parte del grupo. Lo único que interesa, y que por lo tanto debe describirse en la acusación, es el hecho de que el niño efectivamente formaba parte de las fuerzas armadas nacionales, o de un grupo armado organizado, en determinado momento.

Al mencionarse el “mero” reclutamiento o alistamiento como suficiente para generar responsabilidad penal, podría hablarse de un tipo de peligro abstracto, en el que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que se necesite la producción de un resultado de puesta en peligro en el caso concreto.<sup>114</sup> A diferencia de la utilización para participar activamente en las hostilidades, aquí no se protege al niño de un riesgo efectivo, sino de todos los peligros —que podrán, o no, manifestarse en la práctica— a los que puede ser sometido por el hecho de estar asociado a una de las partes en un conflicto armado.<sup>115</sup> Por más que el niño reciba un trato impecable, el haberlo reclutado ya resulta punible según el ER. En consecuencia, esta postura genera que los actos de violencia sexual cometidos por los propios miembros del grupo contra menores ya se encuentren abarcados por el reclutamiento o el alistamiento, evitándose la impunidad por esos actos violatorios de los derechos fundamentales de los niños.<sup>116</sup>

El ubicar estas conductas en un tipo penal permanente y de peligro abstracto basta para evitar los problemas señalados en los apartados anteriores. Por un lado, los hechos descritos en los cargos contra Lubanga son lo suficientemente amplios como para abarcar distintos supuestos de reclutamiento o alistamiento, sin exceder la base fáctica. Por otro lado, no se producen los problemas sustantivos señalados. A diferencia del caso de la participación activa en las hostilidades, la consideración de los actos de violencia sexual como integrantes del reclutamiento o alistamiento no genera, en principio, ningún tipo de colisión con el derecho internacional humanitario. Y finalmente, no se violaría el principio de legalidad, debido a que esta

114 Vid. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 426. Esta definición de los delitos de peligro abstracto representa, de todos modos, una mera enunciación de esta clase de delitos. Para un panorama acabado de los distintos problemas genera esta categoría, vid.: KISS, A., *El Delito de Peligro Abstracto, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2011.

115 Cfr. COTTIER, C., “War Crimes”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers’ Notes, Article by Article- Second Edition*, C.H.Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2008, p. 470.

116 Coinciden con esta interpretación: DRUMBL, M., “The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldering”, cit., p. 104; JØRGENSEN, N., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, cit., p. 683; TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 146.

interpretación puede deducirse, sin mayores esfuerzos, de la redacción del propio artículo 8 (2) (e) (vii) ER.<sup>117</sup>

## **B. La función esencial de los niños y niñas como aspecto determinante del reclutamiento o alistamiento**

El presente trabajo presenta una posición alternativa que podría considerarse adecuada para solucionar la paradoja presentada en el caso Lubanga. Sin embargo, lo cierto es que el contenido concreto de los crímenes de guerra de reclutamiento y alistamiento presenta todavía numerosas cuestiones sin resolver. Sin ir más lejos, la propia definición que ofrece la SPI I en el caso Lubanga sobre estos crímenes resulta bastante concisa: simplemente se hace mención a que ambos verbos refieren a la incorporación de un niño o una niña de menos de quince años a un grupo armado.<sup>118</sup> Estos elementos resultan acertados según una interpretación que parta de considerar que el artículo 8 (2) (e) (vii) ER establece tres crímenes distintos, y que considere que al reclutamiento y al alistamiento como delitos de peligro abstracto, pero todavía quedan dudas respecto del alcance de estos dos últimos tipos penales. En otras palabras: ¿cuándo puede afirmarse que un niño o niña se encuentra reclutado o alistado?, ¿es necesaria una incorporación “formal” o sería suficiente una incorporación de facto al grupo armado o a la fuerza armada?

La literatura más autorizada tampoco ofrece una mayor claridad en este apartado. Se ha acudido al significado ordinario de los términos para afirmar que, por ejemplo, alistarse es equivalente a enrolarse en la lista de un cuerpo militar para desempeñarse como soldado, mientras que un reclutamiento tendría lugar cuando se compele a una persona a realizar un servicio militar, es decir, cuando se realiza un alistamiento sin consentimiento del menor.<sup>119</sup> Parecería claro que de

117 Vid. TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 146.

118 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 607 y 609. Las razones detrás de tan sucinto desarrollo probablemente se vinculen con que en el derecho internacional no hay todavía definiciones aceptadas de esos términos. Cfr. WERLE, G., *Principles of International Criminal Law. Second Edition*, T.M.C/Asser Press, The Hague, 2009, p. 415.

119 Cfr. HAPPOLD, M., “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, cit., p. 589; DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, cit., p. 377; PALOMO, S., G., *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, cit., pp. 137-138. Esta autora, de todos modos, ofrece un interesante tratamiento del tema, más allá de que ciertos criterios, como el de la necesidad de entrenamiento para participar en las hostilidades pueda resultar criticables. En la nota al pie número 124 de este trabajo se analizará la cuestión. Sobre la distinción entre reclutamiento y alistamiento, vid. AMBOS, K., “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, cit., pp. 134 - 136, con referencias.

estas definiciones no puede derivarse un criterio sistemático, que pueda ser utilizado para resolver estos casos de un modo previsible.<sup>120</sup>

En este contexto, aparecen como relevantes las consideraciones realizadas por la jueza Odio Benito sobre la necesidad de que se tenga en cuenta el rol esencial de los niños y niñas en el grupo armado, ya que una determinación casuística podría llegar a resultar discriminatoria.<sup>121</sup> Piénsese en los casos de niñas reclutadas con el único propósito de ser esclavas sexuales o “esposas” de los comandantes militares de un grupo, y que no reciben entrenamiento ni participan en las operaciones militares. A los fines de este tipo penal, cuyo fin es proteger a los menores de todos los riesgos asociados a una vinculación con un conflicto armado, parecería razonable considerar el reclutamiento de menores con fines sexuales como suficiente para configurar el tipo penal,<sup>122</sup> sin que deba probarse una incorporación formal al grupo,<sup>123</sup> o una finalidad ulterior vinculada a una participación en las hostilidades.<sup>124</sup> La comisión de estos actos es un riesgo intrínseco a la conducta de reclutar o alistar a niños y niñas menores de quince años, y aquí sí debe tenerse en cuenta la

- 120 Esto no significa desconocer las particularidades de los casos concretos, que necesariamente deben ser tenidas en cuenta para resolver todo problema jurídico, sino de generalizar circunstancias jurídicamente relevantes que permitan resolver de un mismo modo aquellos casos en los que se presenten dichas circunstancias. Cfr. SANCINETTI, M., *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*, cit., p. 96.
- 121 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párra. 21. Estas situaciones discriminatorias sucederían al menos en aquellos casos en los que se utilice el recurso a las circunstancias del caso concreto para ofrecer soluciones *ad hoc*, que resten importancia al rol de las personas reclutadas para realizar actos sexuales por cuestiones tales como la ausencia de una incorporación en los entrenamientos con fines militares junto con quienes sí fueron reclutados para desempeñarse como soldados.
- 122 Señala Drumbl, en ese sentido, que el reclutamiento de niños y niñas en fuerzas armadas o grupos armados, con fines de explotación sexual, definitivamente constituiría un reclutamiento ilegítimo. Cfr. DRUMBL, M., “The Effects of the *Lubanga* Case on Understanding and Preventing Child Soldering”, cit., p. 104. Coincide en la apreciación: TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in *Lubanga*”, cit., p. 146.
- 123 DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 377.
- 124 Sin embargo, algunos autores consideran que la razón detrás de la incorporación al grupo armado debe ser el entrenamiento del niño para participar en hostilidades armadas. Esta interpretación tendría en cuenta la preocupación de ciertas delegaciones de que puedan ser abarcadas por la norma las escuelas organizadas o dirigidas por las fuerzas armadas de un Estado. Vid. WERLE, G., *Völkerstrafrecht. 3. Auflage*, cit., p. 537; PALOMO S., G., *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, cit., pp. 138-139. Si bien es cierto que en estos casos los niños no se encuentran reclutados, el requisito vinculado con el entrenamiento armado parecería ser excesivo. La razón por la que estos supuestos serían impunes se vincula con el hecho de que los niños, al no cumplir una función esencial, grupo o la fuerza armada, no estarían sometidos a riesgos cubiertos por la norma. No sucede lo mismo en el caso de menores capturados únicamente, por ejemplo, para satisfacer sexualmente a los integrantes de los combatientes, que sí cumplirían un rol vital en el conflicto y se verían sometidos a peligros derivados, con independencia de que no participen, ni vayan a participar, en las hostilidades. Se trata, en definitiva, de definir los límites del tipo penal desde el punto de vista normativo.

posibilidad de que sean sometidos a estas actividades atentatorias contra sus derechos fundamentales.<sup>125</sup>

Una posición de este tipo, que permite que todas las formas de incorporación relevante a un grupo armado puedan ser perseguidas penalmente, se encuentra en línea con los recientes desarrollos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, como también se encarga de señalar la propia jueza Odio Benito,<sup>126</sup> y que ha llevado a la sustitución del término “niños soldados” por el de “niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados”.<sup>127</sup>

Por otra parte, se podría afirmar que un tipo penal de peligro, como el de reclutamiento o alistamiento, que no requiere que efectivamente sucedan los actos de violencia sexual, resulta insuficiente para captar la totalidad del disvalor de esas conductas aberrantes.<sup>128</sup> Una objeción de este tipo sería acertada, y de ahí que le asista razón a la jueza Odio Benito cuando señala que los crímenes de violencia sexual son ofensas distintas y autónomas, y que podrían haber sido evaluadas por la Sala si la Fiscalía hubiese presentado cargos respecto de dichas conductas.<sup>129</sup>

Pero lo cierto es que esto no ha sucedido en el caso Lubanga, por lo que necesariamente se requiere una solución capaz de tener en cuenta los actos de violencia sexual, sin violentar garantías fundamentales del acusado recogidas expresamente por el ER. Por ello, la solución a partir de las conductas de reclutamiento y/o alistamiento aparece como la mejor alternativa, en especial si se tiene en cuenta que de esta forma podría haberse generado un mayor impacto en la medición de la pena.<sup>130</sup>

Ello no obsta, claro está, que en circunstancias ideales se debería presentar una acusación tanto por reclutamiento o alistamiento, como por los distintos crímenes sexuales,<sup>131</sup> lo que, siguiendo los parámetros establecidos por la Sala de Cuestiones

125 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párra. 19.

126 Id., párra. 6.

127 Cfr. VITÉ, S., “Between Consolation and Innovation: The International Criminal Court’s Trial Chamber Judgment in the Lubanga Case”, en GILL, T. D. et al (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 15, 2014, p. 75.

128 Vid. TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 147.

129 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párra. 20.

130 Cfr. TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 146.

131 Coinciden con esta apreciación: APTEL, C., “Lubanga Decision Roundtable: The Participation of Children in Hostilities, consultado.” [En Línea], Opinión Juris, 18 de marzo de 2012. Disponible en < <http://opinio-juris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-the-participation-of-children-in-hostilities/> > [Consulta: 05.06.2014]; JØRGENSEN, N., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, cit., p. 684; TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 147.

Preliminares II en el caso Bemba,<sup>132</sup> dará lugar a una acumulación de cargos conforme las reglas del concurso ideal.<sup>133</sup> De este modo, se podría realizar un proceso penal respetuoso de las garantías del acusado, y a su vez reconocer la importancia simbólica que tienen los cargos para las víctimas de crímenes internacionales.<sup>134</sup>

## V. Conclusiones

La atribución de responsabilidad penal por hechos potencialmente subsumibles en crímenes sexuales en el caso Lubanga ciertamente presentó un problema complejo, de muy difícil solución. En la sentencia condenatoria emitida por la SPI I se ofrecieron dos posiciones que parecerían ser irreconciliables: impunidad basada en el respeto de los derechos procesales del acusado versus punición a costa de la vulneración de garantías del acusado, y de una mayor desprotección de los niños y niñas durante las hostilidades.

En los apartados que anteceden se intentó demostrar que una posición alternativa conciliadora era, en efecto, posible: un mayor énfasis en el reclutamiento o alistamiento de niños soldados por encima de la, quizá desmedida, atención que recibió el concepto de participación activa habría permitido la inclusión de todos los maltratos que los menores recibieron al formar parte de un grupo armado. De esta forma se mantendría una interpretación estricta de participación directa / activa en las hostilidades, de acuerdo con lo que establece el derecho internacional humanitario con el fin de ampliar la protección de los civiles, y se podría llegar a una condena respetuosa de los derechos humanos del imputado.

A modo de conclusión, deben señalarse dos reflexiones básicas que pueden ayudar a repensar el derecho internacional penal frente a esta clase de conflictos. La primera es que si realmente se aspira a construir un sistema de justicia penal a nivel internacional, ciertos principios esenciales —culpabilidad, legalidad e imparcialidad, entre

132 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párra. 199 y ss.

133 Debe recordarse que en esa decisión se ha seguido el llamado test de Celebici, que permite la acusación por varios cargos cuando hay al menos un elemento distintivo en cada uno de los tipos penales imputados, respecto de los otros. TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Delalic et al., Judgment, IT-96-21-A*, 20 de febrero de 2001, párra. 412. Cfr. AMBOS, K., “Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba”, *Revista Penal*, Núm. 25, 2010, p. 19. Sin perjuicio de lo expuesto, el problema de la acumulación de cargos dista de estar resuelto en el marco de la CPI, en particular porque con posterioridad a la mencionada decisión se han emitido otras, sin un criterio uniforme. Vid. FRIMAN, H. et al., “Charges”, cit., p. 393.

134 Vid. SMITH, K., “Prosecutor v. Lubanga: How the International Criminal Court Failed the Women and Girls of the Congo”, *Howard Law Journal*, Vol. 54, 2011, p. 489. Entre los efectos simbólicos que cargos adecuados pueden tener en las víctimas que buscan una retribución por el daño que se les ha causado se encontrarían, según la autora, la confianza en las habilidades de la Fiscalía, la integridad del sistema jurídico, y el valor de las víctimas para ese sistema y para el gobierno.

otros– deben ser respetados.<sup>135</sup> No se desconoce el objetivo de poner fin a la impunidad, pero los medios para lograrlo no pueden ignorar determinados límites liberales,<sup>136</sup> basados en derechos humanos básicos de quienes están sometidos a proceso y necesarios para evitar decisiones arbitrarias y, por ende, injustas.

La segunda reflexión se vincula ya con la función del derecho penal. Sin perjuicio de los distintos fines que la pena pudiese llegar a tener ante la comisión de crímenes atroces, capaces de afectar a la humanidad en su conjunto, no debe perderse de vista que una condena por lo general llegará demasiado tarde.<sup>137</sup> En el caso específico de los conflictos armados, la protección de las víctimas debe fortalecerse durante las hostilidades, por lo que el respeto de las reglas del derecho internacional humanitario resulta fundamental. Y para lograr esto último, un concepto restrictivo de participación directa en las hostilidades debería imponerse jurídicamente en todos los regímenes autónomos del derecho internacional.

---

135 Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, cit., p. 88.

136 Sobre el tema, vid. ROBINSON, D., “A Cosmopolitan Liberal Account of International Criminal Law”, *LJIL*, Vol. 26, Núm. 1, 2013, pp. 127-153.

137 Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 11ra edición, 2011 (original de 1969), p. 19.