

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

SEDE RODRIGO FACIO

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho

“La utilización y reclutamiento de menores en conflictos armados. Análisis particular del caso Lubanga”

Ana Lucía Ugalde Jiménez

Carné A96283

San José, Costa Rica

Junio, 2016



21 de junio de 2016
FD-AI-466-2016

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Ana Lucía Ugalde Jiménez, carné A96283 denominado: "La utilización y reclutamiento de menores en conflictos armados: Análisis particular del caso Lubanga" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	MSc. José Thompson Jiménez
Presidente	Dr. Marvin Carvajal Pérez
Secretario	MSc. Miguel Zamora Acevedo
Miembro	Dr. Haideer Miranda Bonilla
Miembro	Dr. Gonzalo Monge Núñez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **19 de julio del 2016**, a las 4:00 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente



San José, 13 de junio de 2016

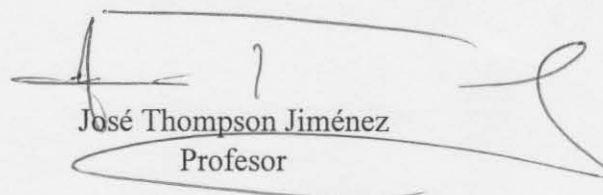
Doctor
Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

En mi condición de **Director** del Trabajo Final de Graduación de la egresada de nuestra Facultad, Ana Lucía Ugalde Jiménez, carné número A96283, titulado "**La utilización y reclutamiento de menores en conflictos armados. Análisis particular del caso Lubanga**", me presento ante usted para comunicarle que el mencionado trabajo de graduación cumple a cabalidad con los requisitos de fondo y forma exigidos por la normativa universitaria para una investigación de esta naturaleza, por lo que le imparto mi aprobación para que pueda continuarse con los trámites correspondientes.

No omito manifestar que esta investigación ha hecho una sistematización particularmente bien lograda en esta materia, que hoy en día tiene implicaciones no sólo para el Derecho Internacional Humanitario, sino también para el Derecho Penal Internacional

Con mis mejores saludos,



José Thompson Jiménez
Profesor

Gonzalo Monge Núñez

Montes de Oca, 13 de junio del 2016

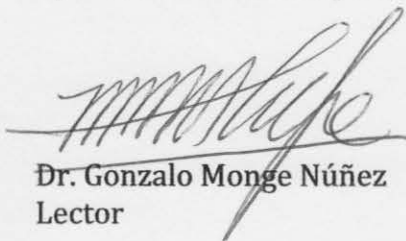
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director- Área de Investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como lector del trabajo final de graduación titulado ***La utilización y reclutamiento de menores en conflictos armados. Análisis particular del caso Lubanga*** elaborado por la estudiante Ana Lucía Ugalde Jiménez carné universitario número A96283. Se trata de una investigación profunda y documentada sobre un tema relevante y de importancia para el Derecho Penal Internacional, por el precedente que establece.

Por reunir los requisitos de forma y de fondo exigidos, lo apruebo.

Aprovecho la ocasión para saludarlo muy atentamente.


Dr. Gonzalo Monge Núñez
Lector

San José, 15 de junio de 2016

Doctor

Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

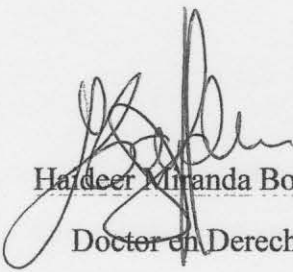
Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director,

Por medio de la presente me permito comunicarle que, en mi calidad de profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad y lector del Trabajo Final de Graduación de la egresada de nuestra Facultad, Ana Lucía Ugalde Jiménez, carné número A96283, titulado **“La utilización y reclutamiento de menores en conflictos armados. Análisis particular del caso Lubanga”**, me presento ante usted para comunicarle que el mencionado trabajo de graduación cumple a cabalidad con los requisitos de fondo y forma exigidos por la normativa universitaria establecida en el Reglamento Académico de Trabajos Finales de Graduación, por lo que lo apruebo en vista de la buena calidad de la investigación realizada a fin de que pueda continuarse con los trámites correspondientes.

Atentamente,



Harolder Miranda Bonilla
Doctor en Derecho
Profesor Lector



M. L. Vilma Isabel Sánchez Castro
Bachiller y Licenciada en Filología Española. U. C. R.
Inscripción tributaria #4631004631477

A QUIEN INTERESE

Yo, Vilma Isabel Sánchez Castro, Máster en Literatura Latinoamericana, Bachiller y Licenciada en Filología Española, de la Universidad de Costa Rica; con cédula de identidad 6-054-080; inscrita en el Colegio de Licenciados y Profesores, con el carné N° 003671, hago constar que he revisado el trabajo de investigación revisado y aprobado por el tutor (a). Y he corregido en él los errores encontrados en ortografía, redacción, gramática y sintaxis. El cual se intitula

“LA UTILIZACIÓN Y RECLUTAMIENTO DE MENORES EN CONFLICTOS ARMADOS. ANÁLISIS PARTICULAR DEL CASO LUBANGA”

DE

ANA LUCÍA UGALDE JIMÉNEZ

**LICENCIATURA EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

Se extiende la presente certificación a solicitud de la interesada, en la ciudad de San José a los dieciséis días del mes de junio de dos mil dieciséis. La filóloga no se hace responsable de los cambios que se le introduzcan al trabajo posterior a su revisión y que no estén contemplados en el cd de respaldo.

Vilma Sánchez Castro

Dedicatoria

A Dios, fortaleza en el camino.

A mis padres y hermano, por apoyarme incondicionalmente en cada proyecto que me he propuesto, por confiar plenamente en mis capacidades e impulsarme a ser mejor cada día. Gracias por ser mi ejemplo y soporte, y por siempre estar ahí. Mis logros son suyos.

¡Los amo!

Agradecimiento

Al profesor José Thompson, por alentar mi interés en el Derecho Internacional, y por ser guía y apoyo para el desarrollo de este proyecto. A los profesores Gonzalo Monge y Haideer Miranda, gracias por confiar en este trabajo y compartirme su tiempo. A los profesores Miguel Zamora y Marvin Carvajal, por aceptar participar como miembros del Tribunal Examinador.

A mis amigos con quienes he compartido esta etapa universitaria, gracias por haber hecho de estos años una experiencia inolvidable. Les agradezco su amistad, compañía, apoyo, risas y cariño.

A quienes a lo largo de mi carrera me vieron crecer académica y profesionalmente, cuya entrega y compromiso por los derechos humanos los convierte en ejemplos de lucha por hacer de este un mundo mejor. Fueron maestros y me enseñaron a perseguir los sueños, y a nunca dejar de brillar.

A todos, mi más profundo agradecimiento.

“Todos los niños merecen protección, no explotación. Deben estar en la escuela y no en ejércitos y grupos combatientes. Los niños deberían estar armados con bolígrafos y libros de texto, no con pistolas”.

- Ban Ki-moon.

Secretario General de las Naciones Unidas.

“En lugar de jugar con amigos, estos niños están en puntos de control o cargando armas. En lugar de llevar libros en la mano, llevan pistolas. Sus mentes no se ven ampliadas por nuevos conocimientos sino estrechadas por el odio y el dolor que sufren”.

- Anthony Lake.

Director Ejecutivo de UNICEF.

“Mi pelotón es mi familia, mi pistola es mi proveedora y protectora, y mi regla es matar o morir”.

- Ishmael Beah.

A Long Way Gone: Memoirs of a Boy Soldier.

Índice

Dedicatoria	i
Agradecimiento.....	ii
Índice.....	iv
Resumen	v
Ficha Bibliográfica	i
Introducción	1
Título I. Origen y evolución del Derecho Penal Internacional.....	10
Capítulo I. Generalidades del Derecho Penal Internacional	10
Sección I. Antecedentes del Derecho Penal Internacional	10
Sección II. Definición y principios generales del Derecho Penal Internacional	24
Sección III. La Corte Penal Internacional	33
Capítulo II. Relación entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho	
Internacional Humanitario.....	43
Sección I. Definición del Derecho Internacional Humanitario	43
Sección II. Principios del Derecho Internacional Humanitario.....	50
Sección III. Elementos contextuales de los crímenes de guerra contemplados en el	
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	54
Título II. El niño en el conflicto armado a la luz de las normas internacionales y la	
Corte Penal Internacional.....	69
Capítulo I. Análisis del tipo específico del crimen de reclutamiento, alistamiento o	
utilización de niños en conflictos armados	69
Sección I. Base normativa del crimen de reclutar, alistar o utilizar niños en conflictos	
armados.....	69
Sección II. Elementos objetivos del tipo (<i>actus reus</i>)	75
Sección III. Elemento subjetivo del tipo (<i>mens rea</i>)	93
Capítulo II. Análisis particular del caso Lubanga	97
Sección I. Contexto de la situación de conflicto armado en la República Democrática	
del Congo.....	97
Sección II. Criterios adoptados por la Corte Penal Internacional respecto de los	
elementos de reclutamiento y alistamiento de niños	105
Sección III. Criterios adoptados por la Corte Penal Internacional respecto de la	
utilización de niños en las hostilidades.....	111
Conclusiones.....	131
Bibliografía Citada	137

Resumen

La violencia contra los niños es un arma de guerra en el contexto internacional presente. Actualmente, más de 300.000 niños y niñas menores de 18 años participan de los más de treinta conflictos armados existentes en el mundo. Pese a los esfuerzos en distintas instancias internacionales por dar fin al reclutamiento de niños, las fuerzas armadas y grupos armados organizados continúan enlistándolos, reclutándolos y utilizándolos.

El Estatuto de Roma es el primer tratado internacional en tipificar el reclutamiento de niños y su uso para participar activamente en las hostilidades como un crimen de guerra, sin embargo, no pareciera ser clara la definición del concepto de participación activa. En virtud de que la hipótesis planteada consiste en que el delito de reclutar, alistar o utilizar niños para participar activamente en las hostilidades ha sido aplicado para sancionar la utilización de niños en actividades directas e indirectas en el contexto de un conflicto armado que los coloque en un riesgo real, aunque se carece todavía de consenso con respecto de la aplicación estricta de conceptualizaciones elaboradas en el marco del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, se examinó si existe un criterio uniforme respecto a la interpretación de los elementos de este tipo penal a la luz de los principios y conceptualizaciones dadas por las ramas del Derecho antes mencionadas.

Para ello, se siguió un método deductivo de análisis, a través de un procedimiento de investigación documental en el que se utilizó doctrina internacional y jurisprudencia de

tribunales internacionales, particularmente de la Corte Penal Internacional, la Corte Especial para Sierra Leona, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, a fin de obtener el material necesario para abordar la problemática en estudio.

Finalmente, se concluye que no existe un consenso con respecto de la aplicación estricta de las conceptualizaciones elaboradas en el marco del Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional en cuanto al crimen de reclutar, alistar o utilizar niños para participar en hostilidades. Al respecto, se identifica una confluencia entre ambas ramas del Derecho sobre la interpretación dada a los elementos de reclutar y alistar niños menores de 15 años en grupos armados organizados o fuerzas armadas, pero se demuestra que se carece de consenso respecto de la interpretación del término participación activa, al considerar el Derecho Internacional Humanitario que este es un sinónimo de participación directa, mientras que el Derecho Penal Internacional ha señalado que se trata de dos conceptos distintos, siendo la participación activa más amplia al contemplar también actividades indirectas.

Por ello, se concluye que es necesario armonizar la interpretación de ambos conceptos, a fin de brindar mayor seguridad jurídica no solo a los imputados por este crimen, sino también a las víctimas y a la comunidad internacional en general, en concordancia con el principio de legalidad. De este modo, se fortalecería la relación de interdependencia entre ambos cuerpos normativos, generando un mayor impacto el marco de la lucha por erradicar la práctica de reclutar, alistar o utilizar niños en conflictos armados.

Ficha Bibliográfica

Ugalde Jiménez, Ana Lucía. La utilización y reclutamiento de menores en conflictos armados. Análisis particular del caso Lubanga. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2016. (vi - 156)

Director: José Thompson Jiménez.

Palabras claves: Derecho Penal Internacional, Corte Penal Internacional, Derecho Internacional Humanitario, niños soldados, conflicto armado, utilización de niños, participación activa en hostilidades, participación directa en hostilidades, Lubanga, reclutamiento de niños, alistamiento de niños.

Introducción

Justificación

Costa Rica ratificó el Estatuto de Roma el 7 de junio de 2001. En virtud de ello, existe una obligación estatal de adoptar e implementarlo en el ordenamiento jurídico costarricense. Con la adopción de dicho Estatuto, se creó la Corte Penal Internacional con la finalidad de juzgar y procesar los delitos que conmueven a la comunidad internacional, fungiendo como un tribunal con competencia complementaria a la de los tribunales nacionales. Si bien Costa Rica no cuenta con fuerzas militares permanentes, se encuentra obligado a aplicar las normas del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, por lo que debe prestar especial atención a los desarrollos jurisprudenciales e interpretaciones que realiza la Corte Penal Internacional en los casos sometidos a su jurisdicción.

Cabe resaltar que Costa Rica ha ejercido como un país defensor del mandato de la Corte Penal Internacional en los escenarios internacionales, y como país promotor de la lucha por los derechos humanos se encuentra en una posición privilegiada para impulsar el estudio del Derecho Penal Internacional y colaborar con el fortalecimiento de este tribunal internacional en la búsqueda de dar fin a la impunidad de los crímenes más graves cometidos a nivel mundial. Su compromiso se ha visto plasmado, entre otros, a través de la participación del señor Bruno Stagno como presidente de la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional durante el período 2005-2008, así como la elección de la

señora Elizabeth Odio Benito en el año 2003 como jueza y, más tarde, segunda vicepresidenta de dicha Corte.

Tal y como fue señalado por el ex embajador Bruno Stagno al presidir la juramentación de algunos jueces de la Corte Penal Internacional, la Corte “puede ser el instrumento a utilizar, si nosotros lo queremos, contra la impunidad que disfrutaban los perpetradores de las serias violaciones a los derechos humanos en el mundo, violaciones que impresionan a la humanidad y que por su magnitud y atrocidad también afectan a los países más allá de la región en conflicto”¹.

Por su parte, Elizabeth Odio Benito dirigió la delegación costarricense en la Conferencia de Roma, que tenía como fin la creación del proyecto para el establecimiento de una corte penal de carácter permanente. Para ese entonces, ya había ejercido como jueza en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Ya como jueza de la Corte Penal Internacional, participó en la integración del tribunal para el juzgamiento de Thomas Lubanga Dyilo, y emitió un voto disidente criticando la postura de los otros miembros del tribunal respecto del concepto de participación activa en las hostilidades y los actos sexuales que debían realizar forzosamente algunos niños y niñas². Desde entonces, Costa Rica se ha mantenido activa en su apoyo a la labor de la Corte Penal Internacional, pronunciándose sobre distintas situaciones, coordinando el Grupo de Amigos de la Corte

¹ Bruno Stagno Ugarte, Discurso del Embajador de Costa Rica ante las Naciones Unidas en su calidad de presidente de la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional, Juramentación de Jueces (10 de marzo de 2006).

² Gonzalo Monge Nuñez, “Elizabeth Odio Benito y Costa Rica son precursoras de la Corte Penal Internacional”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 59 (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014): 162.

Penal Internacional, participando en la Coalición por la Corte Penal Internacional, y renovando constantemente su compromiso con la justicia internacional³.

Del mismo modo, como ha sido recordado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, los Estados Miembros tienen la responsabilidad de poner fin a la impunidad e investigar y procesar a los responsables de los crímenes internacionales perpetrados contra los niños; lucha que se ha visto fortalecida mediante el enjuiciamiento que llevan a cabo la Corte Penal Internacional y otros tribunales internacionales o especiales, así como los tribunales nacionales. Además, dicho Consejo ha reconocido que “el desarrollo de la capacidad para la protección de los niños afectados por conflictos armados en un proceso que debe formar parte de la actuación internacional desde un principio”⁴.

Es por ello que Costa Rica en el contexto mundial actual, como sujeto del derecho internacional, no puede permanecer ajena a esta importante movilización en pro de la erradicación y reprensión del reclutamiento, alistamiento y utilización de niños en conflictos armados, y tiene el deber de velar por el cumplimiento de las disposiciones de protección de niños, incluyendo aquellas relativas a su liberación y reintegración, así como incorporar los últimos criterios respecto de la protección de niños en materia de seguridad, aún en tiempos de paz.

³ Gonzalo Monge Nuñez, “Elizabeth Odio Benito y Costa Rica son precursoras de la Corte Penal Internacional”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 59 (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014): 167.

⁴ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Resolution 2143 Children and armed conflict* (Nueva York: Naciones Unidas, 2014): 2.

El presente trabajo cobra especial importancia a raíz del contexto internacional actual, donde la violencia contra los niños es un arma de guerra en muchos conflictos armados⁵. De acuerdo con los datos de UNICEF, alrededor de 300.000 niños y niñas menores de dieciocho años se encuentran participando en los más de treinta conflictos armados en el mundo, ya sea como combatientes, mensajeros, portadores, cocineros, o para desempeñar servicios sexuales⁶. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo ha indicado que “en aproximadamente 17 países alrededor del mundo, decenas de millones de niños y niñas se encuentran luchando en guerras de adultos”, siendo utilizados como soldados, participando activamente en las hostilidades, cumpliendo funciones de tipo logístico o abusados sexualmente⁷.

Asimismo, en el informe rendido por el Secretario General de Naciones Unidas en mayo de 2014 sobre la situación de los niños y los conflictos armados se indicó que sólo en el año 2013 se documentaron más de 4000 casos de reclutamiento y utilización de niños⁸. A pesar de los esfuerzos a nivel mundial por erradicar el reclutamiento de niños y niñas y prevenir su participación en las hostilidades, las fuerzas y grupos armados continúan enlistando o reclutándolos⁹. Es por ello que en distintas instancias a nivel internacional,

⁵ Cynthia Chamberlain, *Children and the International Criminal Court: Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective* (Leiden: E.M. Meijers Instituut, 2014), 236.

⁶ UNICEF, “Hoja de datos: Niñas y niños soldados”, UNICEF, http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/NINAS_Y_NINOS_SOLDADOS.pdf (consultado el 9 de junio de 2016).

⁷ Organización Internacional del Trabajo, “Trabajo Infantil y Conflictos Armados”, Organización Internacional del Trabajo, <http://ilo.org/ipecc/areas/Armedconflict/lang--es/index.htm> (consultado el 8 de junio de 2016).

⁸ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Informe del Secretario General A/68/878-S/2014/339* (Nueva York: Naciones Unidas, 2014).

⁹ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Informe del Secretario General A/67/845-S/2013/245* (Nueva York: Naciones Unidas, 2013), y Cynthia Chamberlain, *Children and the International Criminal Court: Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective* (Leiden: E.M. Meijers Instituut, 2014), 17.

como la Organización Internacional del Trabajo y Naciones Unidas, se han aumentado los esfuerzos por dar fin al reclutamiento de niños, negociando planes de acción y adoptando programas de liberación y reinserción de niños alrededor del mundo, y dando una lucha importante contra la impunidad en esta materia.

En el marco de esta problemática, es necesario resaltar que el reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años en conflictos armados están prohibidos en el Derecho Internacional Humanitario, y el Estatuto de Roma es el primer tratado internacional que tipifica el reclutamiento de niños y su uso para participar activamente en las hostilidades como un crimen de guerra¹⁰. Sin embargo, en el Derecho Internacional Humanitario, a criterio del Comité Internacional de la Cruz Roja, “no existe una definición de participación directa en las hostilidades y no es posible deducir de la práctica estatal o de la jurisprudencia internacional una interpretación clara de ese concepto”¹¹.

Es por ello que este trabajo se centrará en analizar las distintas fuentes e interpretaciones dadas a la luz del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional en cuanto al reclutamiento, alistamiento y utilización de menores para participar directamente en las hostilidades, a fin de obtener mayor claridad en la forma en que se debería aplicar el tipo penal y las circunstancias en que la conducta podría ser punible. Asimismo, a partir de este trabajo se podrán comparar y examinar los distintos criterios existentes en torno a los conceptos de reclutamiento, alistamiento, utilización y

¹⁰ Oficina del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para los niños y los conflictos armados, “Reclutamiento de niños”, Naciones Unidas, <http://childrenandarmedconflict.un.org/es/efectos-del-conflicto/infracciones-mas-graves/ninos-soldados/> (consultado el 9 de junio de 2016).

¹¹ Nils Melzer, *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010), 41.

participación activa o directa en contraposición con lo considerado por la Corte Penal Internacional como elementos del tipo penal en la sentencia del caso Lubanga, con el fin de determinar si dicha sentencia es acorde a los criterios mayoritarios en el Derecho Internacional Humanitario y respetuosa de los principios generales del Derecho Penal Internacional, o si por el contrario, se requiere una interpretación más armónica de los elementos del tipo que sea acorde con el derecho de los conflictos armados y los principios aplicables.

Objetivo General

Examinar si existe un criterio uniforme con respecto a la interpretación de los elementos del tipo penal internacional de reclutamiento, alistamiento o utilización de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades a la luz de los principios y conceptualizaciones dadas por el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional.

Objetivos Específicos

1. Estudiar las generalidades del Derecho Penal Internacional, tomando en cuenta los antecedentes, principios propios de la materia y el rol de la Corte Penal Internacional.
2. Determinar la relación entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario, de acuerdo al criterio de especialidad aplicable a los crímenes de guerra.

3. Definir el tipo específico del crimen de reclutamiento, alistamiento o utilización de menores en conflictos armados, a través del análisis de los elementos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*) del mismo.
4. Analizar los criterios adoptados por la Corte Penal Internacional con respecto de los elementos del delito específico en el caso de la *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*.

Hipótesis

El delito de reclutar, alistar o utilizar niños para participar activamente en las hostilidades ha sido aplicado para sancionar la utilización de niños en actividades directas e indirectas en el contexto de un conflicto armado que los coloque en un riesgo real, aunque se carece todavía de consenso respecto de la aplicación estricta de las conceptualizaciones elaboradas en el marco del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional.

Metodología

Este Trabajo Final de Graduación se basa en un método deductivo a través, principalmente, de un procedimiento de investigación documental. En vista de la naturaleza de la investigación realizada, se utilizó doctrina internacional y jurisprudencia de tribunales internacionales, particularmente de la Corte Penal Internacional, la Corte Especial para Sierra Leona, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, a fin de obtener el material necesario para abordar la

problemática en estudio. Por ello, las fuentes primarias de información derivaron de documentos bibliográficos existentes¹².

Asimismo, se utilizó un enfoque de carácter cualitativo, donde se recolectaron distintas fuentes para luego ser evaluadas y organizadas a fin de dar respuesta, a través de su análisis e interpretación, a los temas de esta investigación¹³.

Desarrollo capitular

El presente Trabajo Final de Graduación se desarrolla en dos Títulos. El primero de ellos se refiere al origen y evolución del Derecho Penal Internacional. Este Título está compuesto por dos Capítulos. El primer Capítulo versa sobre las generalidades del Derecho Penal Internacional, y se estructura en tres secciones: (i) Antecedentes del Derecho Penal Internacional, (ii) Definición y principios generales del Derecho Penal Internacional y (iii) La Corte Penal Internacional. El segundo Capítulo trata sobre la Relación entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario, y se encuentra conformado por tres secciones: (i) Definición del Derecho Internacional Humanitario, (ii) Principios del Derecho Internacional Humanitario y (iii) Elementos contextuales de los crímenes de guerra contemplados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Por su parte, el segundo Título de esta investigación versa sobre el niño en el conflicto armado a la luz de las normas internacionales y la Corte Penal Internacional. Este

¹² Helio Gallardo, *Elementos de Investigación Académica* (San José: EUNED, 1998), 170 y 171.

¹³ Karina Batthyány, Mariana Cabrera et al, *Metodología de la investigación en Ciencias Sociales, Apuntes para un curso inicial* (Montevideo: Unidad de Comunicación de la Universidad de la República UCUR, 2011), 78-79.

Título se divide en dos Capítulos. El primer Capítulo se refiere al análisis del tipo específico del crimen de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños en conflictos armados, y se divide en las siguientes secciones: (i) Base normativa del crimen de reclutar, alistar o utilizar niños en conflictos armados, (ii) Elementos objetivos del tipo (*actus reus*) y (iii) Elemento subjetivo del tipo (*mens rea*). El segundo Capítulo es el análisis particular del caso Lubanga seguido ante la Corte Penal Internacional, y se compone de tres secciones: (i) Contexto de la situación de conflicto armado en la República Democrática del Congo, (ii) Criterios adoptados por la Corte Penal Internacional respecto de los elementos de reclutamiento y alistamiento de niños y (iii) Criterios adoptados por la Corte Penal Internacional respecto de la utilización de niños en las hostilidades.

Título I. Origen y evolución del Derecho Penal Internacional

Se analizará en el presente Título, en primer lugar, las generalidades del Derecho Penal Internacional, sus antecedentes, principios generales y la estructura y naturaleza de la Corte Penal Internacional. Posteriormente, se abordará la relación entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario, la definición de esta rama del Derecho, sus principios y los elementos contextuales de los crímenes de guerra contemplados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Capítulo I. Generalidades del Derecho Penal Internacional

Sección I. Antecedentes del Derecho Penal Internacional

La evolución del Derecho Penal Internacional es el resultado de algunos de los capítulos más oscuros en la historia de la humanidad¹⁴. Si bien desde el Tratado de Paz de Versalles de 1919 se intentaron crear distintos tribunales para el juzgamiento de crímenes bajo el Derecho Internacional y se reconoció por primera vez la responsabilidad penal

¹⁴ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 2.

individual por la comisión de crímenes internacionales, no fue hasta después de la II Guerra Mundial que esto comenzó a cristalizarse¹⁵.

Tribunal Militar Internacional de Núremberg y Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente

A partir de la II Guerra Mundial, donde el mundo fue testigo de la comisión de crímenes de una brutalidad y escala sin precedentes, el juzgamiento de los crímenes de guerra se convirtió en un objetivo primario de los países aliados¹⁶. En virtud de ello, en 1942 firmaron la Declaración del Palacio de St. James, mediante la que establecieron la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, cuya misión consistía en documentar los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos¹⁷ durante la guerra. Sin embargo, tres años después, en Londres, los gobiernos de los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Unión Soviética y Francia, establecieron el primer Tribunal Penal Militar Internacional para el juzgamiento de actos acaecidos durante la II Guerra Mundial¹⁸.

La Carta del Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg de 8 de agosto de 1945 tuvo como declaración principal que los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad acarrearán responsabilidad individual en el derecho

¹⁵ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 2, y Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 2.

¹⁶ Guénaél Mettraux, “Trial at Nuremberg,” en *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas y Nadia Bernaz (Abingdon: Routledge Taylor & Francis Group, 2011), 5.

¹⁷ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 4.

¹⁸ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 4, y Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 93.

internacional¹⁹. Por primera vez, los individuos podían ser considerados penalmente responsables bajo el derecho internacional por sus actos²⁰.

Los crímenes contra la paz se referían a la planificación, preparación y realización de una guerra de agresión; los crímenes de guerra eran aquellos que representaran violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, mientras que los crímenes de lesa humanidad se basaron en la idea de que ciertos ataques contra individuos podían ser de dimensión internacional cuando fueran sistemáticamente dirigidos contra una población civil específica²¹. En la Carta se enfatizó que la responsabilidad penal individual no dependía de que el acto fuera ilegal de acuerdo a las leyes del país donde fue cometido, y que el actuar siguiendo órdenes de un superior no liberaba del castigo²².

En los juicios de Núremberg se formularon cargos contra 24 personas, de las cuales se dictó sentencia respecto de 22 de ellas²³. El Tribunal dictó sentencia el 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946 y condenó a 12 personas a pena de muerte, 3 a cadena perpetua, 4 a prisión de entre 10 y 20 años, y 3 fueron absueltos²⁴.

¹⁹ Organización de las Naciones Unidas, *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal (London Agreement)* (Londres: Naciones Unidas, 1945), y Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 5.

²⁰ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 5.

²¹ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 7.

²² Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 7.

²³ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 5, y Guénaél Mettraux, "Trial at Nuremberg," en *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas y Nadia Bernaz (Abingdon: Routledge Taylor & Francis Group, 2011), 9.

²⁴ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 8, y Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 5.

Una de las mayores críticas hechas a este Tribunal fue que no se juzgó a ninguna persona perteneciente a los países aliados, y que aplicó retroactivamente las normas incluidas en la Carta del Tribunal a hechos ocurridos con anterioridad a su promulgación²⁵. Sin embargo, el Tribunal justificó que los crímenes contemplados formaban parte del derecho internacional consuetudinario, por lo que pese a no estar codificados eran punibles. Este Tribunal sentó las bases para miles de juzgamientos llevados a cabo después de la Guerra²⁶ y hoy en día, los Principios de Núremberg son reconocidos como derecho consuetudinario y el núcleo del Derecho Penal Internacional²⁷.

El segundo juicio llevado a cabo luego de la II Guerra Mundial tuvo lugar en Tokio, durante los años 1946 a 1948, en respuesta a la invasión japonesa en el este y sur de Asia²⁸. La Carta constitutiva del Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente fue proclamada el 18 de enero de 1946, tomando como modelo la correspondiente a Núremberg, e incluyó los mismos crímenes establecidos en esta. Sin perjuicio de ello, en esta carta se expandió el listado de crímenes de lesa humanidad y se eliminó un requisito antes incluido en la Carta del Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg, que señalaba que los crímenes de lesa humanidad debían estar en conexión con la guerra²⁹.

²⁵ Guénaël Mettraux, "Trial at Nuremberg," en *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas y Nadia Bernaz (Abingdon: Routledge Taylor & Francis Group, 2011), 12.

²⁶ Guénaël Mettraux, "Trial at Nuremberg," en *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas y Nadia Bernaz (Abingdon: Routledge Taylor & Francis Group, 2011), 12.

²⁷ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 6.

²⁸ Neil Boister, "The Tokyo Trial," en *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas y Nadia Bernaz (Abingdon: Routledge Taylor & Francis Group, 2011), 17, y Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 96.

²⁹ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 6.

En este Tribunal hubo 28 acusados, de los cuales 15 fueron condenados a cadena perpetua, 7 a pena de muerte, 1 a 7 años de prisión y otro a 20 años. Dos acusados fallecieron durante el juicio y uno fue declarado mentalmente incompetente para el mismo³⁰. A este Tribunal se le criticó por falta de imparcialidad, por lo que muchos catalogaron el proceso como defectuoso e irregular³¹.

Posteriormente, diversos líderes nazis fueron juzgados en tribunales establecidos por los aliados en las zonas de ocupación, y la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas se dedicó a la documentación de diversos casos de gran importancia. En total, se estima que documentó información respecto de 89 juicios por crímenes de guerra³².

Guerra Fría

Los principios formulados en Núremberg fueron reafirmados en los años subsiguientes por un gran número de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas³³, la Corte Internacional de Justicia y en reportes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas³⁴. Cabe resaltar que, a partir de la adopción de los

³⁰Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 6, y Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 97.

³¹Neil Boister, "The Tokyo Trial," en *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas y Nadia Bernaz (Abingdon: Routledge Taylor & Francis Group, 2011), 24.

³²Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 7.

³³Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Resolución 94(I)* (Londres: Naciones Unidas, 1946).

³⁴Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 12.

principios de Núremberg por la Asamblea General de Naciones Unidas, se ordenó la codificación de dichos principios en un borrador de Código de Derecho Penal Internacional. Para cumplir esa misión, se creó la Comisión de Derecho Internacional el 21 de noviembre de 1947³⁵.

Asimismo, durante este periodo se adoptaron instrumentos de gran importancia dentro del derecho de los tratados, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 y los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, así como sus Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977³⁶. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio significó un gran logro para el derecho internacional, al reconocer que el genocidio, catalogado como *jus cogens*, podía tener lugar tanto en tiempos de paz como de guerra. Sin embargo, hasta comienzos de los años noventa, parecía lejana la creación de nuevos tribunales penales internacionales.

Establecimiento de los tribunales ad hoc de Naciones Unidas

A inicios de la década de los noventa, en respuesta a los conflictos presentados en la Antigua Yugoslavia y al genocidio cometido en Ruanda, la Organización de las Naciones Unidas activó sus mecanismos para el establecimiento de la paz. En este contexto, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas creó dos tribunales penales internacionales *ad*

³⁵ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Resolución 177(II)* (Londres: Naciones Unidas, 1947), y Antonio Cassese, “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 8.

³⁶ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 13.

*hoc*³⁷: el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Estas cortes fueron establecidas como un cuerpo subsidiario del Consejo de Seguridad, de conformidad con el artículo 29 de la Carta de las Naciones Unidas³⁸. Los estatutos de ambos tribunales reiteraron el carácter consuetudinario del Derecho Penal Internacional³⁹.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia fue el primer tribunal internacional para crímenes de guerra creado por la comunidad internacional después de los tribunales de Núremberg y Tokio.

Al morir el presidente Tito de Yugoslavia en 1980 las tensiones entre los distintos grupos étnicos del país escalaron hasta develar uno de los peores conflictos del siglo XX, cuando en 1991 surgieron varios conflictos armados a lo largo del territorio yugoslavo⁴⁰. Estos conflictos se caracterizaron por la comisión a gran escala de diversos crímenes, al darse una práctica de “limpieza étnica” y ofensas de naturaleza sexual, entre otras⁴¹.

³⁷ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Resolution 827 on Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia* (Nueva York: Naciones Unidas, 1993), y Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Resolution 955 Establishing the International Tribunal for Rwanda*. (Nueva York: Naciones Unidas, 1994).

³⁸ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 19.

³⁹ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 15.

⁴⁰ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 59, y Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 102.

⁴¹ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 102.

Si bien el conflicto llegó formalmente a su fin en diciembre del año 1995, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas determinó, con anterioridad a esa fecha, que los hechos acontecidos en la Antigua Yugoslavia representaban una amenaza contra la paz internacional, y consideró que únicamente sería posible recuperar la estabilidad en la región si los perpetradores de los crímenes cometidos eran sancionados⁴².

En virtud de ello, y luego de una solicitud hecha por el Secretario General de Naciones Unidas⁴³, el Consejo de Seguridad decidió adoptar el 25 de mayo de 1993 la Resolución 827, en la que decidió “*establecer un Tribunal Internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz y, con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional*”⁴⁴.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia contempló los crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad, y adoptó los principios generales de la Carta de Núremberg⁴⁵. Su jurisdicción se extendió a todas las personas responsables por la comisión de serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario en

⁴² Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 102.

⁴³ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 15.

⁴⁴ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Resolution 827 on Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia* (Nueva York: Naciones Unidas, 1993).

⁴⁵ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 16.

el territorio de la Antigua Yugoslavia desde 1991⁴⁶. Asimismo, se le otorgó competencia *ratione materiae* sobre graves violaciones a los Convenios de Ginebra, violaciones a las leyes o usos de la guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad⁴⁷. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia representó un gran avance a nivel de normas procedimentales y probatorias, las cuales influyeron ampliamente en las normas posteriormente adoptadas dentro del Estatuto de Roma⁴⁸.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

En 1994 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, como reacción al genocidio cometido en ese país durante 1994, en el que murieron aproximadamente 800.000 personas⁴⁹.

La competencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda contempla el enjuiciamiento de presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y por ciudadanos de Ruanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994⁵⁰. Asimismo, ejerce jurisdicción sobre

⁴⁶ Organización de las Naciones Unidas, “Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (La Haya: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 2009), artículos 1 y 6. Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 21.

⁴⁷ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 60.

⁴⁸ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 16.

⁴⁹ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 17, y Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 22.

⁵⁰ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda”, Comité Internacional de la Cruz Roja (8 de noviembre de 1994).

genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes del conflicto armado interno. El aporte quizás más importante del Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue el trabajo realizado por este en el desarrollo de la definición del crimen de genocidio⁵¹.

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda compartieron hasta el año 2003 una única oficina de Fiscalía, y sus Cámaras de Apelaciones se encontraban compuestas por jueces de ambos tribunales⁵².

Mecanismo Internacional Residual para los Tribunales Penales (MICT)

El 22 de diciembre de 2010 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció el “Mecanismo Internacional Residual para los Tribunales Penales”, encargado de concluir las labores iniciadas por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, una vez finalizados sus mandatos.

Este Mecanismo se encuentra dividido en dos ramas: (i) una rama encargada de cubrir las funciones relativas al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, localizada en Arusha, Tanzania, que entró en funcionamiento a partir del 1 de julio de 2012; y (ii) una rama encargada de las funciones relativas al Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, ubicada en La Haya, Holanda y que comenzó a funcionar a partir del 1 de julio de 2013.

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm> (consultado el 8 de junio de 2016), artículo 1.

⁵¹Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 17.

⁵²Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 17.

Entre sus funciones se encuentran asegurar el arresto y juzgamiento de nueve fugitivos buscados por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda; conducir y completar los procedimientos de apelación que se encuentren pendientes; llevar a cabo los nuevos juicios que haya dictado o dicte la Sala de Apelaciones posterior a las fechas en que el Mecanismo comenzó a funcionar; la revisión de sentencias en aquellos casos en que se descubran nuevos hechos no conocidos al momento del juicio; la protección de víctimas y testigos; la supervisión de cumplimiento de las sentencias; brindar asistencia a las jurisdicciones nacionales de Yugoslavia y Ruanda en relación con las investigaciones internas y juicios, así como preservar los archivos de ambos Tribunales⁵³.

Adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

La creación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha sido, hasta el momento, el mayor ejemplo de la cristalización del Derecho Penal Internacional⁵⁴, al representar la primera gran codificación en esta materia⁵⁵. Tal y como fue descrito por el jurista Antonio Cassese, quien fue el primer presidente del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Estatuto de Roma marca la culminación del proceso iniciado

⁵³ United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals, “About the MICT”, United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals. <http://www.unmict.org/en/about> (consultado el 8 de junio de 2016).

⁵⁴ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 2.

⁵⁵ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 2.

en Núremberg y Tokio y continuado por los Tribunales *ad hoc*, al plasmar el cuerpo de normas que fueron emergiendo durante más de cincuenta años en esta área⁵⁶.

En el año 1989, Trinidad y Tobago volvió a plantear la necesidad de crear una corte penal internacional dentro de la agenda de las Naciones Unidas, al sugerirle a la Asamblea General que se estableciera un tribunal penal internacional especializado para lidiar con la problemática del narcotráfico⁵⁷.

A partir de ello, la Comisión de Derecho Internacional produjo un reporte sobre un borrador de estatuto para una corte penal internacional en 1994, el cual fue presentado ante la Asamblea General. La Asamblea decidió establecer un comité *ad hoc* para que estudiara la propuesta planteada por la Comisión de Derecho Internacional. Este Comité fue creado en 1995, y se denominó “Comité *ad hoc* para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional”⁵⁸.

A finales de 1995, el Comité *ad hoc* presentó su reporte final, el cual se convirtió en la base para el establecimiento de un comité preparatorio para el establecimiento de una corte penal internacional en 1996⁵⁹. El borrador de Estatuto creado a partir de la labor de

⁵⁶ Antonio Cassese, “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 3.

⁵⁷ Antonio Cassese, “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 16.

⁵⁸ Antonio Cassese, “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 17.

⁵⁹ Antonio Cassese, “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 17.

estos comités fue posteriormente discutido en la Conferencia Diplomática que tuvo lugar en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998⁶⁰.

En esta Conferencia participaron representantes de más de 160 Estados, 17 organizaciones internacionales y más de 250 organizaciones no internacionales que observaron los procedimientos⁶¹. En el marco de estas negociaciones se encontraban, por un lado, los países que abogaban por la rápida creación de una corte fuerte y lo más independiente posible, y por otro un grupo de países que temían por su soberanía y buscaban proteger a sus propios ciudadanos, quienes buscaban una corte más débil y simbólica⁶².

El 17 de julio de 1998 el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue adoptado en sesión plenaria con 120 votos a favor. Sólo 7 Estados: Estados Unidos, China, Israel, Iraq, Libia, Yemen y Qatar votaron en contra del Estatuto; 21 países se abstuvieron⁶³. Para el 31 de diciembre del año 2000 139 Estados habían firmado el Estatuto. Éste surtió efecto a partir del 1 de julio de 2002, y hasta la fecha ha sido ratificado por 124 Estados⁶⁴.

⁶⁰ Antonio Cassese, "From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court", en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 17, y Cynthia Chamberlain, *Children and the International Criminal Court: Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective* (Leiden: E.M. Meijers Instituut, 2014), 32.

⁶¹ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional: Adición*, (Roma: Naciones Unidas, 1998).

⁶² Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 19-20.

⁶³ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 67-68.

⁶⁴ Alain Pellet, "Entry into force and amendment of the Statute", en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 145, y Corte Penal Internacional, "The States Parties to the Rome Statute",

Luego de la Conferencia de Roma, se creó una Comisión Preparatoria, llamada a compilar otros instrumentos legales y a preparar la primera reunión de la Asamblea de Estados Partes⁶⁵. La Asamblea de Estados Partes, posteriormente, adoptó los Elementos de los Crímenes, las Reglas de Procedimiento y Prueba, y el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte⁶⁶. Finalmente, el 11 de marzo de 2003 la Corte Penal Internacional comenzó a trabajar⁶⁷.

Desde la adopción del Estatuto de Roma han surgido además dos nuevas tendencias en el escenario internacional: i) el establecimiento de tribunales penales mixtos y ii) la implementación a nivel interno de la parte sustancial del derecho penal internacional⁶⁸.

Los tribunales penales mixtos creados hasta el momento combinan elementos nacionales e internacionales, y están dotados de una competencia territorial y temporal limitada para una situación específica en un Estado determinado. Ejemplos de este tipo de tribunales son el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya, la Sala de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina y el Tribunal Especial para el Líbano⁶⁹.

International Criminal Court. <https://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx?ln=en> (consultado el 8 de junio de 2016).

⁶⁵ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 25.

⁶⁶ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 124.

⁶⁷ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 68.

⁶⁸ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 73.

⁶⁹ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 73-74.

Por su parte, la implementación a nivel interno del derecho penal internacional responde a la adaptación de los ordenamientos jurídicos nacionales para poder “*perseguir y sancionar los crímenes internacionales*”⁷⁰.

Sección II. Definición y principios generales del Derecho Penal Internacional

El Comité Internacional de la Cruz Roja define el Derecho Penal Internacional como “*la rama del derecho por la cual se prohíben ciertas categorías de conducta consideradas delitos graves; se regulan procedimientos para la investigación, el enjuiciamiento y el castigo por esas categorías de conducta, y se considera que una persona que perpetre uno de esos delitos será responsable personalmente*”⁷¹.

El Derecho Penal Internacional comprende todas las normas que establecen, excluyen o regulan la responsabilidad por crímenes bajo el Derecho Internacional⁷² y es, en su núcleo, una combinación entre los principios del Derecho Penal y el Derecho Internacional Público⁷³. A diferencia de la concepción tradicional del Derecho Internacional, el Derecho Penal Internacional contempla la responsabilidad penal individual, y no la estatal⁷⁴. Esta rama del Derecho funciona, además, como un instrumento

⁷⁰ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 76.

⁷¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *General principles of international criminal law* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2014).

⁷² Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 31.

⁷³ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume I* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 55.

⁷⁴ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 95.

de protección de derechos humanos, al criminalizar ciertas violaciones graves a estos derechos⁷⁵.

Cabe destacar que el Derecho Penal Internacional no se compone únicamente de las normas referentes a los crímenes internacionales, sino también de los principios y procedimientos que regulan la investigación internacional y el juzgamiento de estos crímenes a nivel internacional o doméstico⁷⁶. De este modo, pueden identificarse dos áreas: la parte sustantiva del Derecho Penal Internacional, y la parte procesal de este.

Las normas sustantivas del Derecho Penal Internacional son aquellas que determinan los actos que constituyen crímenes internacionales, los elementos subjetivos de los crímenes, las circunstancias excluyentes de responsabilidad, y las condiciones bajo las cuales los Estados deben juzgar, según las reglas internacionales, a personas acusadas por la comisión de crímenes internacionales. Por su parte, las normas procesales regulan cómo se lleva a cabo el procedimiento de los juicios, así como la recepción y admisión de pruebas y la protección a víctimas y testigos⁷⁷.

⁷⁵ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 107, y Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 73-74.

⁷⁶ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 3, y Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 109.

⁷⁷ Miša Zgonec-Rozej, *International Criminal Law Manual* (International Bar Association, 2010), 25.

Si bien pueden identificarse diversos crímenes catalogados como “internacionales” en un gran número de convenciones o tratados⁷⁸, en la actualidad el Derecho Penal Internacional se ha concentrado en el juzgamiento de los delitos considerados como los principales crímenes bajo el Derecho Internacional. Estos crímenes se encuentran referidos en el Estatuto de Roma, y son: i) genocidio, ii) delitos de lesa humanidad, iii) crímenes de guerra, y iv) crimen de agresión⁷⁹. Estos crímenes son considerados los “*más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”, y representan una amenaza para la paz, seguridad y bienestar de la humanidad⁸⁰. Estos últimos, la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, han sido considerados como los bienes jurídicos de mayor importancia para la comunidad internacional, y es a ellos a los que el Derecho Penal Internacional ha sido llamado a proteger⁸¹.

Según el autor Gerhard Werle, en todos los crímenes de derecho internacional se encuentra un elemento común: “*todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo*”⁸². En el caso del crimen de genocidio, el contexto de violencia consiste en la destrucción total o parcial de un grupo especialmente protegido, en los crímenes de lesa humanidad radica en el ataque generalizado o sistemático contra la población civil, en los crímenes de guerra corresponde

⁷⁸ Al respecto, el autor M. Cherif Bassiouni ha identificado 27 crímenes internacionales, ubicables en 281 convenciones distintas. M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 144.

⁷⁹ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 32, y Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 2.

⁸⁰ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), preámbulo.

⁸¹ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 82.

⁸² Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 84.

al contexto de conflicto armado, mientras que en el crimen de agresión “*el ejercicio de la violencia organizada como tal es el objeto de la criminalización*”⁸³.

Siendo el Derecho Penal Internacional parte del Derecho Internacional, su sistema de fuentes se deriva de esta rama del Derecho, por lo que se encuentra conformado por el derecho de los tratados, el derecho consuetudinario, los principios generales del derecho y, subsidiariamente, las decisiones judiciales y la doctrina proveniente de los publicistas de mayor competencia⁸⁴. Estas fuentes del Derecho Internacional se encuentran enlistadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Principios Generales del Derecho Penal Internacional

Antes de entrar a analizar los principios del Derecho Penal Internacional contemplados expresamente dentro del Estatuto de Roma, se hará referencia al principio de jurisdicción universal, que permea al Derecho Penal Internacional en general.

Principio de jurisdicción universal

Los crímenes internacionales a los que refiere el Derecho Penal Internacional tienen una naturaleza universal, y es por ello que la comunidad internacional se encuentra facultada para juzgarlos. A esto se le conoce como el principio de jurisdicción universal.

⁸³ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 84.

⁸⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* (San Francisco: Naciones Unidas, 1945), artículo 38, y Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 6.

Por ello, no importa dónde haya tenido lugar el crimen ni contra quiénes, sino que la autoridad para juzgarlo deriva del crimen en sí mismo, al afectar bienes jurídicos tutelados por la comunidad internacional, como lo son la paz, la seguridad y el bienestar de la comunidad⁸⁵.

Ahora bien, la parte general del Derecho Penal Internacional se encuentra compuesta por los principios generales del Derecho Penal. Estos principios, salvo el principio de *ne bis in idem* que se ve reflejado en otra disposición del Estatuto y el principio de jurisdicción universal que se desprende de su preámbulo aunque no fuera expresamente señalado, fueron codificados en la Parte III del Estatuto de Roma⁸⁶. Los principios incluidos dentro de este instrumento son: (i) el principio de *nullum crimen sine lege*, (ii) *nulla poena sine lege*, (iii) irretroactividad *ratione personae*, (iv) el principio de *ne bis in idem*, (v) la improcedencia del cargo oficial, y (vi) la imprescriptibilidad.

Nullum crimen sine lege

El principio de *nullum crimen sine lege* o principio de legalidad, en el Derecho Penal Internacional, requiere que al momento en que un crimen es cometido, exista una norma que tipifique la conducta como un crimen internacional⁸⁷. Este principio forma parte

⁸⁵ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 16.

⁸⁶ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 242.

⁸⁷ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 22, y Susan Lamb, “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 733.

del derecho internacional consuetudinario, y se encuentra recogido en diversos instrumentos internacionales⁸⁸. En el Estatuto de Roma, el principio se encuentra establecido en el artículo 22.

Siguiendo la definición adoptada por Kai Ambos, este principio se deriva en cuatro formas distintas: (i) un individuo sólo puede ser juzgado por un acto que estuviese previsto en el Estatuto de Roma al tiempo de su comisión (*lex scripta*); (ii) el acto debió ser cometido luego de la entrada en vigor del Estatuto (*lex praevia*); (iii) la conducta debe encontrarse definida de forma clara (*lex certa*), y (iv) la conducta no puede ser ampliada por analogía (*lex stricta*)⁸⁹. De lo anterior se pueden observar, entre otros, dos aspectos: la necesidad de una norma clara y la no retroactividad. Por ello, es necesario que la responsabilidad penal se base en una prohibición preexistente de una conducta⁹⁰.

Nulla poena sine lege

Junto al principio de *nullum crimen sine lege* se encuentra la máxima de *nulla poena sine lege*, la cual se encuentra prevista en el artículo 23 del Estatuto de Roma. Dicho artículo señala que: “*Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser*

⁸⁸ Por ejemplo, el principio de legalidad se encuentra estipulado en el artículo 15 de la Convención Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966, en la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, en el III Convenio de Ginebra de 1949 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver, además, Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 39.

⁸⁹ Kai Ambos, “Principios Generales de Derecho Penal Internacional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, George-August-Universität Göttingen Institute for Criminal Law and Criminal Justice Department for Foreign and International Criminal Law. http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/voe_Principios_Generales.pdf (consultado el 8 de junio de 2016).

⁹⁰ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 13.

penado de conformidad con el presente Estatuto”⁹¹. De conformidad con dicho numeral, el Estatuto contempla en su Parte VII el apartado sobre las penas. De este modo, el artículo 77 señala que:

“1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

- a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

Estas penas serán impuestas, de acuerdo con el artículo 78 del Estatuto, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, tomando en consideración factores como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado⁹².

⁹¹ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 23.

Irretroactividad *ratione personae*

La irretroactividad *ratione personae* se deriva del principio de legalidad, ya que establece que nadie será penalmente responsable de conformidad con el Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. Asimismo, prevé que en caso de modificarse el derecho aplicable a un caso antes del dictado de la sentencia definitiva, se deben aplicar las disposiciones más favorables al imputado⁹³.

Ne bis in ídem

El principio de *ne bis in ídem*, propio del Derecho Penal, establece que nadie podrá ser juzgado o castigado dos veces por el mismo delito⁹⁴. Este principio, si bien no se encuentra contemplado dentro del apartado específico de los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma, se ve reflejado en el artículo 20. Sin embargo, según el Estatuto, una persona podría ser juzgada ante la Corte Penal Internacional aún y cuando haya sido procesada ante un tribunal nacional, si este último “*no se ha conducido de modo independiente o imparcial*”, de conformidad con el artículo 20(3) del Estatuto⁹⁵. A

⁹² Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 78.

⁹³ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 24.

⁹⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, *General principles of international criminal law* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2014).

⁹⁵ Kai Ambos, “Principios Generales de Derecho Penal Internacional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, George-August-Universität Göttingen Institute for Criminal Law and Criminal Justice Department for Foreign and International Criminal Law. <http://www.department-ambos.uni->

contrario sensu, si una persona ya fue juzgada por la Corte o por otros tribunales por una misma conducta, el Tribunal no puede procesarla nuevamente⁹⁶.

Improcedencia del cargo oficial

Según el artículo 27 del Estatuto, el mismo es aplicable por igual a todas las personas, sin distinciones basadas en el cargo oficial, sean Jefes de Estado o Gobierno, funcionarios, entre otros. Asimismo, el Estatuto señala que “[l]as inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleva el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”⁹⁷.

Imprescriptibilidad

El artículo 29 del Estatuto es claro al establecer que “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. En virtud de ello, una persona puede ser juzgada por genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o por el crimen de agresión en cualquier momento a partir de la comisión del hecho, dentro de los límites jurisdiccionales del Tribunal.

goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/voe_Principios_Generales.pdf (consultado el 8 de junio de 2016).

⁹⁶ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 132.

⁹⁷ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 27.

Sección III. La Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional fue establecida como una institución permanente en La Haya, Países Bajos, y separada orgánicamente de la Organización de Naciones Unidas⁹⁸. Su estructura administrativa está compuesta por la Secretaría o Registro y la Unidad de Atención a las Víctimas, y la judicial se encuentra conformada por una Presidencia, una Sección de Cuestiones Preliminares, una Sección de Juicio o Primera Instancia y una Sección de Apelaciones⁹⁹.

En total, la Corte cuenta con 18 jueces¹⁰⁰, los cuales son electos para servir en su puesto por 3, 6 o 9 años, y aquellos electos por 3 años pueden ser reelectos. Su órgano deliberativo lo conforma la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, único órgano que puede realizar enmiendas al Estatuto, a los Elementos de los Crímenes y a las Reglas de Procedimiento y Prueba, y es la encargada de aprobar el presupuesto anual del Tribunal¹⁰¹.

⁹⁸ Luigi Condorelli y Santiago Villalpando, “Relationship of the Court with the United Nations”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 221.

⁹⁹ John R. W. D. Jones, “Composition of the Court”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 236; Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 124, y Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 169.

¹⁰⁰ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 36(1), y John R. W. D. Jones, “Composition of the Court”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 241.

¹⁰¹ Cynthia Chamberlain, *Children and the International Criminal Court: Analysis of the Rome Statute through a Children’s Rights Perspective* (Leiden: E.M. Meijers Instituut, 2014), 36.

Asimismo, cuenta con una Fiscalía, que actúa como un órgano independiente y separado de la Corte¹⁰². La Fiscalía es la encargada de “*recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte*”¹⁰³. El Fiscal y los fiscales adjuntos son electos por un periodo de 9 años, sin posibilidad de reelección. Su primer Fiscal fue Luis Moreno Ocampo, de Argentina, cuyo mandato expiró en junio de 2012. Fatou Bensouda, de Gambia, fue nombrada como su sucesora.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional consiste en 13 apartados y 128 artículos referentes al establecimiento de la Corte; jurisdicción, admisibilidad y derecho aplicable; principios generales; composición y administración de la Corte; investigación y enjuiciamiento; el juicio; penas; apelación y revisión; cooperación internacional y asistencia judicial; ejecución de la pena; Asamblea de Estados Partes; financiación, y cláusulas finales¹⁰⁴. Este instrumento, al constituir un tratado internacional, debe ser interpretado además conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁰⁵.

¹⁰² John R. W. D. Jones, “The Office of the Prosecutor”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 269.

¹⁰³ Estatuto de Roma, artículo 42(1).

¹⁰⁴ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998).

¹⁰⁵ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 656.

Procedimiento ante la Corte Penal Internacional

Según el artículo 5 del Estatuto de Roma, la competencia de la Corte Penal Internacional se limita a “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”¹⁰⁶, siendo estos los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, y crimen de agresión¹⁰⁷. Esta competencia se puede activar a través de tres mecanismos distintos: (i) por remisión de un Estado Parte de una situación; (ii) por remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU¹⁰⁸, y (iii) por iniciativa del Fiscal de la Corte de iniciar una investigación de oficio respecto de un crimen de la competencia de la Corte¹⁰⁹.

La Corte, en principio, únicamente puede ejercer su competencia con respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto, y que sean cometidos dentro de un Estado Parte o por una persona que sea nacional de este, o de un Estado que acepte la jurisdicción de la Corte en un caso determinado¹¹⁰. Sin embargo, los Estados que

¹⁰⁶ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 5.

¹⁰⁷ Además de ello, conforme a los artículos 70 y 71 la Corte se encuentra facultada para ejercer su jurisdicción respecto de crímenes contra la administración de justicia, y puede imponer sanciones. Ver, M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 661.

¹⁰⁸ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 167.

¹⁰⁹ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 13.

¹¹⁰ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículos 11 y 12; Francesca Martines, “Legal Status and Powers of the Court”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John

se hacen Parte en el Estatuto después de su entrada en vigor pueden realizar una declaración para consentir que la Corte ejerza su competencia respecto de un crimen cometido con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto respecto de ese Estado, de conformidad con el artículo 12(3) de dicho instrumento¹¹¹.

Además, en aquellos casos en que sea el Consejo de Seguridad el que remita la situación, la Corte puede conocer de crímenes cometidos en el territorio de un Estado que no sea Parte del Estatuto de Roma ya que en estos casos su competencia “*deriva de la autoridad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que según el derecho internacional puede adoptar medidas vinculantes respecto de cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas, en orden a asegurar la paz*”¹¹². La Corte, bajo ninguna circunstancia, puede juzgar crímenes cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2002¹¹³.

Asimismo, conforme al artículo 124 del Estatuto, un Estado, al momento de ratificación, puede no aceptar la jurisdicción de la Corte sobre crímenes de guerra relacionados con sus nacionales o con crímenes cometidos dentro de su territorio por un periodo de siete años a partir de su ratificación.

R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 214, y Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 166.

¹¹¹ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 138.

¹¹² Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 167.

¹¹³ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 138.

La jurisdicción de la Corte se limita al juzgamiento de personas mayores de 18 años para el momento en que el presunto crimen fue cometido¹¹⁴. Los elementos de la responsabilidad penal individual se encuentran establecidos en los artículos 25 a 30 del Estatuto de Roma, mientras que las circunstancias eximentes de responsabilidad se contemplan en los artículos 31 a 33.

El Estatuto de Roma establece que la Corte Penal Internacional “*será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*”¹¹⁵. Este principio de complementariedad refiere a que los Estados tienen la responsabilidad primaria de ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes internacionales¹¹⁶. De este modo, si un asunto está siendo objeto de investigación o enjuiciamiento en el seno de algún Estado por parte de sus tribunales nacionales, la Corte, en principio, no podría iniciar un procedimiento¹¹⁷.

Sin embargo, el Estatuto prevé ciertas excepciones a esta regla en aquellos casos en que la Corte estime que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento, o cuando este no cuenta con la capacidad para investigar o enjuiciar un

¹¹⁴ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 26, y Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 137.

¹¹⁵ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), preámbulo y artículo 1.

¹¹⁶ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 127.

¹¹⁷ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 172-173.

asunto determinado. Estos casos se encuentran enumerados en el numeral 17 del Estatuto, referente a las cuestiones de admisibilidad¹¹⁸.

El procedimiento de admisibilidad de la Corte se encuentra regulado a partir del artículo 18 del Estatuto. En él se establece la necesidad de notificar a todos los Estados Partes y a aquellos que normalmente ejercerían la jurisdicción sobre un asunto cuando la Corte haya determinado que existen fundamentos razonables para iniciar una investigación.

Conforme el artículo 15 del Estatuto, el Fiscal puede iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen que sea competencia de la Corte. Luego de un examen preliminar respecto de una situación, si llegase a la conclusión de que existe suficiente fundamento para abrir una investigación, este debe presentar una petición de autorización para la apertura de una investigación ante la Sala de Cuestiones Preliminares.

Si la Sala de Cuestiones Preliminares considera que hay fundamento suficiente para su apertura, y que el asunto parece corresponder a la competencia del Tribunal, autorizará el inicio de la investigación. Si luego del examen preliminar el Fiscal concluye que la información presentada no constituye fundamento suficiente para la apertura de una

¹¹⁸ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 17; Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 173, y M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 656.

investigación, deberá informar a quienes presentaron dicha información, sin perjuicio de que en el futuro examine otra información que reciba en relación con la misma situación¹¹⁹.

Luego de iniciada la investigación, el Fiscal puede solicitar en cualquier momento a la Sala de Cuestiones Preliminares una orden de detención contra una persona, si considera que existe motivo razonable para creer que ha cometido un crimen competencia de la Corte, y si la misma es necesaria para asegurar su comparecencia en juicio, asegurar que no obstruya la investigación o para impedir que continúe la comisión del crimen¹²⁰.

Una vez que la persona es puesta a disposición de la Corte, se lleva a cabo una audiencia para confirmar los cargos imputados por la Fiscalía. Si los cargos son confirmados, se da inicio a la fase de juicio ante la Sala de Primera Instancia¹²¹, que será la encargada de dictar sentencia y, en caso de condena, fijar la pena que se procesa imponer, así como las eventuales reparaciones a las víctimas. El fallo puede ser apelado ante la Sala de Apelaciones, ante quien pueden recurrirse además algunas decisiones interlocutorias de las Salas de Cuestiones Preliminares y de Primera Instancia¹²².

¹¹⁹ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 15.

¹²⁰ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 58.

¹²¹ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 61.

¹²² Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal

Sistema de fuentes de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma, en el artículo 21, contiene una disposición propia aplicable respecto al sistema de fuentes ante la Corte Penal Internacional:

Artículo 21

Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:
 - a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
 - b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
 - c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.
2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

Internacional, 1998), artículo 81, y Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 178.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

Los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba a las que hace referencia el artículo 21(1)(a), son herramientas complementarias al Estatuto, y en caso de que exista alguna contradicción entre estas herramientas y el Estatuto, prima este último.

Los Elementos de los Crímenes tienen por objeto ayudar a la Corte a interpretar y aplicar los crímenes de la competencia de la Corte. Este documento fue adoptado por la Asamblea de Estados Partes, y pueden proponer enmiendas al mismo cualquier Estado Parte, los magistrados por mayoría absoluta, o el Fiscal. Dichas enmiendas deben ser aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea¹²³. Por su parte, las Reglas de Procedimiento y Prueba “*completan y precisan las normas procedimentales que se contienen en el Estatuto*”¹²⁴.

¹²³ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 9.

¹²⁴ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 120.

La Corte ha interpretado que este artículo establece una jerarquía de fuentes de derecho aplicable y que, en todas sus decisiones, el Tribunal debe en primer lugar aplicar las provisiones relevantes del Estatuto¹²⁵. Para la interpretación de estas provisiones, así como de los Elementos de los Crímenes, la Corte debe utilizar el método de interpretación contenido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹²⁶, cuya regla general de interpretación señala que el tratado debe ser interpretado de buena fe, conforme al significado corriente de los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito¹²⁷. Sin embargo, dicha regla no establece un orden jerárquico, sino que enumera varios elementos que deben ser tomados en cuenta simultáneamente en un único proceso de interpretación¹²⁸.

Situaciones y casos ante la Corte Penal Internacional

A la fecha, la Corte Penal Internacional ha conocido de 23 casos referentes a 10 situaciones distintas. Estas situaciones han tomado lugar en Uganda; República Democrática del Congo; Darfur, Sudán; República Centroafricana; República de Kenia; Libia; Costa de Marfil; Mali, y Georgia, siendo esta última la más reciente, al haberse autorizado su investigación el 27 de enero de 2016¹²⁹.

¹²⁵ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Sentencia de Juicio de 7 de marzo de 2014, párr. 39.

¹²⁶ Corte Penal Internacional, *Situación en la República Democrática del Congo. Fiscalía vs. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Sentencia de Juicio de 7 de marzo de 2014, párr. 43.

¹²⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena: 1969), artículo 31.

¹²⁸ Corte Penal Internacional, *Situación en la República Democrática del Congo. Fiscalía vs. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Sentencia de Juicio de 7 de marzo de 2014, párr. 45.

¹²⁹ Corte Penal Internacional, “Situations and Cases”, International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx?ln=en> (consultado el 2 de marzo de 2016), y Human Rights Watch, “Georgia/Russia: ICC Judges OK Investigation”, Human Rights Watch (27 de enero de 2016) <https://www.hrw.org/news/2016/01/27/georgia/russia-icc-judges-ok-investigation> (consultado el 28 de enero de 2016).

De los casos conocidos hasta el momento por la Corte, en seis de ellos se presentaron cargos por los crímenes de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños en conflictos armados, pertenecientes a las situaciones investigadas en Uganda y República Democrática del Congo¹³⁰. A la fecha, la Corte ha emitido sentencia respecto de tres de estos y únicamente en uno de ellos, el caso seguido contra Thomas Lubanga Dyilo, concluyó que el imputado era penalmente responsable por la comisión de este crimen.

Capítulo II. Relación entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario

Sección I. Definición del Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario constituye la rama del Derecho Internacional que limita el uso de la violencia en conflictos armados¹³¹, y comprende todas las reglas del derecho internacional diseñadas para regular el tratamiento al individuo en conflictos armados¹³². De este modo, el Derecho Internacional Humanitario constituye el punto de

¹³⁰ Estos casos son los seguidos contra (i) Joseph Kony y Vincent Otti, (ii) Dominic Ongwen, (iii) Thomas Lubanga, (iv) Bosco Ntaganda, (v) Germain Katanga, y (vi) Mathieu Ngudjolo Chui. Ver: Corte Penal Internacional, “Situations and Cases”, International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx?ln=en> (consultado el 2 de marzo de 2016).

¹³¹ Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War? Volume I: Outline of International Humanitarian Law* (Ginebra: International Committee of the Red Cross, 2011), 1, y Ministerio de Defensa de la República Argentina, *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados* (Buenos Aires: Ministerio de Defensa, 2010), 24.

¹³² Christopher J. Greenwood, “Historical Development and Legal Basis” en *The Handbook of International Humanitarian Law*, ed. Dieter Fleck (Oxford: Oxford University Press, 2009), 11.

referencia para comprender, interpretar y sancionar los crímenes de guerra que contempla el Derecho Penal Internacional¹³³.

A diferencia del *ius ad bellum*, que estudia la legalidad del uso de la fuerza por parte de un Estado, el Derecho Internacional Humanitario o *ius in bello* se concentra en limitar el uso de ciertos métodos y medios de combate y en proteger a las víctimas de los conflictos armados¹³⁴. Ello, con el objetivo principal de “*preservar la dignidad del ser humano en el marco de los conflictos armados*”¹³⁵.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, al indicar que:

“La esencia de todo el corpus del derecho internacional humanitario, así como de los derechos humanos descansa en la protección de la dignidad humana de toda persona, cualquiera sea su género. El principio general de respeto a la dignidad humana [...] es la principal razón de ser del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”¹³⁶.

¹³³ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 11.

¹³⁴ Christopher J. Greenwood, “Historical Development and Legal Basis” en *The Handbook of International Humanitarian Law*, ed. Dieter Fleck (Oxford: Oxford University Press, 2009), 13, y Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 27.

¹³⁵ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 19.

¹³⁶ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Anto Furundzija*, IT-95-17/I-T, Sentencia de Juicio de 10 de diciembre de 1998, párr. 183.

El Comité Internacional de la Cruz Roja ha definido el Derecho Internacional Humanitario como un conjunto de “*normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente diseñadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección y protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto*”¹³⁷.

De ello se desprende que el Derecho Internacional Humanitario aplica siempre que *de facto* se presente un conflicto armado, independientemente de su calificación o de sus causas¹³⁸. Sin embargo, este no aplica en situaciones internas de violencia que no alcancen el umbral necesario para ser consideradas como un conflicto armado interno¹³⁹, como en los casos de disturbios o tensiones internas. En estos casos, únicamente aplican las disposiciones propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁴⁰.

El Derecho Internacional Humanitario se encuentra conformado por dos ramas: (i) el “Derecho de La Haya”, mediante el que se establecen las reglas para la conducción de las operaciones militares y si limita el uso de ciertos medios de guerra, y (ii) el “Derecho de

¹³⁷ Comité Internacional de Cruz Roja, “Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas”. Comité Internacional de la Cruz Roja (2005) https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf (consultado el 8 de junio de 2016).

¹³⁸ Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War? Volume I: Outline of International Humanitarian Law* (Ginebra: International Committee of the Red Cross, 2011), 15, y Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 29.

¹³⁹ Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War? Volume I: Outline of International Humanitarian Law* (Ginebra: International Committee of the Red Cross, 2011), 24.

¹⁴⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas”. Comité Internacional de la Cruz Roja (2005) https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf (consultado el 8 de junio de 2016).

Ginebra”, que protege a los militares *hors de combat* o fuera de combate y a las personas que no participan directamente en las hostilidades¹⁴¹.

Las reglas que constituían cada una de estas ramas se encontraban divididas en instrumentos internacionales distintos, sin embargo, con la aprobación del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 se unificaron algunas reglas del Derecho de La Haya y el Derecho de Ginebra en un mismo instrumento al complementar los Convenios de Ginebra y reafirmar al mismo tiempo los principios y reglas contenidas en las Convenciones de La Haya respecto a la conducción de hostilidades¹⁴². Es por ello que, tal como ha sido señalado por la Corte Internacional de Justicia, la distinción entre el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya es esencialmente analítica, sin una línea divisoria claramente definida, configurando entre ambas un único Derecho Internacional Humanitario¹⁴³.

Las fuentes principales del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo son el derecho internacional consuetudinario¹⁴⁴ y los tratados. El derecho internacional consuetudinario consiste en las normas derivadas de la práctica consistente de los Estados.

¹⁴¹ Comité Internacional de Cruz Roja, “Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas”. Comité Internacional de la Cruz Roja (2005) https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf (consultado el 8 de junio de 2016), y Joan Policastri y Sergio D. Stone, “International Humanitarian Law”, American Society of International Law (1 de agosto de 2013) [https://www.asil.org/sites/default/files/ERG_International%20Humanitarian%20Law%20\(test\).pdf](https://www.asil.org/sites/default/files/ERG_International%20Humanitarian%20Law%20(test).pdf) (consultado el 8 de junio de 2016).

¹⁴² Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 39.

¹⁴³ Corte Internacional de Justicia, *Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares*, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, 265-277, y Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 40.

¹⁴⁴ Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War? Volume I: Outline of International Humanitarian Law* (Ginebra: International Committee of the Red Cross, 2011), 62-63.

Estas reglas son vinculantes tanto para los Estados como para los grupos armados organizados o grupos no estatales¹⁴⁵.

Por su parte, esta rama del derecho cuenta con una serie de tratados clave, en los que se encuentran recogidas las reglas más importantes en esta materia. Su núcleo está formado por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que han sido ratificados por todos los países¹⁴⁶.

El I Convenio se refiere a la protección y cuidado de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña. El II Convenio trata sobre la protección y cuidado de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar. El III Convenio hace referencia al trato de los prisioneros de guerra. Y finalmente, el IV Convenio se relaciona con la protección de las personas civiles en tiempos de guerra¹⁴⁷.

Estos Convenios han sido complementados con tres Protocolos adicionales. Los Protocolos I y II fueron adoptados en el año 1977. El Protocolo I se refiere a la protección de las víctimas en los conflictos armados internacionales, mientras que el Protocolo II trata de la protección de las víctimas en los conflictos armados no internacionales. El III Protocolo fue adoptado en el 2005, con el fin de aprobar un nuevo emblema adicional a la

¹⁴⁵ International Justice Resource Center, “International Humanitarian Law”. International Justice Resource Center, <http://www.ijrcenter.org/international-humanitarian-law/> (consultado el 8 de junio de 2016).

¹⁴⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Los tratados de DIH y el DIH consuetudinario”, Comité Internacional de la Cruz Roja (29 de octubre de 2010) <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/overview-treaties-and-customary-law.htm> (consultado el 8 de junio de 2016).

¹⁴⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Los tratados de DIH y el DIH consuetudinario”, Comité Internacional de la Cruz Roja (29 de octubre de 2010) <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/overview-treaties-and-customary-law.htm> (consultado el 8 de junio de 2016).

Cruz Roja y a la Media Luna Roja como símbolo universal de asistencia a favor de las víctimas: el cristal rojo¹⁴⁸.

Además de los instrumentos internacionales antes mencionados, también resultan de particular importancia para el Derecho Internacional Humanitario los tratados relacionados con los medios y métodos de combate, entre los cuales destacan la Declaración de San Petersburgo que prohíbe el uso de determinados proyectiles en tiempos de guerra; la Convención de La Haya sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1954; la Convención de 1972 sobre armas biológicas; la Convención de 1980 sobre armas convencionales; la Convención de 1993 sobre armas químicas, y el Convenio de Ottawa sobre la prohibición de minas antipersonales de 1997¹⁴⁹.

Las normas del Derecho Internacional Humanitario suponen “*un conjunto mínimo irrenunciable que tiene como objetivo garantizar la protección de las personas protegidas por los cuatro Convenios de Ginebra*”, por lo que las personas protegidas no pueden, en ninguna circunstancia, renunciar total o parcialmente a los derechos que estas normas les confieren¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Los tratados de DIH y el DIH consuetudinario”, Comité Internacional de la Cruz Roja (29 de octubre de 2010) <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/overview-treaties-and-customary-law.htm> (consultado el 8 de junio de 2016), y Comité Internacional de la Cruz Roja, “Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional, 2005”, Comité Internacional de la Cruz Roja (8 de diciembre de 2005) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-iii.htm> (consultado el 8 de junio de 2016).

¹⁴⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Los tratados de DIH y el DIH consuetudinario”, Comité Internacional de la Cruz Roja (29 de octubre de 2010) <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/overview-treaties-and-customary-law.htm> (consultado el 8 de junio de 2016).

¹⁵⁰ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 43.

Respecto a los supuestos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, como se desarrollará en la Sección III de este capítulo, se distingue entre los conflictos armados internacionales y los conflictos internos. Esta distinción se ve plasmada en las normas que regulan cada uno de estos supuestos, siendo que en un primer momento el Derecho Internacional Humanitario únicamente regía en casos de conflictos entre Estados, y no fue a partir del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 que se extendió su aplicación a conflictos armados de carácter interno.

En la actualidad existe una corriente dirigida a unificar el derecho aplicable para estas formas de conflicto, por ejemplo, la Convención sobre Armas Biológicas de 1972, la Convención sobre Armas Químicas de 1993, la Convención sobre la Prohibición de Uso de Minas Terrestres Antipersonales de 1997, el Segundo Protocolo a la Convención de la Haya de 1954 para la Protección de la Propiedad Cultural de 1999, y la enmienda de 2001 que extiende la Convención sobre Armas Convencionales y sus protocolos a los conflictos armados no internacionales¹⁵¹. Asimismo, el derecho internacional consuetudinario provee un mayor conjunto de normas aplicables a conflictos armados de carácter interno.

Sin embargo, la distinción entre ambos tipos de conflictos se encuentra aún vigente, y su importancia radica en que, dependiendo de si un conflicto es visto como internacional o interno, aplican distintas normas sustantivas o instrumentos internacionales¹⁵² que derivan

¹⁵¹ Dapo Akande, "Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts", en *International Law and the Classification of Conflicts*, ed. Elizabeth Wilmschurst (Oxford: Oxford University Press, 2012), 33.

¹⁵² Fiona Ang, "Article 38. Children in Armed Conflicts", en *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, ed. André Alen et al. (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005), 21, y Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 109.

además en diferentes derechos y obligaciones para las partes¹⁵³. Esta distinción, además, se ve reflejada en el Estatuto de Roma, donde se diferencia entre los crímenes cometidos en conflictos armados internacionales y los que toman lugar en conflictos armados internos¹⁵⁴.

Sección II. Principios del Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario cuenta con varios principios o reglas esenciales que determinan su contenido. A continuación, se expondrán algunos de los principios más importantes sobre los que existe cierto consenso a nivel doctrinario y jurisprudencial¹⁵⁵.

Principio de distinción

El principio de distinción requiere que las partes del conflicto distingan en todo momento entre población civil y combatientes, así como entre objetivos civiles y militares; y que los ataques llevados a cabo durante el conflicto se dirijan únicamente contra objetivos

¹⁵³ Andrew Clapham, “The Concept of International Armed Conflict”, en *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (Oxford: Oxford University Press, 2015), 11.

¹⁵⁴ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Caso ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 539, y Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 114.

¹⁵⁵ Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 153.

militares¹⁵⁶. De este modo, solamente quienes participen de las hostilidades y los objetivos militares pueden ser objeto de ataque¹⁵⁷.

Los objetivos militares los constituyen aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar, y cuya destrucción, sea total o parcial, ofrece una ventaja militar a la fuerza contraria¹⁵⁸.

Por su parte, los combatientes son “*los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto y los miembros de organismos paramilitares o servicios armados incorporados a las fuerzas armadas, con excepción del personal sanitario o religioso[...]. También son combatientes las poblaciones de un territorio que, al acercarse al enemigo, se levantan contra él en forma espontánea*”¹⁵⁹.

Principio de humanidad

El principio de humanidad consiste en “*respetar y tratar a todas las personas con humanidad, tanto a los combatientes –a quienes no se les hará padecer sufrimientos*

¹⁵⁶ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-A, Sentencia de la Sala de Apelaciones de 12 de noviembre de 2009, párr. 53.

¹⁵⁷ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 57, y Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 157.

¹⁵⁸ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 59.

¹⁵⁹ Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 162.

innecesarios-, como a los no combatientes – quienes en todo momento deberán ser tratados con humanidad”¹⁶⁰.

Ejemplo de lo que engloba este principio es el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, donde se establece que todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, entre ellos los miembros de fuerzas armadas que hayan depuesto armas o se encuentren heridos, detenidos o enfermos, deben ser tratados en toda circunstancia con humanidad, sin distinción alguna desfavorable.

De este modo, prohíbe que estas personas sean víctimas de atentados contra su vida e integridad corporal, la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal, así como las condenas y ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimo. Por último, el principio de humanidad cobija además, la necesidad de brindar asistencia sanitaria a los heridos y enfermos¹⁶¹.

Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad requiere que las operaciones militares se realicen *“tomando todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de combate para evitar, o por lo menos reducir, en lo posible, el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a*

¹⁶⁰ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 59.

¹⁶¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”, Comité Internacional de la Cruz Roja (12 de agosto de 1949) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm> (consultado el 8 de junio de 2016)

los bienes de carácter civil”¹⁶². Este principio es aplicable, además, respecto de los combatientes, ya que las Partes en conflicto deben de evitar causar males desproporcionados al adversario¹⁶³.

Principio de necesidad

El principio de necesidad “*justifica aquellas medidas de violencia militar que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos*”¹⁶⁴. A contrario sensu, no se encuentran permitidas todas aquellas acciones de combate que no sean militarmente necesarias¹⁶⁵.

Principio de limitación del uso de la fuerza

El principio de limitación establece que el uso de armas y métodos de combate no es ilimitado, sino que prohíbe el empleo de aquellos que puedan causar daños superfluos, innecesarios o excesivos, o aquellos que no permitan distinguir entre objetivos militares y

¹⁶² Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 221.

¹⁶³ Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 226.

¹⁶⁴ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 60.

¹⁶⁵ Ministerio de Defensa de la República Argentina, *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados* (Buenos Aires: Ministerio de Defensa, 2010), 24.

civiles¹⁶⁶. Esta regla se encuentra recogida expresamente en el artículo 35 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra¹⁶⁷, y se complementa con los distintos instrumentos normativos adoptados para limitar el uso de ciertas armas en conflicto¹⁶⁸.

Sección III. Elementos contextuales de los crímenes de guerra contemplados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Según el artículo 8(1) del Estatuto de Roma “[l]a Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.

Este instrumento contiene 51 crímenes de guerra individuales¹⁶⁹, divididos en cuatro subpárrafos dentro del artículo 8(2), que distinguen entre los crímenes cometidos en conflictos armados internacionales -sean violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 u otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables- y aquellos ocurridos en conflictos armados internos –sean violaciones graves al artículo 3 común a los Convenios

¹⁶⁶ Kelly Chaib De Mares, “Principios del Derecho Internacional Humanitario”, Observatorio de D.I.H SV. Francisco Aldemar Franco Zamora, http://www.observatoriodih.org/pdf/principios_dih.pdf (consultado el 8 de junio de 2016).

¹⁶⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”, Comité Internacional de la Cruz Roja (8 de junio de 1977) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm> (consultado el 8 de junio de 2016), artículo 35.

¹⁶⁸ Ana Priscilla Ortiz y Gabriel Rojas, “La Prohibición de Actos Pérfidos y la Responsabilidad por su Acometimiento: una Nueva Propuesta de Clasificación. Aplicación de este Modelo al Análisis de la Operación Jaque” (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2010), 56.

¹⁶⁹ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 159.

de Ginebra u otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en conflictos que no sean de índole internacional-¹⁷⁰.

Para que una conducta pueda ser calificada como un crimen de guerra a la luz del Estatuto de Roma se requiere la concurrencia de los elementos contextuales de este tipo de delitos, a saber: (i) que la conducta haya tomado lugar en el contexto de un conflicto armado y (ii) que estuviese asociada funcionalmente a este¹⁷¹. De este modo, es necesario determinar la existencia de un conflicto armado antes de alegar la presencia de un crimen de guerra.

Como se detalló anteriormente, el Estatuto distingue entre los conflictos armados de carácter internacional y aquellos de carácter interno; sin embargo, no define el concepto de “*conflicto armado*”. Igualmente, ni en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ni en los Protocolos Adicionales de 1977 se incluyó una definición positiva de este término¹⁷².

Es por ello que, para definir este concepto, la Corte Penal Internacional se ha visto en la necesidad de acudir, conforme al artículo 21 del Estatuto de Roma, a los principios generales del derecho internacional así como a la jurisprudencia de otros tribunales

¹⁷⁰ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 119-120, y Michael Bothe, “War Crimes”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 386.

¹⁷¹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-A, Sentencia de Apelaciones de 29 de julio de 2004, párr. 170; Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 531, y Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 122.

¹⁷² Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 531 y 532, y Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 29.

internacionales, apoyándose principalmente en las consideraciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Tadić*¹⁷³. En dicho caso, el Tribunal consideró que:

“[...] existe un conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados o a la violencia prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos en un Estado. El Derecho Internacional Humanitario aplica desde el inicio de dichos conflictos armados y se extiende más allá del cese de las hostilidades hasta que se alcance una conclusión general de paz; o, en el caso de conflictos internos, se realice un acuerdo pacífico. Hasta ese momento, el Derecho Internacional Humanitario continúa aplicando en todo el territorio de los Estados combatientes o, en el caso de conflictos internos, en todo el territorio bajo el control de una parte, independientemente de que el combate actual tenga lugar allí”¹⁷⁴.

¹⁷³ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 531-533.

¹⁷⁴ Traducción propia, el extracto original al que se hace referencia señala: “[...] an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there”. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Dusko Tadić*, IT-94-1, Decisión sobre la solicitud de la Defensa acerca de la apelación interlocutoria sobre la jurisdicción de 2 de octubre de 1995, párr. 70.

Es a partir de la anterior definición, respaldada por otras decisiones judiciales de diversos tribunales internacionales que le sucedieron¹⁷⁵, que se procederá a continuación a explicar con mayor detalle las nociones de conflicto armado internacional e interno.

Conflicto armado de carácter internacional

Si bien no se tiene en los Convenios de Ginebra ni en sus Protocolos Adicionales una definición de conflicto armado internacional, el artículo 2 común señala que estos instrumentos:

“[...] se aplicará[n] en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

[Los] Convenio[s] se aplicará[n] también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar [...]”¹⁷⁶.

Asimismo el Protocolo Adicional I que completa los Convenios de Ginebra, al referirse a las situaciones previstas en el artículo 2 común, señala que estas situaciones

¹⁷⁵ Ver, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Sentencia de Apelaciones de 12 de junio de 2002, párr. 56; Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Moinina Fofana y Allieu Kondewa (Caso CDF)*, SCSL-04-15-T, Sentencia de Juicio de 2 de agosto de 2007, párr. 124; Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 533.

¹⁷⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), artículo 2 común.

comprenden además “*los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio de los pueblos a la libre determinación*”¹⁷⁷.

De ello se desprende que el régimen jurídico del conflicto armado de carácter internacional se aplica en tres situaciones, a saber: (i) el enfrentamiento armado entre dos o más Estados, (ii) en los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado, aunque no haya resistencia militar, y (iii) en los casos de lucha de un pueblo contra la dominación colonial o la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos¹⁷⁸.

Además, un conflicto de carácter interno puede internacionalizarse si otro Estado interviene a través de sus tropas en el conflicto (intervención directa), o si alguna de las partes actúa en nombre de otro Estado, distinto a aquel en que se desarrollan los actos de violencia (intervención indirecta)¹⁷⁹. En este supuesto, se debe realizar un examen sobre el control general (*overall control test*) que ejerza ese Estado sobre un grupo armado, para determinar si cumple algún rol respecto de la organización, coordinación o planeación de

¹⁷⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”, Comité Internacional de la Cruz Roja (8 de junio de 1977) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm> (consultado el 8 de junio de 2016), artículo 1(4).

¹⁷⁸ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012), 83, y Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 134.

¹⁷⁹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Dusko Tadić*, IT-94-1, Sentencia de Apelaciones de 15 de julio de 1999, párr. 84; Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, Sentencia de Juicio de 1 de septiembre de 2004, párr. 124, y Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 541.

las acciones militares que lleve a cabo el grupo, así como si financia, entrena, equipa o brinda algún apoyo operacional al mismo¹⁸⁰.

Cabe destacar que, en el caso de los conflictos armados internacionales, la magnitud del uso de la fuerza o de la violencia es irrelevante, y no es necesario que se efectúe una declaratoria formal del estado de guerra¹⁸¹.

Conflicto armado de carácter interno o no internacional

A partir del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 los Estados, por primera vez, accedieron a fijar unas garantías mínimas a ser respetadas durante los conflictos armados no internacionales¹⁸². Este es el único artículo aplicable a los conflictos armados internos dentro de los Convenios de Ginebra. Posteriormente, en el año 1977 se adoptó el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, considerado como el “*primer verdadero instrumento jurídico relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales*”¹⁸³.

¹⁸⁰ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párr. 211, y Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 541.

¹⁸¹ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 412.

¹⁸² Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War? Volume I: Outline of International Humanitarian Law* (Ginebra: International Committee of the Red Cross, 2011), 22.

¹⁸³ Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, trad. José Chocomeli Lera (Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998), párr. 4337.

En ninguno de estos instrumentos se incluyó una definición general de conflicto armado interno, por lo que le ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia delimitar este término. El jurista Jean Pictet, quien es considerado el padre de los Convenios de Ginebra de 1949¹⁸⁴, desarrolló ciertos criterios a partir de las diversas enmiendas discutidas en la Conferencia Diplomática que tuvo como objeto la adopción de los Convenios de Ginebra, con el fin de que permitieran distinguir entre un conflicto armado y actos de insurrección desorganizada, de corta duración, o de delincuencia común¹⁸⁵.

Estos criterios eran: (i) que la parte en rebelión poseyera una fuerza militar organizada, actuara sobre un territorio determinado, tuviera los medios para respetar los Convenios de Ginebra y contara con una autoridad responsable; (ii) que el Gobierno tuviera que recurrir a su ejército para combatir al grupo; (iii) que el grupo insurrecto haya sido reconocido como beligerante o que el conflicto haya sido incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz, y (iv) que el grupo tuviera un régimen similar a las características de un Estado, ejerciera poder de facto sobre una población determinada, y que sus autoridades civiles reconocieran que estaban obligadas por las disposiciones aplicables de los Convenios de Ginebra¹⁸⁶.

¹⁸⁴ François Bugnion, “Homenaje a Jean Pictet”, Revista Internacional de la Cruz Roja (30 de junio de 2002) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecbb.htm> (consultado el 8 de junio de 2016).

¹⁸⁵ Jean Pictet, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, Comité Internacional de la Cruz Roja (1 de noviembre de 1998) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (consultado el 8 de junio de 2016).

¹⁸⁶ Jean Pictet, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, Comité Internacional de la Cruz Roja (1 de noviembre de 1998) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (consultado el 8 de junio de 2016).

Sin embargo, fue hasta la Decisión de Apelación Interlocutoria dictada en el caso *Tadić* del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, que se construyó una definición más clara de conflicto armado no internacional. A partir de dicha Decisión, apoyada en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, se entiende como conflicto armado no internacional aquel presente siempre que se recurra a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un mismo Estado¹⁸⁷.

Sin embargo, para determinar si se está en presencia de una situación que calce con la anterior definición, es necesario evaluar caso a caso los criterios de organización de las partes e intensidad del conflicto¹⁸⁸, a fin de distinguirlo de actos de vandalismo, insurrecciones desorganizadas o de corta duración, así como de actividades terroristas que no sean objeto del Derecho Internacional Humanitario¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Dusko Tadić*, IT-94-1, Decisión sobre la solicitud de la Defensa acerca de la apelación interlocutoria sobre la jurisdicción de 2 de octubre de 1995, párr. 70; Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 535; Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Moinina Fofana y Allieu Kondewa*, SCSL-04-14-T, Sentencia de Juicio de 2 de agosto de 2007, párr. 124, y Pietro Verri, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados* (Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008), 26.

¹⁸⁸ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Slobodan Milošević*, IT-02-54, Decisión sobre la moción de emisión de sentencia absolutoria de 16 de junio de 2004, párr. 17; Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu*, IT-03-66, Sentencia de Juicio de 30 de noviembre de 2005, párr. 84, y Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Moinina Fofana y Allieu Kondewa*, SCSL-04-14-T, Sentencia de Juicio de 2 de agosto de 2007, párr. 124.

¹⁸⁹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Dusko Tadić*, IT-94-1, Sentencia de Juicio de 7 de mayo de 1997, párr. 562; Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu*, IT-03-66, Sentencia de Juicio de 30 de noviembre de 2005, párr. 84; Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 536; Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Moinina Fofana y Allieu Kondewa*, SCSL-04-14-T, Sentencia de Juicio de 2 de agosto de 2007, párr. 124, y Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 127.

Organización de las partes

Para estar en presencia de un conflicto armado de carácter interno es necesario que las partes en conflicto cuenten con un cierto grado de organización y disciplina, que les permita al menos respetar las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional Humanitario. En el caso de las fuerzas armadas estatales, se presume que estas cuentan con dicho grado de organización, sin embargo, respecto de los grupos armados sí resulta necesario examinar sus características para determinar que se trate de un grupo organizado que pueda ser considerado parte del conflicto¹⁹⁰.

La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha desarrollado a través del tiempo un listado no exhaustivo de factores a considerar para evaluar la organización de un grupo armado. Estos factores, según el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Fiscalía vs. Boškoski*, pueden dividirse en cinco grandes grupos, a saber: (i) los factores que señalan la presencia de una estructura de comando; (ii) aquellos que indican que el grupo puede llevar a cabo operaciones de forma organizada; (iii) los que muestran un nivel de logística dentro del grupo; (iv) aquellos relevantes para determinar si el grupo posee un nivel de disciplina y habilidad para implementar las obligaciones básicas que contempla el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra, y (v) aquellos que

¹⁹⁰ Lindsay Moir, “The Concept of Non-International Armed Conflict”, en *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (Oxford: Oxford University Press, 2015), 405.

demuestren la capacidad del grupo para hablar en una sola voz, y de actuar a nombre de sus miembros¹⁹¹.

Por ejemplo, algunos de los factores a tomar en consideración son que el grupo armado cuente con una estructura de comando o jerarquía interna¹⁹²; que tenga la habilidad de proveerse, transportar y distribuir armas¹⁹³; la capacidad del grupo para planear y llevar a cabo operaciones militares¹⁹⁴, así como la extensión, seriedad e intensidad de cualquier participación militar¹⁹⁵.

El examen de estos factores, tal y como fue señalado por la Sala de Juicio de la Corte Penal Internacional en el caso seguido contra *Thomas Lubanga*, debe ser aplicado de manera flexible al momento de examinar si un grupo constituye un grupo armado organizado, y ninguno de ellos por sí solo es determinante para la identificación del grupo armado¹⁹⁶.

Es necesario resaltar que el Estatuto de Roma no requiere que exista control territorial por parte de un grupo armado para la existencia de un conflicto armado, ni

¹⁹¹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Ljube Boškoski y Johan Tarčulovski*, IT-04-82-T, Sentencia de Juicio de 10 de julio de 2008, párrs. 199-203.

¹⁹² Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 537.

¹⁹³ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu*, IT-03-66, Sentencia de Juicio de 30 de noviembre de 2005, párrs. 89-90, y Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 537.

¹⁹⁴ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 537.

¹⁹⁵ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 537, y Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Sentencia de Juicio de 21 de marzo de 2016, párr. 134.

¹⁹⁶ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 537.

tampoco establece que el grupo deba encontrarse bajo un mando responsable. Sin embargo, los grupos armados sí deben tener un grado de organización suficiente, que les permita llevar a cabo los actos de violencia armada¹⁹⁷.

Intensidad del conflicto

El Estatuto de Roma es claro al establecer, en su artículo 8(2)(d), que los crímenes de guerra no aplican en “*situaciones de tensiones internas y de disturbios internos, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos*”¹⁹⁸, en tanto no constituyen conflictos armados.

Los disturbios internos pueden ser considerados como conflictos de baja intensidad o de carácter latente que se producen dentro de un territorio de un Estado que, si bien no reúnen las características de un conflicto armado interno, pueden llegar a constituir actos de violencia con un cierto nivel de gravedad y duración. Estos supuestos se caracterizan, además, por producir un número considerable de víctimas, así como desplazamientos forzados u otros graves problemas humanitarios, acarreado a menudo

¹⁹⁷ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 536, y Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Sentencia de Juicio de 21 de marzo de 2016, párr. 135.

¹⁹⁸ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 8(2)(f), y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Sentencia de Juicio de 6 de diciembre de 1999, párr. 92.

violaciones graves a los derechos humanos pero sin llegar a ser objeto del Derecho Internacional Humanitario¹⁹⁹.

De ello se desprende la necesidad de que los actos de violencia superen un umbral de intensidad para poder considerar que se está en presencia de un conflicto armado, de conformidad con el artículo 8(2)(d) del Estatuto.

Para demostrar la intensidad de los actos de violencia, la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha acudido a identificar, al igual que lo hace respecto de la organización de las partes, una serie de factores que permiten valorar, caso a caso, la intensidad del conflicto.

Entre los factores tomados en consideración se encuentran: la seriedad de los ataques y el número de confrontaciones armadas, su extensión sobre el territorio, la duración del conflicto, la movilización y distribución de armas que realicen las partes en conflicto, si el conflicto ha llamado la atención del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el número de civiles que hayan debido desplazarse de las zonas de combate, el tipo de armas utilizadas, el grado de destrucción, número de víctimas, la ocupación de territorio, entre otros²⁰⁰.

¹⁹⁹ Milena Costas Trascasas, *Violencia Interna y Protección de la Persona: Una laguna jurídica del Derecho Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 26-27, y Lindsay Moir, “The Concept of Non-International Armed Conflict”, en *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (Oxford: Oxford University Press, 2015), 409.

²⁰⁰ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu*, IT-03-66, Sentencia de Juicio de 30 de noviembre de 2005, párr. 90; Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Ljube Bošković y Johan Tarčulovski*, IT-04-82-T, Sentencia de Juicio de 10 de julio de 2008, párr. 177; Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 538; Corte Penal Internacional,

Cabe destacar que la intensidad del conflicto no requiere ser constante, ya que una vez superado el umbral de intensidad de los actos de violencia se considera que el conflicto armado cesa hasta que se efectúe un acuerdo pacífico entre las partes, por lo que la intensidad del mismo puede disminuir sin afectar su existencia ni la aplicación del Derecho Internacional Humanitario²⁰¹.

Nexo

Únicamente se está en presencia de un crimen de guerra si existe una relación funcional o nexo entre la conducta delictiva y el conflicto armado²⁰². Este requisito se encuentra plasmado dentro de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, que expresamente requiere que el hecho “*haya tenido lugar en el contexto de [un conflicto armado] y que haya estado relacionada con él*”²⁰³.

En este sentido, el criterio adoptado por la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha sido considerar que el conflicto armado debe jugar un papel sustancial en la habilidad del autor del crimen para cometerlo, la forma en que es cometido, o el

Fiscalía vs. Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Sentencia de Juicio de 21 de marzo de 2016, párr. 137, y Lindsay Moir, “The Concept of Non-International Armed Conflict”, en *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (Oxford: Oxford University Press, 2015), 412.

²⁰¹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Sentencia de Juicio de 21 de marzo de 2016, párrs. 140 y 141, y Lindsay Moir, “The Concept of Non-International Armed Conflict”, en *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (Oxford: Oxford University Press, 2015), 413.

²⁰² Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 422, y Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Zdravko Mucić et al.*, IT-96-21-T, Sentencia de Juicio de 16 de noviembre de 1998, párr. 193.

²⁰³ Corte Penal Internacional. *Elementos de los Crímenes*. (La Haya: Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes, 2002), artículo 8, introducción.

propósito para el cual se llevó a cabo el delito²⁰⁴. Sin embargo, esto no significa que el crimen tenga que haber sido cometido necesariamente en el sitio preciso donde ocurran las actividades de combate, por lo que no se requiere que el nexo sea geográfico²⁰⁵. En estos casos, basta con demostrar que los crímenes se encontraban estrechamente relacionados con las hostilidades que estaban ocurriendo en otras partes del territorio²⁰⁶.

La Corte Penal Internacional, al estudiar el requisito de relación causal entre el hecho y el conflicto armado, ha estimado que:

“Al determinar si el acto en cuestión está o no suficientemente relacionado con el conflicto armado, la Sala de Juicio debe tomar en consideración, inter alia, los siguientes factores: el hecho de que el perpetrador sea un combatiente; el hecho de que la víctima sea no combatiente; el hecho de que la víctima sea miembro del grupo opositor; el hecho de que el acto pueda decirse que sirve al último objetivo de

²⁰⁴ Ver, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Sentencia de Apelaciones de 12 de junio de 2002, párr. 58; Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Milomir Stakić*, IT-97-24-A, Sentencia de Apelaciones de 22 de marzo de 2006, párr. 342; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Laurent Semanza*, ICTR-97-20-T, Sentencia de Juicio de 15 de mayo de 2003, párr. 517; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Augustin Ndingiyimana, Augustin Bizimungu, François-Xavier Nzuwonemeye e Innocent Sagahutu*, ICTR-00-56-T, Sentencia de Juicio de 17 de mayo de 2011, párr. 2132, y Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 422.

²⁰⁵ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, Sentencia de Juicio de 1 de septiembre de 2004, párr. 123, y Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, Sentencia de Juicio de 3 de marzo de 2000, párr. 69.

²⁰⁶ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, Sentencia de Juicio de 1 de septiembre de 2004, párr. 128, y Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Vidoje Blagojević y Dragan Jokić*, IT-02-60-T, Sentencia de Juicio de 17 de enero de 2005, párr. 536.

una campaña militar, y el hecho de que el crimen es cometido como parte de o dentro del contexto de las labores oficiales del perpetrador”²⁰⁷.

Asimismo ha sostenido que, si bien es probable que exista algún tipo de relación entre el perpetrador del crimen y una de las partes en conflicto, no es necesario que el perpetrador sea un miembro de una de las partes; sino que el énfasis se centra en el nexo entre el crimen en cuanto a tal y el conflicto armado²⁰⁸. Además, la Corte ha concluido que los delitos deben ser cometidos en el contexto de un conflicto armado, independientemente de que hayan tenido lugar simultáneamente o próximos a una batalla intensa²⁰⁹.

Finalmente, es necesario destacar que en los crímenes de guerra competencia de la Corte, al referirse al elemento subjetivo de cada uno de los crímenes, no se requiere que el autor del mismo haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia del conflicto armado ni de su clasificación, sino que únicamente se exige “*el conocimiento de las circunstancias de hechos que hayan determinado la existencia de un conflicto armado,*

²⁰⁷ Traducción propia, el extracto original al que se hace referencia señala: “In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, *inter alia*, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as a part of or in the context of the perpetrator’s official duties”. Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008, párr. 382. Ver además, Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 423.

²⁰⁸ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Sentencia de Juicio de 21 de marzo de 2016, párr. 143.

²⁰⁹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Sentencia de Juicio de 21 de marzo de 2016, párr. 144.

implícito en las palabras 'haya tenido lugar en el contexto de y que haya estado relacionada con él'"²¹⁰.

Título II. El niño en el conflicto armado a la luz de las normas internacionales y la Corte Penal Internacional

Se analizará primeramente en este Título, el tipo específico del crimen de reclutar, alistar o utilizar niños en conflictos armados para participar activamente en las hostilidades. Seguidamente, se estudiarán las consideraciones hechas por la Corte Penal Internacional en el caso seguido contra Thomas Lubanga Dyilo con respecto al delito en estudio.

Capítulo I. Análisis del tipo específico del crimen de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños en conflictos armados

Sección I. Base normativa del crimen de reclutar, alistar o utilizar niños en conflictos armados

El crimen de reclutar, alistar o utilizar niños en conflictos armados encuentra asidero en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra adoptados en 1977,

²¹⁰ Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes* (La Haya: Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes, 2002), artículo 8, introducción.

donde por primera vez fue regulado a nivel normativo²¹¹. El Protocolo Adicional I ordenó a las Partes tomar todas las medidas necesarias para que los niños menores de 15 años no tomaran parte directa en las hostilidades y, en particular, evitar reclutarlos dentro de sus fuerzas armadas. Por su parte, el Protocolo Adicional II indicó que los niños menores de 15 años no deben ser reclutados en las fuerzas armadas ni debe permitírseles participar en las hostilidades²¹².

Años más tarde, en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó una disposición dirigida a obligar a los Estados Partes a tomar todas las medidas necesarias para asegurar que las personas menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, y a abstenerse de reclutar cualquier persona que no haya alcanzado dicha edad²¹³.

²¹¹ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 3, y Gus Waschefort, *International Law and Child Soldiers* (Oxford: Hart Publishing, 2015), 1.

²¹² Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 3; Comité Internacional de la Cruz Roja, “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”, Comité Internacional de la Cruz Roja (8 de junio de 1977) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm> (consultado el 8 de junio de 2016), artículo 77(2); Comité Internacional de la Cruz Roja, “Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, Comité Internacional de la Cruz Roja (8 de junio de 1977) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm> (consultado el 8 de junio de 2016), artículo 4(3)(c), y Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 463.

²¹³ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño* (Nueva York: Naciones Unidas, 1989), artículo 38; Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 463, y Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 3.

La misma postura fue seguida en el año 1999 por la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, que adoptó el Convenio 182, catalogando el reclutamiento forzado u obligatorio de niños como una de las peores formas de trabajo infantil²¹⁴. Finalmente, en el año 2002 entró en vigor el Protocolo Facultativo sobre la Participación de Niños en los Conflictos Armados, adoptado en el año 2000²¹⁵ que, a diferencia de los tratados antes mencionados, elevó la edad mínima de reclutamiento a 18 años para sus signatarios.

A estos instrumentos les siguieron otros no vinculantes, como los Compromisos de París para Proteger a los Niños y Niñas Reclutados o Utilizados Ilícitamente por Fuerzas Armadas o Grupos Armados, adoptados en 1997²¹⁶ y los Principios de la Ciudad del Cabo de 1997²¹⁷.

Sin embargo, más allá de las bases convencionales mencionadas, es necesario señalar que la prohibición de reclutamiento y uso de niños soldados ha sido reconocida bajo el derecho internacional consuetudinario, y recogida entre las reglas del derecho

²¹⁴ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 3, y Organización Internacional del Trabajo, “Trabajo Infantil y Conflictos Armados”, Organización Internacional del Trabajo, <http://ilo.org/ipec/areas/Armedconflict/lang--es/index.htm> (consultado el 8 de junio de 2016).

²¹⁵ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*. Nueva York: Naciones Unidas, 2000.

²¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Los Compromisos de París para proteger a los niños y niñas reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas armadas o grupos armados* (París: Naciones Unidas, 2007) https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/ParisCommitments_SP.pdf (consultado el 8 de junio de 2016).

²¹⁷ Principios de la Ciudad del Cabo de 1997. http://www.observatorioddr.unal.edu.co/ambitojuridico/archivosnormatividad/1997/Internacional/principios_ciudaddelcabo.pdf (consultado el 8 de junio de 2016).

humanitario consuetudinario²¹⁸. Así ha sido reiterado por la Corte Especial para Sierra Leona, primer tribunal internacional en sancionar este crimen de guerra. Según dicho Tribunal, al menos desde el mes de noviembre de 1996 la prohibición de reclutar o utilizar niños en conflictos armados alcanzó el carácter de norma consuetudinaria, al encontrarse para entonces dicha disposición en la práctica de un gran número de Estados, y al haber sido ratificada la Convención sobre los Derechos del Niño por 196 Estados²¹⁹.

Además, en la actualidad existen al menos ocho instrumentos internacionales vinculantes que prohíben directamente el reclutamiento y uso de niños soldados, y todos los países del mundo, con excepción de Somalia, han ratificado al menos uno de estos instrumentos²²⁰.

Por su parte, la redacción del Estatuto de Roma en 1998 constituyó la primera ocasión en la que el reclutamiento de niños fue formalmente codificado como un crimen. A partir de dicha codificación, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas decidió incorporar dicha disposición al artículo 4 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra

²¹⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Customary IHL: Rule 136. Recruitment of Child Soldiers”, Comité Internacional de la Cruz Roja (2016) https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule136 (consultado el 8 de junio de 2016), y Comité Internacional de la Cruz Roja, “Customary IHL: Rule 137. Participation of Child Soldiers in Hostilities”, Comité Internacional de la Cruz Roja (2016) https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule137 (consultado el 8 de junio de 2016).

²¹⁹ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 463-464; Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Sam Hinga Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la moción preliminar basada en la falta de jurisdicción (reclutamiento de niños) de 31 de mayo de 2004, párr. 18, y Organización de las Naciones Unidas, “Convention on the Rights of the Child”, Estado de ratificaciones al día 11 de abril de 2016, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en (consultado el 11 de abril de 2016).

²²⁰ Gus Waschefort, *International Law and Child Soldiers* (Oxford: Hart Publishing, 2015), 6.

Leona²²¹. Respecto a las disposiciones específicas adoptadas dentro del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es menester indicar que dicho Estatuto contempla dentro del listado de crímenes de guerra competencia de la Corte las siguientes situaciones:

Si se trata de situaciones que ocurran dentro del contexto de un conflicto armado internacional el Estatuto dispone que:

“Artículo 8.- Crímenes de guerra

[...]

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’:

[...]

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber cualquiera de los actos siguientes:

[...]

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”²²².

Mientras que en el contexto de un conflicto armado de carácter interno el artículo 8(2)(e)(vii) señala que serán crímenes de guerra:

²²¹ Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 159.

²²² Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 8.

“e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

[...]

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”²²³.

Los elementos de ambos delitos son prácticamente idénticos, con una ligera diferencia en el lenguaje utilizado para definir a las fuerzas armadas o grupos, al establecerse que en el contexto de un conflicto armado internacional se prohíbe el reclutamiento o alistamiento de niños en las fuerzas armadas *nacionales*, mientras que en el contexto de los conflictos armados internos se proscribe el reclutamiento o alistamiento en fuerzas armadas o grupos. Sin embargo, la propia Comisión Preparatoria del Estatuto de Roma concluyó que ambos crímenes son idénticos en su núcleo²²⁴.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 8(2) incisos (b)(xxvi) y (e)(vii), a continuación se procederá a definir el tipo específico del crimen de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños en conflictos armados, utilizando como base los elementos comunes de ambos delitos. Para ello, se analizará en primer lugar el *actus reus*, conformado por los elementos objetivos del tipo, y en segundo lugar el *mens rea*, que constituye el elemento subjetivo del mismo.

²²³ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 8.

²²⁴ Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 470.

Sección II. Elementos objetivos del tipo (*actus reus*)

Según los Elementos de los Crímenes para que se configure el crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños es necesario, en cuanto a los elementos objetivos del tipo, que (i) el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades, y (ii) que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años²²⁵. Este delito es de carácter continuado, al cesar su comisión hasta que el niño deje de formar parte del grupo militar o alcance los 15 años de edad²²⁶.

A partir de los elementos antes señalados se desprende que el crimen en estudio puede configurarse con la realización de al menos una de las tres conductas a las que se refiere el primer elemento objetivo, a saber, (i) reclutar, (ii) alistar o (iii) utilizar niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades. A continuación, se procederá a describir cada una de estas conductas, a fin de clarificar las acciones que dan lugar al tipo penal.

Reclutamiento o conscripción

El término “reclutamiento” o “conscripción” (*conscription*) refiere a aquellos casos en que los niños son obligados forzosamente a participar de un grupo o fuerza armada, sin

²²⁵ Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes* (La Haya: Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes, 2002), artículo 8(2) (b) (xxvi) y 8(2) (e) (vii).

²²⁶ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 180 y Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 467.

posibilidad de negarse a formar parte de este²²⁷. Por ello, el reclutamiento implica la existencia de un elemento de coerción o compulsión, sea a través de políticas estatales que obliguen a los niños a servir en un ejército o a través de la fuerza, como por medio de la abducción²²⁸. Asimismo, el entrenamiento militar obligatorio también puede ser suficiente para satisfacer este elemento, siendo que representa una conducta que tiene como propósito compeler a una persona a unirse a un grupo armado o fuerza²²⁹.

Dicha definición ha sido plasmada en la jurisprudencia de la Corte Especial para Sierra Leona, que ha señalado que el término conscripción o reclutamiento implica compulsión o coerción y comprende también actos llevados a cabo a través de la ‘fuerza de la ley’. De esta manera, según la Corte Especial para Sierra Leona, el reclutamiento no está necesariamente restringido a actos de fuerza física, y también incluye amenazas o intimidación²³⁰.

²²⁷ Cynthia Chamberlain, *Children and the International Criminal Court: Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective* (Leiden: E.M. Meijers Instituut, 2014), 23; Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 181; Qianqian Wang, “The Crime of Child Recruitment under International Law”, Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho (Wien: Universität Wien, 2012), 159, y Roman Graf, “The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment”, *Journal of International Criminal Justice* 10 (Oxford: Oxford University Press, 2012), 955.

²²⁸ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 465; Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 7, y Alfonso López Borgoñoz y Patricia Masip García, “Los niños y las niñas en los conflictos armados”, *Revista d' estudis de la violència* N° 1 (Marzo, 2007), 14.

²²⁹ Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (Caso RUF)*, SCSL-04-15-T, Sentencia de Juicio de 2 de marzo de 2009, párr. 165, y Qianqian Wang, “The Crime of Child Recruitment under International Law”, Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho (Wien: Universität Wien, 2012), 160.

²³⁰ Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu (Caso AFRC)*, SCSL-04-16-T, Sentencia de Juicio de 20 de junio de 2007, párr. 734; Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (Caso RUF)*, SCSL-04-15-T, Sentencia de Juicio de 2 de marzo de 2009, párr. 186, y Qianqian Wang, “The Crime of Child Recruitment under International Law”, Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho (Wien: Universität Wien, 2012), 159.

Según la jurista Julie McBride, quien se ha dedicado al estudio de los niños y los conflictos armados, si bien los niños se convierten en soldados a través de diversas formas, la coerción sigue siendo el mayor detonante, debido a que son sujetos vulnerables al reclutamiento forzado al ser secuestrados, aterrorizados y fácilmente intimidados²³¹.

Del mismo modo, se ha señalado que la violencia define el proceso de reclutamiento de niños dentro de los grupos armados, a través de la intimidación y de infundir temor en las poblaciones²³². Una forma común de reclutamiento forzado utilizada por los grupos armados es la de viajar por las calles y espacios públicos, como escuelas, para capturar a los niños que encuentren en el camino²³³. Otro sistema utilizado es el de cuotas, en el que se obliga a que las áreas bajo el control de un grupo armado o milicia aporten un número determinado de nuevos soldados cada año²³⁴.

Cuando el reclutamiento es *de iure* es más sencillo reconocer la conducta, debido a que implica un acto formal, como lo es por ejemplo, un proceso administrativo de registro e inscripción de niños en la fuerza armada o grupo. En este caso, la sola realización de dicho

²³¹ Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 32.

²³² Alpaslan Özerdem y Sukanya Podder, *Child Soldiers: From Recruitment to Reintegration* (Hampshire: Palgrave Macmillan, 2011), 36.

²³³ Luz Estella Nagle, "Child Soldiers and the Duty of Nations to Protect Children from Participation in Armed Conflict" (Florida: ExpressO, 2010) http://works.bepress.com/luz_nagle/3/ (consultado el 8 de junio de 2016), 11; Susan W. Tiefenbrun, "Child Soldiers, Slavery, and the Trafficking of Children" (California: Thomas Jefferson School of Law, 2007) http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1498680.files/Tiefenburn_article.pdf (consultado el 8 de junio de 2016), 11, y Qianqian Wang, "The Crime of Child Recruitment under International Law", Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho (Wien: Universität Wien, 2012), 159.

²³⁴ Alfonso López Borgoñoz y Patricia Masip García, "Los niños y las niñas en los conflictos armados", *Revista d' estudis de la violència* N° 1 (Marzo, 2007), 15.

registro es suficiente para constituir el crimen, sin importar si el niño es posteriormente utilizado para participar en las hostilidades o no²³⁵.

En cambio, cuando el reclutamiento se realiza *de facto* (como suele ser en la mayoría de casos), este puede verse representado en actos informales, como utilizar uniformes, portar armas, ser asignado a un campamento militar o estar bajo disciplina militar²³⁶.

Alistamiento

El “alistamiento” (*enlistment*), corresponde al involucramiento voluntario de los niños en las fuerzas armadas o grupos armados²³⁷, es decir, aquellos casos en que el niño autónomamente decide unirse a un grupo armado²³⁸. Este criterio ha sido seguido a nivel jurisprudencial por la Corte Especial de Sierra Leona, que ha definido el alistamiento como la conducta de aceptar y registrar individuos cuando estos se ofrecen voluntariamente a unirse al grupo o fuerza armada²³⁹.

²³⁵ Qianqian Wang, “The Crime of Child Recruitment under International Law”, Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho (Wien: Universität Wien, 2012), 162.

²³⁶ Qianqian Wang, “The Crime of Child Recruitment under International Law”, Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho (Wien: Universität Wien, 2012), 163.

²³⁷ Cynthia Chamberlain, *Children and the International Criminal Court: Analysis of the Rome Statute through a Children’s Rights Perspective* (Leiden: E.M. Meijers Instituut, 2014), 23 y Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 181.

²³⁸ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 181; Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 464, y Roman Graf, “The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment”, en *Journal of International Criminal Justice 10* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 955.

²³⁹ Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu (Caso AFRC)*, SCSL-04-16-T, Sentencia de Juicio de 20 de junio de 2007, párr. 735; Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (Caso RUF)*, SCSL-04-14-T, Sentencia de Juicio de 2 de marzo de 2009, párr. 185, y Qianqian Wang, “The Crime of Child

Cabe destacar que no es necesario que se lleve a cabo un proceso formal para aceptar al niño dentro del grupo armado para que se configure la conducta de alistamiento, por lo que también el no negarse al alistamiento voluntario de los niños en el grupo es suficiente para que se configure el ilícito. De este modo, no es necesario que el autor del crimen activamente promueva el alistamiento²⁴⁰.

Sin embargo, un amplio sector de la doctrina debate hasta qué punto es posible considerar que exista un involucramiento voluntario de los menores en grupos o fuerzas armadas²⁴¹. En este caso, diversos autores han considerado que no es posible hablar de un alistamiento voluntario de niños, al estimar que estos se enlistan en una fuerza o grupo armado a raíz de que son víctimas de diversas presiones culturales, sociales, económicas o políticas que los colocan en una situación especial de vulnerabilidad, por lo que a la larga desaparece el carácter de voluntariedad²⁴².

Al contemplar el tipo penal tanto el reclutamiento como el alistamiento de niños, se previene en el Estatuto de Roma la existencia de algún vacío en la norma que permitiera

Recruitment under International Law”, Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho (Wien: Universität Wien, 2012), 160.

²⁴⁰ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 464.

²⁴¹ Alfonso López Borgoñoz y Patricia Masip García, “Los niños y las niñas en los conflictos armados”, *Revista d’ estudis de la violència* N° 1 (Marzo, 2007), 14.

²⁴² Cynthia Chamberlain, *Children and the International Criminal Court: Analysis of the Rome Statute through a Children’s Rights Perspective* (Leiden: E.M. Meijers Instituut, 2014), 23; Verónica Hinestroza-Arenas, “Reclutamiento de niños y niñas: fenómeno invisibilizado, crimen manifiesto”, *OASIS* N° 13 (2008) <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53113141003> (consultado el 8 de junio de 2016), 49 y Alfonso López Borgoñoz y Patricia Masip García, “Los niños y las niñas en los conflictos armados”, *Revista d’ estudis de la violència* N° 1 (Marzo, 2007), 15.

cualquier forma de reclutamiento de niños en los grupos armados²⁴³. Sin embargo, algunos autores como han considerado que la distinción entre reclutamiento y alistamiento puede ser pertinente al momento del dictado de la sentencia y en la etapa de reparación²⁴⁴.

Utilización para participar activamente en las hostilidades

El elemento de utilizar niños para ‘participar activamente en las hostilidades’ es quizás el más complejo y controversial de los que conforman este crimen debido a la interpretación del concepto de ‘participación activa’. Para efectos de esta sección, se entenderá el término ‘hostilidades’ como aquellas operaciones o actos de violencia que realicen las partes de un conflicto con el fin de causar daño a su enemigo dentro del conflicto²⁴⁵.

La primer referencia al término ‘participación activa en hostilidades’ fue plasmada en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Posteriormente, con la adopción de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra en el año 1977 se realizó un cambio en el lenguaje, dejando de utilizar la noción de ‘parte activa’ y usando,

²⁴³ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 181.

²⁴⁴ Matthew Happold, “The age of criminal responsibility in international criminal law”, en *International criminal accountability and the rights of children*, ed. K. Arts y V. Popovski (La Haya: Asser Press, 2006), 12, y Roman Graf, “The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment”, en *Journal of International Criminal Justice* 10 (Oxford: Oxford University Press, 2012), 956.

²⁴⁵ Nils Melzer, *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010), 43.

en vez, el término ‘parte directa’ en las hostilidades en el Protocolo Adicional I y ‘parte en las hostilidades’ en el Protocolo Adicional II²⁴⁶.

Este mismo concepto de participación directa fue el adoptado en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados para asegurar que los menores de 18 años no participen directamente, que prohibió todo uso de niños en hostilidades por parte de actores no estatales²⁴⁷. Sin embargo, el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona y el Estatuto de Roma adoptaron el lenguaje utilizado por los Convenios de Ginebra, proscribiendo el uso de niños para “participar activamente en las hostilidades”²⁴⁸.

Esta situación ha dado lugar a un intenso debate respecto a si los conceptos de participación “directa” o “activa” en las hostilidades son sinónimos o no, no existiendo consistencia dentro de los criterios emanados por los tribunales internacionales²⁴⁹. En este sentido, destaca por ejemplo la diferencia de criterios entre los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la Antigua Yugoslavia, que sostienen que ambos términos responden a un mismo estándar, y la Corte Penal Internacional, que ha determinado que son estándares diferentes²⁵⁰.

²⁴⁶ Gus Waschefort, *International Law and Child Soldiers* (Oxford: Hart Publishing, 2015), 62-63.

²⁴⁷ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 13.

²⁴⁸ Gus Waschefort, *International Law and Child Soldiers* (Oxford: Hart Publishing, 2015), 62-63.

²⁴⁹ Gus Waschefort, *International Law and Child Soldiers* (Oxford: Hart Publishing, 2015), 63.

²⁵⁰ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Sentencia de Juicio de 2 de septiembre de 1998, párr. 630, y Gus Waschefort, *International Law and Child Soldiers* (Oxford: Hart Publishing, 2015), 63.

En el caso del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en los procesos seguidos contra *Akayesu* y *Rutaganda* sostuvo que el término ‘participación directa’ evolucionó del término ‘participación activa’, utilizando la definición de participación activa dada en el comentario del Comité Internacional de Cruz Roja²⁵¹. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia también ha considerado que los conceptos de ‘participación activa’, utilizado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y ‘participación directa’, utilizado bajo el Protocolo Adicional I, son sinónimos y comprenden actos de guerra que por su naturaleza o propósito puedan causar daño actual al personal o equipo de las fuerzas armadas enemigas²⁵².

Por su parte, a nivel doctrinario también se han presentado argumentos que respaldan esta posición. Según el autor Gus Waschefort, desde una perspectiva lingüística se podría sostener que ambos términos denotan estándares diferentes, ya que el término “directa” se referiría a la proximidad de la contribución realizada por el sujeto a la conducta en cuestión, mientras que “activa” haría referencia a la intensidad de la participación en la conducta. Sin embargo, el autor destaca que, en todos los textos oficiales en francés de los instrumentos atinentes a los Convenios de Ginebra y a los Protocolos Adicionales se utiliza únicamente el término “participación directa”, lo que daría pie a pensar que participación “activa” o “directa” refieren a lo mismo²⁵³.

²⁵¹ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Sentencia de Juicio de 2 de septiembre de 1998, párr. 630, y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Sentencia de Juicio de 6 de diciembre de 1999, párrs. 99-100.

²⁵² Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Pavle Strugar*, Caso IT-01-42-A, Sentencia de Apelaciones de 17 de julio de 2008, párr. 173, y Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Dario Kordić y Mario Čerkez*, IT-95-14/2, Sentencia de Apelaciones de 17 de diciembre de 2014, párr. 51.

²⁵³ Gus Waschefort, *International Law and Child Soldiers* (Oxford: Hart Publishing, 2015), 63.

Además, de una lectura literal del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra así como de la Resolución Número 2675 de la Asamblea General de Naciones Unidas²⁵⁴, que refieren al término ‘participación activa’, pareciera que este concepto es tratado como sinónimo de ‘participación directa’.

En la misma línea se ha pronunciado el Comité Internacional de la Cruz Roja, que ha resaltado que en los textos de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales en inglés se utilizan las palabras “activa” y directa”, mientras que en los textos en español se usa continuamente el término de participación “directa”. Por ello, en virtud de que ambos textos son traducciones auténticas, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha concluido que esto *“demuestra que los términos ‘direct’ y ‘active’ se refieren a la misma calidad y grado de participación individual en las hostilidades”*²⁵⁵.

En cuanto a su definición, el Comité Internacional de la Cruz Roja, en su comentario al artículo 51(3) del Protocolo Adicional I, consideró que la participación directa significa *“actos de guerra que por su naturaleza o propósito es probable que cause daño actual al personal y equipo de las fuerzas armadas enemigas”*²⁵⁶. Asimismo, en la Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades señaló que el

²⁵⁴ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Resolución 2675(XXVI)* (Nueva York: Naciones Unidas, 1970).

²⁵⁵ Nils Melzer, *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010), 43.

²⁵⁶ Traducción propia, el extracto original al que se hace referencia señala: “[...] ‘direct’ participation means acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces”. Yves Sandoz, Christoph Swinarski y Bruno Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987), 619.

término refiere a “*actos específicos ejecutados por personas como parte de la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado*”²⁵⁷.

Estos actos, por su naturaleza o propósito están diseñados para atacar a los combatientes enemigos. Ejemplo de estos actos serían el disparar contra soldados enemigos, tirar bombas molotov a un tanque enemigo, destruir un puente utilizado para transportar material del enemigo, entre otros²⁵⁸.

Por su parte, algunos autores como Matthew Happold han considerado que participar directamente en las hostilidades es tomar parte en el combate, y que este término no incluye actividades como recolectar o transmitir información militar, transportar armas y municiones o proveer suministros. De este modo, no se encontraría prohibido por el Protocolo Adicional I que los niños realizaran dichas actividades²⁵⁹.

Los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y de la Antigua Yugoslavia²⁶⁰ adoptaron la interpretación hecha por la Comité Internacional de la Cruz Roja, y consideraron que esta forma de participación se presenta cuando se llevan a cabo actos de

²⁵⁷ Nils Melzer, *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010) ,16.

²⁵⁸ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 13.

²⁵⁹ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 13.

²⁶⁰ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Sentencia de Juicio de 6 de diciembre de 1999, párr. 100, y Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Dario Kordić y Mario Čerkez*, IT-95-14/2, Sentencia de Apelaciones de 17 de diciembre de 2014, párr. 51.

violencia que por su naturaleza o propósito pueden causar daño al personal y equipo de las fuerzas armadas enemigas o grupo armado. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia fue un poco más allá en el desarrollo de esta definición, al expresar la participación directa no está únicamente limitada a actividades de combate como tales²⁶¹. Además, fue clara al señalar que la participación directa tampoco abarca todas las actividades que se realicen en apoyo a las operaciones militares de una parte en conflicto²⁶².

Bajo esta óptica, para considerar una conducta como participación directa, es necesario que exista un umbral de daño, que sería la probabilidad de que la conducta cause efectos adversos sobre las operaciones militares o capacidad militar de una parte del conflicto; causalidad directa, que sería el vínculo causal entre el acto y el daño que pueda resultar de este, y un nexo beligerante que correspondería al propósito específico del acto. Cabe resaltar que mientras una persona se encuentre participando directamente en las hostilidades, pierde la protección contra los ataques directos que corresponde a las personas civiles que no participan del conflicto²⁶³.

La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso seguido contra *Strugar* tomó nota de algunos ejemplos de participación directa o

²⁶¹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Pavle Strugar*, Caso IT-01-42-A, Sentencia de Apelaciones de 17 de julio de 2008, párr. 176, y Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Zoran Kupreškić et al*, Caso IT-95-16, Sentencia de Juicio de 14 de enero de 2000, párr. 523.

²⁶² Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Pavle Strugar*, Caso IT-01-42-A, Sentencia de Apelaciones de 17 de julio de 2008, párr. 176.

²⁶³ Nils Melzer, *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010), 17, y Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 156.

activa en hostilidades, a saber: portar, utilizar o tomar armas; tomar parte en actos militares u hostiles, actividades, conductas u operaciones; combate armado; participar en ataques contra personal, propiedad o equipo enemigo; transmitir información militar para el uso inmediato de un beligerante; transportar armas en proximidad a operaciones de combate, y servir como guardias, agentes de inteligencia, vigías u observadores a nombre de fuerzas militares²⁶⁴.

Asimismo, aprovechó en dicho caso para delimitar qué conductas podrían considerarse como participación indirecta en hostilidades. Al respecto, señaló que la participación indirecta incluye el tomar parte en actividades en apoyo de la guerra o del esfuerzo militar de una de las partes en el conflicto, vender mercadería a una de las partes en conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes, no actuar para prevenir una incursión de una de las partes en conflicto, acompañar y proveer alimentos, recoger y transmitir información militar, transportar armas y municiones y proveer suministros, y dar consejos como especialista referentes a la selección de personal militar, su entrenamiento o al correcto mantenimiento de las armas²⁶⁵.

²⁶⁴ Los ejemplos antes mencionados fueron señalados por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de la siguiente manera: “The Appeals Chamber also takes note of examples of direct and indirect forms of participation in hostilities included in military manuals, soft law, decisions of international bodies and the commentaries to the Geneva Conventions and the Additional Protocols. Examples of active or direct participation in hostilities include: bearing, using or taking up arms, taking part in military or hostile acts, activities, conduct or operations, armed fighting or combat, participating in attacks against enemy personnel, property or equipment, transmitting military information for the immediate use of a belligerent, transporting weapons in proximity to combat operations, and serving as guards, intelligence agents, lookouts, or observers on behalf of military forces” (se omitieron las notas al pie incluidas dentro del texto de la Sentencia). Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Pavle Strugar*, Caso IT-01-42-A, Sentencia de Apelaciones de 17 de julio de 2008, párr. 177.

²⁶⁵ La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia indicó expresamente que la participación indirecta en hostilidades incluía: “participating in activities in support of the war or military effort of one of the parties to the conflict, selling goods to one of the parties to the conflict, expressing sympathy for the cause of one of the parties to the conflict, failing to act to prevent an incursion by one of the parties to the conflict, accompanying and supplying food to one of the parties to the conflict,

Estas actividades no serían suficientes para configurar el crimen de utilizar niños para participar activamente en las hostilidades, si se parte del presupuesto de que el Tribunal observa la participación directa y activa como sinónimos que responden a un mismo tipo de conducta.

Es por esto que una de las críticas que se realizan a esta interpretación es que puede no ser lo suficientemente efectiva para proteger a los menores, ya que el recolectar y transmitir información militar puede colocarlos en un peligro real si caen en manos enemigas o son tratados como espías²⁶⁶. Es aquí donde algunos autores alegan que existe una diferencia importante entre Protocolo Adicional I y el II, ya que el II, al solo referir a la participación, sin utilizar el término ‘directa’ pareciera prohibir que los niños tomen parte en combate y que se vean involucrados en actividades como obtener y comunicar información sensible, así como el transporte de municiones²⁶⁷.

Sin embargo, tal y como señaló la Corte Especial para Sierra Leona en el caso seguido contra *Sesay, Kallon y Gbao*, el utilizar una definición ampliamente expansiva del término participación activa en las hostilidades sería inapropiado, al tener como

gathering and transmitting military information, transporting arms and munitions, and providing supplies, and providing specialist advice regarding the selection of military personnel, their training or the correct maintenance of the weapons.” (se omitieron las notas al pie incluidas dentro del texto de la Sentencia) Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Fiscalía vs. Pavle Strugar*, Caso IT-01-42-A, Sentencia de Apelaciones de 17 de julio de 2008, párr. 177.

²⁶⁶ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 13.

²⁶⁷ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 14.

consecuencia que los niños asociados a los grupos armados podrían perder su estatus de protección como personas *hors de combat* o fuera de combate bajo las normas del conflicto armado si se llegase a considerar que participar activamente en las hostilidades constituye convertirse en un objetivo legítimo de ataque bajo el derecho internacional humanitario.²⁶⁸

El porqué de la utilización del concepto de ‘participación activa’ en el Estatuto de Roma en vez del ya más abiertamente utilizado ‘participación directa’ es una de las interrogantes que más se han prestado para confusión y debate respecto a lo que refiere específicamente al crimen de utilización. La Comisión Preparatoria del Estatuto de Roma, en la sesión anterior a la Conferencia Diplomática de Roma, abordó la cuestión sobre lo que comprendía el término ‘participación activa’²⁶⁹. En dicha sesión, la Comisión optó por incluir la siguiente nota explicativa, que no fue incluida en el texto final del Estatuto de Roma:

“Las palabras ‘usar’ y ‘participar’ han sido adoptadas en orden para cubrir tanto la participación directa en combate y la participación activa en actividades militares ligadas al combate como la exploración, espionaje, sabotaje y el uso de niños como señuelos, mensajeros o en puntos de control militar. No cubrirá actividades claramente no relacionadas a las hostilidades como entregas de comida en un base aérea o el uso de staff doméstico en el alojamiento de un oficial casado. Sin embargo, el uso de niños en una función de apoyo directo como actuar como

²⁶⁸ Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (Caso RUF)*, SCSL-04-14-T, Sentencia de Juicio de 2 de marzo de 2009, párr. 1723, y Roman Graf, “The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment”, en *Journal of International Criminal Justice 10* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 963.

²⁶⁹ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 466.

portadores de municiones a las líneas de frente, o actividades en la propia línea de frente, estará incluido en esta terminología”²⁷⁰.

A partir de esta nota varios autores, así como la propia Corte Penal Internacional²⁷¹ han considerado que la Comisión Preparatoria realizaba una distinción entre la participación directa y activa, configurando entonces una interpretación mucho más amplia, que correspondería prácticamente a una prohibición de participar de las hostilidades en cualquier forma²⁷².

A raíz de esta diferencia de criterios, el autor Matthew Happold ha concluido que parecen existir dos interpretaciones distintas en cuanto a lo que refiere el término ‘participación activa’; una de estas interpretaciones es la que habría sido articulada durante

²⁷⁰ Traducción propia, el extracto original al que se hace referencia señala: The words ‘using’ and ‘participate’ have been adopted in order to cover both direct participation in combat and also active participation in military activities linked to combat such as scouting, spying, sabotage and the use of children as decoys, couriers or at military checkpoints. It would not cover activities clearly unrelated to the hostilities such as food deliveries to an airbase or the use of domestic staff in an officer’s married accommodation. However, the use of children in a direct support function such as acting as bearers to take supplies to the front line, or activities at the front line itself, would be included in the terminology”. Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. *Borrador del Estatuto para la Corte Penal Internacional Addendum Parte Uno* (Roma: Naciones Unidas, 1998), 21.

²⁷¹ La Corte Penal Internacional en la Sentencia dictada en el caso seguido contra Thomas Lubanga determinó, como se abordará en el Capítulo IV de este trabajo, que el término participación activa involucraba algunas conductas que podrían catalogarse como participación indirecta. Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 619-628. Ver además, Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 466, y Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law Volume II* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 181-182.

²⁷² Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 14.

las negociaciones del Estatuto de Roma, y la otra que surge como producto del derecho de los tratados y consuetudinario existente²⁷³.

En este sentido, Happold indica que esta última interpretación da origen al problema de que entonces el crimen contemplado en el Estatuto de Roma sería más amplio que la prohibición encontrada en el Protocolo Adicional I y en la Convención sobre los Derechos del Niño, y posiblemente, que el derecho internacional consuetudinario²⁷⁴. Esto conllevaría a que la responsabilidad penal individual pudiera ser mayor a la responsabilidad estatal respecto de este delito, al cubrir un espectro más amplio de actividades; mientras que la interpretación que considera que ambas formas de participación responden a las mismas conductas coloca la responsabilidad estatal y la responsabilidad penal individual en una misma dirección²⁷⁵.

Para dilucidar finalmente cuál sería la interpretación más adecuada o conforme al derecho, es necesario recurrir a las reglas de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en los artículos 31 y 32²⁷⁶ para

²⁷³ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 15.

²⁷⁴ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 15.

²⁷⁵ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 15.

²⁷⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena: 1969), y Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y

identificar cómo debería de interpretarse el término ‘participación activa’ en el Estatuto de Roma. De conformidad con dichas reglas, correspondería valorar la nota al pie explicativa de la Comisión Preparatoria como un medio suplementario de interpretación²⁷⁷.

En cambio, Happold plantea que la equivalencia entre participación activa y directa resulta de los tratados y reglas consuetudinarias, por lo que debería tener prioridad al constituir ‘reglas relevantes del derecho internacional aplicables’, quedando así relegada la interpretación que algunos autores y la propia Corte ha dado a la nota al pie explicativa que finalmente no fue incluida dentro del Estatuto ni en los Elementos de los Crímenes²⁷⁸.

Aunado a ello, si se toma en cuenta que el crimen en cuestión se encuentra contemplado dentro del listado denominado como “violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados [internacionales o no internacionales] dentro del marco establecido de derecho internacional”²⁷⁹, se podría considerar que el concepto de participación activa debería ser estudiado conforme a su definición en el derecho internacional, y no bajo una interpretación extensiva²⁸⁰.

M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 15.

²⁷⁷ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 16.

²⁷⁸ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 16.

²⁷⁹ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii).

²⁸⁰ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed.

Esta afirmación encuentra respaldo, además, en el criterio emitido por el Comité Internacional de la Cruz Roja, donde ha aclarado que el espíritu de la nota explicativa no era necesariamente suponer una distinción entre los términos de participación directa y activa, sino que “[e]n rigor, sin embargo, la Comisión hacía una distinción entre ‘combate’ y ‘actividades militares relacionadas con un combate’, y no entre participación directa y activa”²⁸¹.

Esta interpretación pareciera ser la más acorde al principio de legalidad expresamente incorporado dentro del Estatuto de Roma, ya que la noción de ‘participar activamente en las hostilidades’ se derivaría del derecho internacional existente al momento de adopción del Estatuto, el cual como se desarrolló en párrafos anteriores tiende a relacionar el término ‘participación activa’ con participación directa’.

Cabe reiterar que dicho principio establece que “[l]a definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”²⁸². Bajo esta tesis, al no existir verdadera claridad con respecto al contenido de la conducta castigada en el Estatuto²⁸³, correspondería entonces interpretarla bajo los

José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 16.

²⁸¹ Nils Melzer, *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010), 43.

²⁸² Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 22(2).

²⁸³ Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 44.

criterios más estrictos y respaldados en el derecho internacional, sin acudir a interpretaciones extensivas que pudieran poner en riesgo las garantías y derechos del imputado o enjuiciado.

Sección III. Elemento subjetivo del tipo (*mens rea*)

En el texto del Estatuto de Roma no se incluyó una formulación específica con respecto del *mens rea* del crimen de reclutar, alistar o utilizar niños en conflictos armados²⁸⁴, por lo que en principio correspondería acudir al artículo 30, que contiene la regla general sobre la intencionalidad. Dicho artículo señala:

“Artículo 30.- Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
 - a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
 - b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. A los efectos del presente artículo, por ‘conocimiento’ se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso

²⁸⁴ Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 112.

normal de los acontecimientos. Las palabras ‘a sabiendas’ y ‘con conocimiento’ se entenderán en el mismo sentido”²⁸⁵.

Este artículo requiere que sea demostrado el conocimiento e intención por parte del perpetrador para cometer el crimen. Sin embargo, este requisito ha sido atenuado por los Elementos de los Crímenes, que requieren, para la configuración de los elementos subjetivos del tipo, (i) que el autor haya sabido o debiera saber que los niños eran menores de 15 años y que (ii) haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado²⁸⁶.

Ello se debe a que, al momento de redactar el borrador de Estatuto, la Comisión Preparatoria debatió hasta dónde se requería conocimiento por parte del autor del crimen respecto de la edad de la persona utilizada, reclutada o alistada. Algunos Estados sostuvieron que no se requería de ningún elemento mental, ya que aunque el autor no supiera que la persona era menor de quince años debía ser tenido como culpable. De este modo, se esperaba que fuera responsabilidad de las personas que decidieran utilizar, reclutar o alistar a otra asegurarse que esta era mayor de quince años. Finalmente, la gran parte de Estados apoyaron la idea de no requerir una aplicación estricta del artículo 30(3)

²⁸⁵ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 30.

²⁸⁶ Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes* (La Haya: Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes, 2002), elemento (3) del artículo 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii).

del Estatuto, sino que se estableciera un estándar de “saber o debiera saber” que la persona era menor de 15 años²⁸⁷.

Es así como los Elementos de los Crímenes terminaron aplicando un elemento subjetivo modificado para este crimen en específico, donde pareciera que requiere que las partes en conflicto tengan una obligación positiva de verificar la edad de los niños, de forma que no pueden escapar de la responsabilidad penal por medio de inobservar conscientemente los hechos²⁸⁸. De este modo, aquellas personas que no cuestionen o hagan averiguaciones sobre la edad del niño aun cuando este a simple vista se viera más joven de 15 años también configurarían el elemento de intencionalidad requerido²⁸⁹.

A raíz de la diferencia existente entre el artículo 30 del Estatuto y el artículo 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii) algunos autores, como McBride, Werle y Jessberger se han planteado la cuestión sobre la relación existente entre ambas disposiciones. Para Werle y Jessberger el artículo 30 permite explícitamente aplicar reglas suplementarias antes que el propio artículo²⁹⁰, por lo que correspondería seguir las disposiciones de los Elementos de los Crímenes primeramente, y en aquello que estos no indiquen, al artículo 30 del Estatuto. Por su parte, McBride concluye que el artículo 30 y los Elementos de los Crímenes deben

²⁸⁷ Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 375.

²⁸⁸ Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 261.

²⁸⁹ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 467.

²⁹⁰ Gerhard Werle y Florian Jessberger, “Unless otherwise provided: article 30 of the ICC statute and the mental element of crimes under international criminal law”, *Journal of International Criminal Justice*, N° 3 (2005), 35.

ser vistos conjuntamente como los instrumentos que proveen los elementos subjetivos del tipo²⁹¹.

Siguiendo este criterio, McBride analiza cada uno de los tipos de elementos contenidos en el artículo 30, a saber: (i) elementos de conducta, (ii) elementos de consecuencia y (iii) elementos de circunstancias. Respecto a la conducta, concluye que esta significa que el perpetrador debe participar en la acción incriminatoria. En cuanto a las consecuencias, según McBride la más clara es el que se produzca un niño soldado, a raíz del acto de reclutamiento o uso. El autor debe tener la intención de causar esa consecuencia o al menos ser consciente de que podría ocurrir en el curso ordinario de los acontecimientos²⁹². Finalmente, en cuanto a las circunstancias basta con que el perpetrador fuera consciente de la existencia de las circunstancias contextuales o fácticas, sin embargo, no resulta relevante el entendimiento jurídico o legal que tengan de estas circunstancias²⁹³.

Sin embargo, dicho análisis no exime de la principal diferencia en el estándar de conocimiento entre el artículo 30 del Estatuto y los Elementos de los Crímenes, que es que mientras que el Artículo 30 requeriría que el autor del crimen tenga un conocimiento positivo de la edad del niño, los Elementos prevén la responsabilidad penal por negligencia del perpetrador²⁹⁴, lo cual, como se indicó anteriormente representa un estándar más bajo.

²⁹¹ Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 113-114.

²⁹² Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 114.

²⁹³ Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 115.

²⁹⁴ Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 118, y Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 261.

Capítulo II. Análisis particular del caso Lubanga

Sección I. Contexto de la situación de conflicto armado en la República Democrática del Congo

Conflicto armado en República Democrática del Congo

Se inició a partir de los años noventa un conflicto étnico en la República de Zaire, hoy conocida como la República Democrática del Congo, el cual ha sido catalogado por algunos autores como “el más sangriento en la historia del continente africano”²⁹⁵ y uno de los más destructivos en el mundo durante las últimas dos décadas²⁹⁶. Este conflicto fue impulsado en gran medida por el enfrentamiento entre distintos grupos étnicos con el fin de adueñarse de los recursos minerales del país; algunos de ellos los contaron con el apoyo de países con intereses particulares. Bajo un contexto de derrocamiento del dictador Mobutu Sese Seko, Laurent Kabila, en mayo de 1997 ascendió al poder luego de una guerra de nueve meses²⁹⁷. A raíz de ello, varios grupos rebeldes se alzaron en contra de Laurent

²⁹⁵ Noelia Silva Clarkson, “Situación en la República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional. En profundidad: Los casos de Thomas Lubanga, Germain Katanga y Mathieu Ndujolo Chui”, Liga Pro Derechos Humanos (2013) <http://www.ligaprodechoshumanos.org/documentos/Situacion%20de%20la%20RDC%20ante%20la%20CPI.pdf> (consultado el 8 de junio de 2016), 4, y Stephanie Kammer, “Deconstructing Lubanga, the ICC First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo”, American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court (Columbia University Institute for the Study of Human Rights, 7 septiembre de 2012), 1.

²⁹⁶ Andrew Nowak, *The International Criminal Court: An Introduction* (Cham: Springer, 2015), 73.

²⁹⁷ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 70, y Noelia Silva Clarkson, “Situación en la República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional. En profundidad: Los casos de Thomas Lubanga, Germain Katanga y Mathieu Ndujolo Chui”, Liga Pro Derechos Humanos (2013) <http://www.ligaprodechoshumanos.org/documentos/Situacion%20de%20la%20RDC%20ante%20la%20CPI.pdf> (consultado el 8 de junio de 2016), 4.

Kabila, e inclusive, miembros del Ejército Nacional de Uganda ocuparon la Provincia Oriental en agosto de 1998 en un esfuerzo por apoyar los esfuerzos para derrocar a Laurent Kabila.

Kabila fue asesinado en el año 2001, y sucedido por su hijo Joseph. Para entonces, ocurrían al menos diez conflictos distintos dentro de la República que involucraba a nueve fuerzas armadas nacionales y diecinueve grupos armados²⁹⁸. Seis de estos conflictos tuvieron lugar en Ituri, un distrito ubicado en la Provincia Oriental de la República Democrática del Congo y que colinda con el Estado de Uganda, cuya población se conformaba por entre dieciocho y veinte grupos étnicos distintos, dentro de los que se encontraban los Lendu, Ngiti y Hema²⁹⁹.

En la época en que la República Democrática del Congo era una colonia perteneciente a Bélgica, se impulsaron reglas coloniales que enfatizaban las divisiones étnicas entre los grupos Hema y Lendu, favoreciendo a los Hemas. Esta distinción continuó siendo palpable aún después de su independencia, siendo los miembros de la comunidad Hema de las personas con mayor poder y éxito económico³⁰⁰, situación que acentuó las tensiones étnicas.

²⁹⁸ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 70 y 72.

²⁹⁹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párrs. 1 y 2, y Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 67, 70 y 73.

³⁰⁰ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 74.

Entre los años 1998 y 1999 algunos concesionarios de la etnia Hema intentaron desalojar a miembros Lendu de sus tierras, causando un enfrentamiento armado³⁰¹ que se fue expandiendo a lo largo de Ituri hasta convertirse en un enfrentamiento generalizado entre ambas comunidades. Durante este periodo, soldados del Ejército Nacional de Uganda comenzaron a apoyar a algunos miembros Hema y se presume que llevaron a cabo varios ataques en villas Lendu. A raíz de ello, estos últimos comenzaron a formar milicias en su defensa, que comenzaron a atacar villas pertenecientes a los Hema con el apoyo de otros oficiales de Uganda, el gobierno congolés y algunos movimientos rebeldes.

A inicios del año 1999, las tensiones étnicas y la competencia por apropiarse de los recursos naturales de Ituri, rico en coltán, oro, madera, aceite, diamantes y otros minerales, escaló hasta desencadenar un conflicto armado de una magnitud devastadora³⁰². Desde ese año y hasta mediados del 2003, varios líderes rebeldes lucharon por el poder político en Ituri. La violencia continuó acrecentándose, y para noviembre de 1999 siete mil personas habían sido asesinadas y diez mil fueron desplazadas a causa del conflicto³⁰³. Las hostilidades continuaron en los siguientes años, y a finales del año 2001 se presentó un

³⁰¹ Noelia Silva Clarkson, “Situación en la República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional. En profundidad: Los casos de Thomas Lubanga, Germain Katanga y Mathieu Ndujolo Chui”, *Liga Pro Derechos Humanos* (2013) <http://www.ligaprodechoshumanos.org/documentos/Situacion%20de%20la%20RDC%20ante%20la%20CPL.pdf> (consultado el 8 de junio de 2016), 8, y Stephanie Kammer, “Deconstructing Lubanga, the ICC First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo”, *American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court (Columbia University Institute for the Study of Human Rights, 7 septiembre de 2012)*, 2.

³⁰² Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párr. 2; Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Caso ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 67-75, y Stephanie Kammer, “Deconstructing Lubanga, the ICC First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo”, *American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court (Columbia University Institute for the Study of Human Rights, 7 septiembre de 2012)*, 2.

³⁰³ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 79.

agudo aumento en los ataques dirigidos contra etnias particulares y en la violencia contra civiles.

Varios expertos sostienen que la mayor parte de la violencia vivida en Ituri durante el periodo de 1999 y 2003 fue motivada económicamente, y que el aumento en la intensidad del conflicto se debió en gran medida al involucramiento de miembros del Ejército Nacional de Uganda, que explotaron el descontento social existente en el distrito para su propia ventaja económica³⁰⁴.

En el año 2003 la violencia alcanzó niveles tan extremos que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la Resolución número 1484, autorizando una intervención de emergencia en Bunia, capital de Ituri³⁰⁵.

Participación de la Unión de Patriotas Congolese y Thomas Lubanga Dyilo dentro del conflicto armado en Ituri

En este contexto de conflicto armado en Ituri, fue creada la Unión de Patriotas Congolese (UPC) el 15 de septiembre del 2000, grupo en el que el señor Thomas Lubanga Dyilo, miembro del grupo étnico Hema, nacido en Jiba y psicólogo de profesión, participó como miembro fundador³⁰⁶. Lubanga ingresó a la política entre los años 1999 y 2000 y

³⁰⁴ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 72 y 85.

³⁰⁵ Chris Jenks, “Law as Shield, Law as Sword: The ICC’s Lubanga Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Participation in Hostilities”. *U. Miami National Security & Armed Conflict Law Review* III (2013): 111.

³⁰⁶ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 81, y Ana Gemma López Martín, “La Corte Penal Internacional hace historia:

posteriormente fue electo dentro de la Asamblea del Distrito de Ituri³⁰⁷. A inicios del año 2002 fue electo como Ministro de Defensa de un grupo conocido como el Reagrupamiento Congoleño para la Democracia-Movimiento de Liberación Nacional (RCD-ML), que controlaba Ituri en esa época³⁰⁸.

En septiembre del 2002, el señor Lubanga fue escogido como Presidente de la UPC, que contaba con un ala militar denominada las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC) de la cual se convirtió en Comandante en Jefe. La UPC desde el mes de agosto del 2002 tenía el control de Bunia³⁰⁹, y para entonces contaba con unas 15.000 tropas, de las que se estima estaban conformadas en al menos un 40% por menores de 18 años³¹⁰. Se alega que más de tres mil niños fueron reclutados, alistados o utilizados por este grupo armado³¹¹, el cual se enfrentó en Ituri durante los años 2002 y 2003 a grupos

primer veredicto de culpabilidad y primera sentencia sobre reparación a las víctimas en el caso de El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”. *Foro, Nueva época* 15, no. 2 (2012): 258.

³⁰⁷ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párr. 6.

³⁰⁸ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 86; Stephanie Kammer, “Deconstructing Lubanga, the ICC First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo”, American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court (Columbia University Institute for the Study of Human Rights, 7 septiembre de 2012), 2, y Ana Gemma López Martín, “La Corte Penal Internacional hace historia: primer veredicto de culpabilidad y primera sentencia sobre reparación a las víctimas en el caso de El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”. *Foro, Nueva época* 15, no. 2 (2012): 258.

³⁰⁹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párrs. 7 y 8, y Chris Jenks, “Law as Shield, Law as Sword: The ICC’s Lubanga Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Participation in Hostilities”. *U. Miami National Security & Armed Conflict Law Review* III (2013): 110.

³¹⁰ Chris Jenks, “Law as Shield, Law as Sword: The ICC’s Lubanga Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Participation in Hostilities”. *U. Miami National Security & Armed Conflict Law Review* III (2013): 110.

³¹¹ Ana Gemma López Martín, “La Corte Penal Internacional hace historia: primer veredicto de culpabilidad y primera sentencia sobre reparación a las víctimas en el caso de El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”. *Foro, Nueva época* 15, no. 2 (2012): 259.

armados pertenecientes a la etnia Lendu, como la Armada Popular Congoleesa y la Fuerza de Resistencia Patriótica con el fin de conquistar Ituri³¹².

Breve historia procesal del caso seguido contra Thomas Lubanga ante la Corte Penal Internacional

El Presidente Joseph Kabila de República Democrática del Congo en marzo del 2004, refirió la situación de dicho Estado a la Corte Penal Internacional. Por ello, la Fiscalía de la Corte abrió la investigación el 23 de junio de 2004. El 5 de julio de 2004 la Presidencia del Tribunal asignó la Situación de la República Democrática del Congo a la Sala de Cuestiones Preliminares I.

El 10 de febrero de 2006, en el marco de la investigación seguida, la Sala emitió una orden de arresto contra Thomas Lubanga, quien fue arrestado en dicho Estado entre los días 16 y 17 de marzo de ese mismo año, y posteriormente trasladado al centro de detención de la Corte Penal Internacional³¹³.

Los cargos que se le imputaron fueron en calidad de coautor bajo los artículos 8(2)(e)(vii) y 25(3)(a) del Estatuto, por el crimen de guerra de reclutar y alistar niños menores de 15 años dentro de la UPC y FPLC entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de

³¹² Ana Gemma López Martín, “La Corte Penal Internacional hace historia: primer veredicto de culpabilidad y primera sentencia sobre reparación a las víctimas en el caso de El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”. *Foro, Nueva época* 15, no. 2 (2012): 259, y Chris Jenks, “Law as Shield, Law as Sword: The ICC’s Lubanga Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Participation in Hostilities”. *U. Miami National Security & Armed Conflict Law Review* III (2013): 111.

³¹³ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párrs. 13 y 16, y Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 9 y 125.

diciembre de 2003, y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; en el contexto de un conflicto armado no internacional.

La audiencia de confirmación de cargos tuvo lugar durante los días 9 y 28 de noviembre de 2006. El 29 de enero de 2007 la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió su Decisión de Confirmación de Cargos en contra de Thomas Lubanga, donde confirmó que existía suficiente evidencia como para creer que este era responsable, como coautor, de los cargos de alistar o reclutar niños menores de 15 años en las FPLC y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades bajo el artículo 8(2)(b)(xxvi) entre inicios de septiembre de 2002 y el 2 de junio de 2003, y durante el periodo del 2 de junio al 13 de agosto de 2003 bajo el artículo 8(2)(e)(vii)³¹⁴.

A lo largo de los procedimientos se presentaron cuatro eventos procesales significativos: (i) la suspensión de los procedimientos entre los meses de junio y noviembre de 2008 como consecuencia del fallo de la Fiscalía en revelar una cantidad significativa de evidencia potencialmente exculpatoria cubierta por algunos acuerdos de confidencialidad; (ii) la emisión de una Decisión por parte de la Sala de Juicio en la que notificó a las partes y participantes que la caracterización legal de los hechos podría ser modificada; (iii) una segunda paralización de los procedimientos entre los meses de julio a octubre del 2010 a raíz de que la Fiscalía no había cumplido con la orden de revelar el nombre de un intermediario dentro del proceso, y (iv) la solicitud de la Defensa de que se dieran por terminados permanentemente todos los procedimientos, al considerar que al menos cuatro

³¹⁴ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párrs. 9, 20, 30, 157 y 158.

de los intermediarios utilizados por la Fiscalía habían preparado pruebas falsas y que la Fiscalía había fallado en su obligación de investigar su confiabilidad. Esta última solicitud fue negada por la Sala el 23 de febrero de 2011.

Durante el juicio fueron escuchados 36 testigos y se llevaron a cabo 204 días de audiencia. En total, se recibieron 1373 piezas de evidencia. Asimismo, se autorizaron a 129 víctimas para participar en los procedimientos. La mayoría de estas víctimas eran personas que fueron niños soldados, mientras que otros eran padres o parientes de estos niños y una escuela³¹⁵.

Finalmente, el 14 de marzo de 2012 la Corte Penal Internacional emitió su primer Sentencia desde la creación del Tribunal³¹⁶. En dicho Fallo, el señor Thomas Lubanga fue condenado, en calidad de coautor, por el crimen de guerra de reclutar y alistar niños menores de 15 años así como por utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. El 10 de junio de 2012, se le impuso una pena de 14 años de prisión. La Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional confirmó, por mayoría, el veredicto de la Sala de Juicio el 1 de diciembre de 2014³¹⁷. Actualmente se encuentra en apelación la decisión adoptada por la Sala de Juicio sobre los principios y el criterios a ser implementados para reparar a las víctimas del caso.

³¹⁵ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 10, 11 y 17.

³¹⁶ Esta Sentencia fue dictada por la Sala de Juicio I, conformada por los Jueces Adrian Fulford, de Inglaterra, quien fungió como Presidente; Elizabeth Odio Benito, de Costa Rica, y René Blattmann, de Bolivia. El Juez Fulford y la Jueza Odio Benito redactaron votos separados y parcialmente disidentes sobre determinados aspectos de la Sentencia. Sin embargo, el veredicto fue unánime. Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Case Information Sheet ICC-PIDS-CIS-DRC-01-011/14_Eng de 15 de diciembre de 2014.

³¹⁷ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Apelaciones de 1 de diciembre de 2014.

En este proceso, se determinó que el señor Thomas Lubanga era el Presidente, comandante en jefe y líder político de la Unión de Patriotas Congolese. Según la Corte, la UPC y su ala militar, la Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo, participó en un conflicto armado interno en la región de Ituri, República Democrática del Congo, entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003. Durante este periodo, les encontró que el ala armada de este grupo era responsable por el reclutamiento generalizado de menores, incluyendo niños menores de quince años, quienes eran transportados a campos militares donde debían soportar fuertes regímenes de entrenamiento y eran sujetos a castigos. Además, participaban de los enfrentamientos y algunos eran utilizados como guardas militares. Inclusive, se tuvo por probado que una unidad especial conocida como la “Unidad Kadogo” (Kadogo Unit) estaba compuesta principalmente por niños menores de 15 años³¹⁸.

Sección II. Criterios adoptados por la Corte Penal Internacional respecto de los elementos de reclutamiento y alistamiento de niños

La Sala de Cuestiones Preliminares en la Decisión de Confirmación de Cargos, hizo referencia a que la conscripción y el alistamiento son dos formas distintas de reclutamiento, siendo la primera de carácter forzado y la segunda de carácter voluntario. Asimismo, afirmó que se trata de una ofensa de naturaleza continuada, ya que se sigue cometiendo mientras que el niño permanezca en los grupos armados o fuerzas, y cesa

³¹⁸ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Case Information Sheet ICC-PIDS-CIS-DRC-01-011/14_Eng de 15 de diciembre de 2014.

cuando este deja el grupo o alcanza la edad de 15 años. Este criterio fue respaldado por la Sala de Juicio, que interpretó que el alistamiento se define como el enrolarse en la lista de un cuerpo militar y la conscripción como enrolamiento obligatorio.

En la fase de juicio, la Defensa alegó que ni el Estatuto de Roma ni la Sala de Cuestiones Preliminares definieron el concepto de alistamiento, y sugirió que en los procedimientos penales no se debería utilizar el enfoque amplio utilizado en algunos instrumentos internacionales para otorgar la mayor protección posible a los niños, sino que se deberían aplicar únicamente aquellos criterios que hayan sido estrictamente definidos.

Por ello, la Defensa consideró que debería entenderse por el término alistamiento la integración de una persona como soldado en el contexto de un conflicto armado, con el propósito de participar activamente en las hostilidades a nombre del grupo armado. Bajo esta definición, la postura de la Defensa era que quienes no ejecutaran un rol militar y no estuvieran asignados a funciones relacionadas a las hostilidades, pese a que estuvieran dentro de un grupo armado, no deberían ser tratados como personas alistadas por el grupo o fuerza armada³¹⁹. Ello, siguiendo el criterio del voto disidente del Juez Robertson de la Corte Especial para Sierra Leona, quien consideró que *“el alistamiento de niños voluntarios podría ser excusado si ellos son aceptados dentro de la fuerza solo para tareas de no combate, detrás de las líneas de frente”*³²⁰.

³¹⁹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párrs. 246-248, y Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 579, 581, 582, 608 y 618.

³²⁰ Traducción propia. El extracto original indica: “[...] enlistment of child volunteers might be excused if they are accepted into the force only for non-combatant tasks, behind the front lines”. Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de

En respuesta a los argumentos presentados por la Defensa, la Sala de Juicio determinó que el estatus de un niño menor de 15 años que haya sido enlistado o reclutado es independiente a cualquier periodo posterior donde este pueda ser o no utilizado para participar activamente en las hostilidades, por lo que el Estatuto de Roma no requiere que el propósito detrás de su reclutamiento o alistamiento sea el de utilizarlo en dentro del conflicto. Siguiendo este criterio, la Sala rechazó el alegato de considerar que el alistamiento consiste en la integración de una persona como soldado con el propósito de participar activamente en las hostilidades.

A lo largo del juicio también se discutió sobre la existencia real o no de consentimiento por parte de un niño de unirse a un grupo armado. Al respecto, la perito Elisabeth Schauer manifestó que desde el punto de vista psicológico, los niños no pueden dar un consentimiento informado para unirse a un grupo armado, porque tienen un entendimiento limitado de las consecuencias de su decisión, no controlan o comprenden plenamente las estructuras o fuerzas con que lidian, ni tienen un entendimiento adecuado de las consecuencias a corto y largo plazo de sus acciones³²¹.

En esta misma línea se pronunció la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Niños y Conflictos Armados, que señaló que el reclutamiento y alistamiento no siempre se basa en el uso de la fuerza, sino que toma lugar en un contexto de pobreza, rivalidad étnica

2012, párr. 582, y Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Sam Hinga Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la Moción Preliminar basada en la Falta de Jurisdicción (Reclutamiento de Niños), Opinión Disidente del Juez Robertson de 31 de mayo de 2004, párr. 9.

³²¹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 609 y 610.

y motivación ideológica, donde muchos niños se unen a los grupos armados para sobrevivir, poder alimentarse, defender un grupo étnico o por considerar que los líderes militares son modelos a seguir. Además, muchas veces los niños provienen de familias que han perdido a algunos de sus miembros durante el conflicto armado.

En virtud de ello, la Sala de Juicio concluyó que frecuentemente los niños y niñas no pueden dar un consentimiento informado y genuino para unirse a un grupo armado. Asimismo, consideró que el consentimiento del niño no constituye una defensa válida. Sin embargo, estimó que la manera en que niño fue reclutado o enlistado podría ser tomado en consideración al momento de dictar sentencia y en fase de reparaciones³²².

En el caso concreto, la Sala encontró que el UPC/FPLC reclutó y enlistó niños menores de 15 años en sus filas como práctica sistemática conocida por la población Hema y que tuvo como objetivo un gran número de jóvenes. Según la evidencia obtenida, las FPLC reclutaban forzosamente niños de diversas localidades, y el señor Thomas Lubanga participó, al menos en una ocasión, en la conscripción de grupos de niños personalmente. Además, algunos menores se unían “voluntariamente” o eran ofrecidos por sus padres al grupo, algunos a causa de los llamados de movilización dirigidos a la población Hema y otros movidos por el deseo de venganza luego de perder a algún ser querido en manos de alguno de los otros grupos que participaban del conflicto. Estos niños eran aceptados por las FPLC³²³.

³²² Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 611, 613 y 617.

³²³ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párrs. 250-252.

Según un decreto publicado el 1 de junio de 2003 Thomas Lubanga, actuando como Presidente de la UPC, ordenó la desmovilización de toda persona menor de 18 años que estuviera dentro de las filas de las FPLC. Sin embargo, la Corte no obtuvo pruebas que demostraran que esa orden hubiese sido ejecutada³²⁴.

Además, en el marco del proceso se confirmó que algunos niños pequeños se unían al ejército luego de que sus padres fueran asesinados. También, uno de los testigos presentados por la Fiscalía demostró que si los niños de catorce años eran capaces de portar y disparar un arma eran considerados elegibles para servir como soldados. A partir de ello y de otros testimonios que indicaban haber visto niños en los cuarteles generales, la Sala concluyó que la edad de los niños no fue tomada en consideración al decidir reclutarlos, sino que al contrario, se utilizaban criterios como el tamaño de los niños y su habilidad para sostener un arma y participar en entrenamientos como factores significativos para determinar si debían o no ser reclutados. Inclusive, un testigo manifestó que varios de los niños que ingresaron en programas de desmovilización en el 2001 volvían luego a las fuerzas armadas de la UPC³²⁵.

Un declarante afirmó que durante el 2002 y 2003 cuando Thomas Lubanga se encontraba como líder de la UPC, aquellos que no se volvían a unir a la fuerza armada se encontraban en riesgo de que ellos o sus familias fueran amenazados o atacados. Muchos

³²⁴ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párr. 255.

³²⁵ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 760-765.

niños entre los 9 y 18 años presuntamente desmovilizados eran visto luego en sus ciudades utilizando vestimenta militar y cargando fusiles de asalto y otras armas. Asimismo, una declarante que trabajó dentro de la Misión de las Naciones Unidas en República Democrática del Congo documentó al menos casos de 167 niños asociados con la UPC antes de mayo de 2004, de los cuales 71 eran menores de 15 años cuando fueron reclutados o usados durante estos años.

Respecto al proceso de reclutamiento y movilización, la Corte recibió pruebas que demostraban que en aquellas comunidades que decidían no entregar a sus niños se ejercía mayor presión. Un declarante ofreció prueba del proceso de movilización, el cual le fue descrito por un oficial de alto rango dentro de la UPC. Este señaló que sabios o ancianos de varias villas persuadían a la población para que pusieran a los jóvenes al servicio de la UPC para contribuir a la protección de su grupo étnico contra los Lendu. En apoyo a esta prueba, la Corte accedió a un vídeo en el que se mostraba un discurso dado por el consejero especial del Presidente y consejero militar de la UPC en el campamento de entrenamiento de este grupo en Katoto, donde agradecía a los niños por el trabajo que realizaban.

La Corte también observó que en el vídeo de una vista hecha por Thomas Lubanga al campamento de entrenamiento de Rwampara el 12 de febrero de 2003 se muestran claramente reclutas menores de 15 años portando armas y uniforme militar.

En virtud de los elementos de prueba presentados durante el juicio, la Corte concluyó que niños menores de 15 años eran entrenados en los cuarteles generales de la

UPC/FPLC en Bunia o en los campamentos militares de Rwampara, Mandro y Mongbwalu durante el periodo de julio de 2002 a agosto de 2003³²⁶.

Sección III. Criterios adoptados por la Corte Penal Internacional con respecto a la utilización de niños en las hostilidades

La Sala de Cuestiones Preliminares en la Decisión de Confirmación de Cargos, sostuvo que el término “participación activa” no se refería únicamente a la participación directa en hostilidades o combate, sino que también cubría la participación activa en acciones relacionadas con el combate como la exploración, espionaje, sabotaje y el uso de niños como mensajeros, señuelos o en puntos de control militar, con base en la nota explicativa que había sido incluida en el borrador de Estatuto preparado por el Comité Preparatorio.

Por otra parte, consideró que dicho crimen no aplica si la actividad en cuestión está claramente no relacionada con las hostilidades, por lo que no aplicaría en los casos de entrega de comida en una base aérea o en el uso de staff doméstico. Sin embargo, si el niño es utilizado para proteger objetivos militares como cuarteles, o para cuidar la seguridad física de comandantes militares, el crimen sí se configuraría, ya que la acción tendría un impacto directo en el nivel de recursos logísticos y en la organización de las operaciones de las partes en conflicto³²⁷.

³²⁶ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 765-774, 791, 792 y 819.

³²⁷ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párrs. 261-263.

Según la evidencia presentada ante la Sala de Juicio, una vez que los niños eran reclutados los llevaban a campamentos de entrenamiento militar donde se les sometía a disciplina rigurosa y estricta, a agotadores ejercicios físicos y eran entrenados en el uso de armas de fuego. Al final de su preparación usualmente recibían un uniforme militar, un arma de fuego y municiones; y eran enviados a la línea de frente a combatir, donde muchos eran obligados a matar y otra gran cantidad perdía su vida en combate³²⁸.

En la fase de juicio, la Fiscalía argumentó que la protección a los niños soldados no se encuentra restringida únicamente a aquellos que combaten activamente, sino que también contempla a aquellos niños cuyo rol es esencial para el funcionamiento del grupo armado, sea trabajando como cocineros, mensajeros o cuando son utilizados para propósitos sexuales a través del matrimonio forzado. Asimismo, acuñó la postura de la Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Niños y Conflictos Armados, quien sugirió que los niños utilizados como cocineros, mensajeros, enfermeros y traductores, así como los que son explotados sexualmente deberían ser vistos como individuos que proveen un apoyo esencial al grupo armado. En consecuencia, abogó por que la Corte adoptara una interpretación amplia que asegurara una mayor protección para los niños soldados y que previniera su uso en actividades relacionadas a las hostilidades³²⁹.

³²⁸ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007, párr. 265-266.

³²⁹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 574, 577 y 578.

La Defensa criticó la postura seguida por la Sala de Cuestiones Preliminares que solo excluyó aquellas actividades claramente no relacionadas con las hostilidades, al considerarla excesivamente amplia y violatoria del artículo 22(2) del Estatuto de Roma, referente al principio de legalidad³³⁰. Además, se apoyó en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda para afirmar que el término participación activa en las hostilidades debe ser interpretado como un sinónimo de participación directa. Asimismo, la Defensa sostuvo que la nota a pie incluida en el borrador del Estatuto de Roma constituía una base insuficiente para extender el concepto de participación activa.

Por su parte, la Representación Legal de las Víctimas subrayó que existe una distinción entre los conceptos de participación directa y activa, y alegó que los redactores del Estatuto deliberadamente escogieron este último término con la intención de cubrir un mayor rango de actividades³³¹. En este sentido, argumentó que la participación activa cubre tanto la participación directa e indirecta, y se basó en las declaraciones de la Representante Especial de Naciones Unidas sobre Niños y Conflictos Armados, los Principios de Cape Town, los Principios de París y la Declaración Solemne de la Unión Africana sobre Equidad de Género en África para sostener que el término participar activamente debe ser interpretado de forma tal que proteja a las niñas reclutadas en fuerzas armadas para propósitos sexuales.

³³⁰ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), artículo 22(2).

³³¹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 583, 584, 587 y 590.

Al respecto, la Sala de Juicio consideró en su Sentencia que los trabajos preparatorios del Estatuto sugieren que la participación directa no es necesaria, sino que lo que se requiere es un nexo con el combate, todo ello basado en la nota al pie, contemplada en el borrador de Estatuto. Según la Sala, el uso de la expresión participar activamente en las hostilidades en vez del término participación directa fue hecho claramente para otorgarle una interpretación más amplia. En respaldo a este criterio resaltó que el Protocolo Adicional II no incluyó la palabra “directa”³³².

Aunado a ello, el Tribunal resaltó que un amplio rango de individuos participan activamente de las hostilidades, desde aquellos que están en las líneas de combate hasta los niños o niñas que participan en diversos roles en apoyo a los combatientes. De este modo, consideró que “[t]odas estas actividades, que cubren tanto la participación directa o indirecta, tienen una característica común: el niño en cuestión es, al menos, un potencial objetivo”. La Sala concluyó que el factor decisivo para decidir si un rol indirecto debe ser tratado como participación activa en hostilidades es si el apoyo brindado por el niño a los combatientes lo expuso a un peligro real como un objetivo potencial, y estimó que el determinar si una actividad particular constituye participación activa en las hostilidades debe hacerse en un análisis caso por caso³³³.

A partir de esta conclusión, es que se entiende que la Corte creó un nuevo test para valorar si un niño participa o no activamente en las hostilidades, el cual se encuentra basado

³³² Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 598, 621 y 627.

³³³ Traducción propia. El extracto original dice: “All of these activities, which cover either direct or indirect participation, have an underlying common feature: the child concerned is, at the very least, a potential target”. Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 628.

finalmente en si el niño se ve expuesto a un riesgo o peligro real a raíz de la actividad llevada a cabo.

En el caso concreto, la Sala de Juicio concluyó que entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003 el ala armada de la UPC/FPLC fue responsable por el reclutamiento generalizado de jóvenes y niños menores de 15 años. Durante este periodo algunos líderes, tales como Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda, fueron particularmente activos en las campañas de reclutamiento y movilización dirigidas a las familias Hema para que enviaran a sus niños a servir en el ejército de la UPC/FPLC.

Al respecto, se consideró que las declaraciones rendidas por nueve testigos ofrecidos por la Fiscalía así como las evidencias en video y otras pruebas documentales demostraron que niños menores de 15 años fueron reclutados voluntaria o forzadamente dentro de la UPC/FPLC, y eran posteriormente enviados a sus sedes o campos de entrenamiento.

A partir de estas pruebas, se detalló que la mayoría de niños obtenían armas y uniformes una vez finalizado su entrenamiento. Éstos participaban posteriormente en los combates como soldados o guardaespaldas de los comandantes. Algunos niños murieron en enfrentamiento, y se contó con declaraciones de niños menores de 15 años que indicaban que desde los 10 años habían sido reclutados y participado en las batallas³³⁴.

³³⁴ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 821, 823, 824, 911 y 912.

Sobre el uso de niños soldados como guardias militares, se recibieron declaraciones que referían a niños de 10, 11 o 12 años fungiendo como guardias de la UPC/FPLC, por lo que la Sala consideró que un número significativo de niños menores de 15 años fueron utilizados por la UPC/FPLC como guardias militares. Además, se recibió evidencia de su uso como guardaespaldas de los comandantes y de otros altos mandos de la UPC/FPLC, e inclusive en un caso se indicó que un niño de 14 años trabajaba como guardaespaldas con un permiso expreso del señor Lubanga. Por su parte, un testigo señaló que en varias visitas hechas a la residencia del señor Lubanga observó a niños de 9 y 10 años laborando como guardaespaldas, protegiendo la residencia. Esta declaración fue respaldada a partir de varios videos donde se muestra al señor Lubanga en distintos sitios con niños claramente menores de 15 años actuando como sus guardaespaldas.

En el marco del proceso, se recibieron también pruebas donde se mostraba que algunos niños, en su mayoría niñas, eran utilizadas a trabajo doméstico y sujetas a violencia sexual y violaciones, siendo el rol principal de varias niñas asistir a los comandantes, cocinarles o realizar trabajos en sus hogares. A partir de ello, la Sala concluyó que un número significativo de niñas menores de 15 años fueron utilizadas para trabajos domésticos, adicionalmente a las otras tareas que realizaban como soldadas de la UPC/FPLC, que incluían participar en combate, unirse a patrullajes o actuar como guardaespaldas³³⁵.

³³⁵ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 831, 833, 838-840, 858-865 y 879-882.

Sin embargo, la Sala consideró que los alegatos presentados por las partes sobre la presunta violencia sexual no formaban parte de los cargos seguidos contra el imputado, y que la Fiscalía en ningún momento solicitó que se enmendaran los cargos, pese a que se refirió a la violencia sexual en sus argumentos.

Por ello, el Tribunal estimó que la Fiscalía falló al no solicitar que se incluyera la violación y esclavitud sexual en las etapas procesales correspondientes, y determinó que al momento de dictar la Sentencia la Corte no debía excederse más allá de los alegatos fácticos descritos en los cargos y sus enmiendas. Finalmente, la Corte señaló que sin importar si la violencia sexual deba incluirse o no dentro del elemento de utilizar niños para participar activamente en las hostilidades, no correspondía referirse a ella en la Sentencia, al no haber sido incluidos los hechos en la Decisión de Confirmación de Cargos.

En cuanto a la responsabilidad penal internacional endilgada al señor Thomas Lubanga, la Sala concluyó más allá de toda duda razonable que el acusado, como Presidente y Comandante en Jefe de la UPC/FPLC, se encontraba en posición de confeccionar políticas dentro del grupo y dirigir las actividades de sus co-perpetradores. Asimismo, consideró que el señor Lubanga jugaba un papel esencial en el apoyo logístico de las operaciones llevadas a cabo por sus tropas, y que su rol era fundamental en la implementación de un plan común para cometer el crimen³³⁶.

³³⁶ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párrs. 629, 630 y 1270.

Respecto al conocimiento e intención necesarios en virtud del artículo 30 del Estatuto, la Corte señaló que el señor Lubanga conocía que el reclutamiento de niños se encontraba prohibido, y que habían niños dentro de las filas de la UPC/FPLC pese a su prohibición. Prueba de ello son las ordenes de desmovilización que fueron dictadas por el imputado, de las cuales no existe certeza de que hayan sido efectivamente implementadas, al continuar el reclutamiento y uso de los niños³³⁷.

Asimismo, indicó que la evidencia demostraba que el señor Lubanga era constantemente informado de las operaciones llevadas a cabo por el FPLC, participaba del planeamiento de las operaciones militares, jugaba un papel crítico en la labor logística del grupo, y se involucraba en las decisiones sobre la política de reclutamiento, las cuales apoyaba activamente. Cabe resaltar que el Tribunal determinó que en el discurso brindado en el campamento militar de Rwampara, incitó a niños, incluidos los menores de 15 años, a unirse al ejército y a brindar seguridad a la población una vez que abandonaran el entrenamiento militar; y además, subrayó que Thomas Lubanga utilizaba personalmente niños de estas edades como sus guardaespaldas³³⁸.

En virtud de ello, la Sala concluyó que el acusado en compañía de otros co-perpetradores participó de un plan común para formar un ejército para mantener el control político y militar sobre Ituri, y que como resultado de la implementación de este plan, niñas y niños menores de 15 años fueron reclutados y alistados por la UPC/FPLC o utilizados

³³⁷ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 1346.

³³⁸ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Case Information Sheet ICC-PIDS-CIS-DRC-01-011/14_Eng de 15 de diciembre de 2014.

para participar en las hostilidades. Finalmente, declaró al señor Thomas Lubanga Dyilo culpable de los crímenes de reclutar y enlistar niños menores de 15 años y usarlos para participar activamente en las hostilidades de conformidad con los artículos 8(2)(e)(vii) y 25(3)(a) del Estatuto durante el periodo del 3 de septiembre de 2002 al 13 de agosto de 2003.

Los Jueces Adrian Fulford y Elizabeth Odio Benito emitieron votos separados y parcialmente disidentes en algunos puntos particulares de la Sentencia³³⁹. El Juez Fulford se refirió al artículo 25(3)(a), y discrepó con el abordaje hecho por la Sala de Juicio respecto a la teoría de control del crimen³⁴⁰. Por su parte, la Jueza Odio Benito disintió en tres aspectos: (i) la definición legal de los crímenes de alistar, reclutar y utilizar niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, (ii) el estatus dual de víctimas y testigos, y (iii) el valor probatorio de la evidencia rendida en vídeo³⁴¹. Al ser relevante para el presente trabajo las apreciaciones respecto a la definición legal de estos crímenes, a continuación se analizará el apartado pertinente del voto en cuestión.

³³⁹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012, párr. 1351, 1355, 1356, 1358 y 1364.

³⁴⁰ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio. Voto Separado del Juez Adrian Fulford de 14 de marzo de 2012, párr. 4.

³⁴¹ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio, Voto Separado de la Jueza Elizabeth Odio Benito de 14 de marzo de 2012, párr. 1.

Apreciaciones de la Jueza Odio Benito con respecto a la definición legal del crimen de reclutar, alistar o utilizar niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades

La Jueza Odio Benito consideró en su voto disidente que la mayoría de la Sala de Juicio falló en el abordaje de dos elementos: (i) el concepto de fuerzas armadas nacionales contemplado en del artículo 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto de Roma, y (ii) las actividades que deberían ser incluidas dentro de la definición legal de alistar, reclutar y utilizar para participar activamente en las hostilidades.

Según la Jueza, el Estatuto de Roma, los tratados internacionales y el derecho internacional consuetudinario buscan proteger a los niños de múltiples riesgos dentro del contexto de un conflicto armado, tales como los malos tratos, la violencia sexual y los matrimonios forzados. A raíz de ello, indicó que sería contrario al objeto y propósito del Estatuto, así como a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y discriminatorio bajo el artículo 21(3) no definir los conceptos legales de alistamiento, reclutamiento y uso para participar activamente en las hostilidades independientemente de la valoración que se hiciese de la evidencia en el caso concreto, o de los cargos presentados contra el acusado.

En este sentido, estimó que no era permisible que una Sala declinara definir comprensivamente un crimen y que lo dejara abierto a un análisis casuístico, ya que su responsabilidad es la de precisar los elementos de los crímenes basándose en el derecho

aplicable, y no limitados a los cargos hechos por la Fiscalía³⁴². Por ello, consideró que la mayoría del Tribunal se concentró en el único propósito de decidir sobre la inocencia o culpabilidad de un acusado. Sin embargo, para la Jueza los procedimientos deberían también atender al daño sufrido por las víctimas como resultado de los crímenes cometidos.

Respecto al caso en concreto, la Jueza Odio Benito manifestó que, pese a que la mayoría del Tribunal reconoció que se hizo referencia a la violencia sexual en el caso, pareciera que este confundió los alegatos fácticos del caso con el concepto legal del crimen al no incluir deliberadamente la violencia sexual y otros malos tratos dentro del concepto de participación activa. Según la Jueza la invisibilización de la violencia sexual dentro del concepto legal del delito conlleva discriminación contra las víctimas que sistemáticamente sufren de este crimen como parte intrínseca de su involucramiento en el grupo armado. Por ello, reflexionó que era necesario y un deber de la Sala incluir la violencia sexual dentro del concepto legal de “uso para participar activamente en hostilidades”.

También, estimó que si bien el factor decisivo para decidir si un rol indirecto debía ser considerado como participación es si el apoyo brindado por el niño a los combatientes lo expuso a un peligro real como potencial objetivo, es preciso determinar que independientemente de la tarea específica llevada a cabo, el niño puede sufrir un daño infligido por el propio grupo armado que lo reclutó, tal como sería en el caso de su uso para llevar a cabo actos catalogados como violencia sexual a favor de los combatientes³⁴³.

³⁴² Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio, Voto Separado de la Jueza Elizabeth Odio Benito de 14 de marzo de 2012, párrs. 4, 6, 7 y 15.

³⁴³ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio, Voto Separado de la Jueza Elizabeth Odio Benito de 14 de marzo de, párrs. 8 y 16-18.

La Jueza afirmó que la violencia sexual es un elemento intrínseco de la conducta criminal de “uso para participar activamente en las hostilidades”, y que las niñas utilizadas como esclavas sexuales o esposas de comandantes u otros miembros del grupo brindan un apoyo esencial al grupo armado. Sin perjuicio de ello, señaló que pese a que esta forma de violencia es un elemento de la definición legal del crimen de reclutar, alistar o utilizar niños, los crímenes de violencia sexual pudieron haber sido valorados separadamente por la Sala si la Fiscalía hubiese presentado los cargos correspondientes.

Finalmente, concluyó que la violencia sexual o esclavitud son actos ilegales y, en este caso, un daño directamente causado por la ilegalidad del crimen de alistar, reclutar y utilizar niños menores de 15 años en apoyo a los combatientes. Asimismo, sostuvo que si los crímenes de guerra considerados en este caso están dirigidos a asegurar el bienestar físico y psicológico de los niños, se debe reconocer la violencia sexual como un fracaso en alcanzar esta protección, y la violencia sexual como actos recogidos dentro del reclutamiento, alistamiento y uso de niños en hostilidades. Consideró que es discriminatorio excluir la violencia sexual, que muestra un claro impacto diferencial basado en el género, ya que sí se protege a los niños que actúan como guardaespaldas, y manifestó que el uso de los cuerpos de niñas y niños por parte de combatientes dentro o fuera del grupo armado es un crimen de guerra y que por tanto debió ser codificado en los cargos seguidos contra el imputado³⁴⁴.

³⁴⁴ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Juicio, Voto Separado de la Jueza Elizabeth Odio Benito de 14 de marzo de 2012, párrs. 20 y 21.

La Sentencia dictada por la Sala de Juicio el 14 de marzo de 2012 fue apelada. El 1 de diciembre de 2014 la Sala de Apelaciones confirmó, por mayoría el veredicto declarando al señor Lubanga como culpable, y la decisión de sentenciarlo a 14 años de prisión. En dicha Sentencia la Sala hizo referencia, entre otros, a la participación activa en hostilidades. A continuación, se resume la postura seguida por la Sala de Apelaciones, la cual es de carácter vinculante para el resto de Salas del Tribunal.

Criterios de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional respecto a la utilización de niños para participar activamente en hostilidades

En la Sentencia de Apelaciones, la Corte consideró que el término “participación activa” incluido en el artículo 8(2)(e)(vii) del Estatuto, no tiene que recibir la misma interpretación que los términos “activa” o “directa” utilizados en el contexto del principio de distinción entre combatientes y civiles, ya que tienen propósitos distintos.

Asimismo, señaló que ni el artículo 8(2) (e) (vii) ni el 8(2) (b) (xxvi) del Estatuto refieren a la exposición del niño a un peligro real como potencial objetivo como un criterio para determinar si este fue utilizado para participar activamente en hostilidades, sino que lo que se requiere es la existencia de un nexo entre la actividad y las hostilidades³⁴⁵. Para determinar este nexo, se basó en el Comentario del Comité Internacional de Cruz Roja a los Protocolos Adicionales y al borrador de Estatuto que había preparado la Comisión Preparatoria para utilizarlas como una guía de las actividades que constituyen el crimen, y

³⁴⁵ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Apelaciones de 1 de diciembre de 2014, párrs. 324 y 333.

consideró que no era apropiado establecer otros parámetros en abstracto. Por ello, concluyó que la determinación de si una actividad particular cabe dentro de la definición debe ser hecha bajo un análisis caso por caso.

Finalmente, la Sala de Apelaciones indicó que la Sala de Juicio había errado en derecho al encontrar que el factor decisivo en decidir si un rol indirecto debía ser tratado como participación activa era si el apoyo dado por el niño a los combatientes lo exponía a un riesgo real como posible objetivo. Sin embargo, consideró que esta no había fallado al estimar que la participación activa en hostilidades cubre un número más amplio de actividades y roles llevados a cabo por los niños³⁴⁶.

Análisis crítico a las posturas adoptadas por la Sala de Juicio y por la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en este caso

Si bien la Sentencia dictada en contra de Thomas Lubanga representa un importante logro en el marco del derecho internacional al ser la primer sentencia de un tribunal penal internacional de carácter permanente, no se encuentra exenta de críticas a nivel doctrinario.

Respecto al análisis hecho por la Corte sobre los elementos de reclutamiento y alistamiento, el Tribunal adoptó una postura concordante con los criterios vertidos por el Derecho Internacional Humanitario, la jurisprudencia de otros tribunales internacionales y la doctrina a la que se hizo referencia en el Capítulo anterior, al concluir que los elementos de reclutamiento/conscripción y alistamiento responden a dos actividades distintas, siendo

³⁴⁶ Corte Penal Internacional, *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Sentencia de Apelaciones de 1 de diciembre de 2014, párrs. 335 y 341.

que una implica coacción mientras que la otra hace referencia a una supuesta voluntariedad. De las conclusiones emitidas por la Corte respecto a estos elementos se debe destacar que el reclutamiento o alistamiento son actividades de carácter continuado, por lo que la comisión del crimen perdura en el tiempo hasta que el niño abandone el grupo o cumpla los 15 años, y que no se requiere que el niño haya sido utilizado en las hostilidades para su configuración.

Sin embargo, los criterios vertidos por la Corte con respecto a la noción de participación activa en hostilidades han sido objeto de debate para algunos autores, por lo que a continuación se expondrán algunas de las críticas planteadas por estos³⁴⁷.

Una de las críticas abordadas es que el Tribunal fue más allá de la jurisprudencia de la Corte Especial para Sierra Leona al abordar los elementos de los crímenes, pese a que había destacado la similitud existente entre el Estatuto de Roma y el de la Corte Especial para Sierra Leona respecto de las disposiciones que regulan este crimen³⁴⁸. Además, reflejan que no se incluyó la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda sobre la participación

³⁴⁷ Thomas R. Liefänder, “The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?” *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 1 (2012): 201; Nicole Urban, “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga”. *Ejil: talk* (11 de abril de 2012) <http://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/> (consultado el 8 de junio de 2016); Cecile Aptel, “Lubanga Decision Roundtable: The Participation of Children in Hostilities”. *Opinio Juris* (18 de marzo de 2012) <http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-the-participation-of-children-in-hostilities/> (consultado el 8 de junio de 2016), y Roman Graf, “The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment”. *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012): 963.

³⁴⁸ Thomas R. Liefänder, “The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?” *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 1 (2012): 198.

en hostilidades, y no consideró las reglas de interpretación de los tratados³⁴⁹ contempladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al momento de desarrollar el concepto de participación activa.

Ello, en cuanto a que la Corte Penal Internacional consideró que la expresión “participación activa” es un concepto distinto y más amplio que la de “participación directa en hostilidades”. Esta postura ha sido considerada por autores como Nicole Urban y Leandro Díaz como potencialmente dañinas en la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional³⁵⁰ al no seguir los principios y regulaciones vertidas por el Derecho Internacional Humanitario para el análisis de un crimen de guerra, y al no adoptar los *“esfuerzos realizados en el marco del Derecho Internacional Humanitario por establecer un concepto unitario de participación en las hostilidades”*³⁵¹.

No solo la Corte realizó una distinción entre los conceptos de participación activa y participación directa, sino que inclusive otorgó una definición de participación directa en el caso Lubanga significativamente distinta a la existente en el marco del Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, Díaz ha sostenido que esta situación puede conllevar a que *“el autor podría haber utilizado a los niños legítimamente durante el*

³⁴⁹ Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 17.

³⁵⁰ Nicole Urban, “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga”. EjiL: talk (11 de abril de 2012) <http://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/> (consultado el 8 de junio de 2016), y Leandro Díaz, “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”. *En Letra 1* (Buenos Aires: 2014), 28 y 29.

³⁵¹ Leandro Díaz, “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”. *En Letra 1* (Buenos Aires: 2014), 28.

conflicto, pero luego ser condenado, porque esta participación indirecta permitida luego se convertiría en una participación activa prohibida para el Derecho Penal Internacional. Esto último genera una contradicción entre dos regímenes especializados del derecho internacional a partir del conflicto entre dos normas”³⁵².

El análisis del elemento de utilización para participar activamente en las hostilidades llevó a los Jueces a considerar un rango de interpretaciones varias, siendo la más restrictiva aquella que sostiene que dicho enunciado únicamente prohíbe el uso de niños como portadores de armas o combatientes en líneas de frente, mientras que la más amplia constituye aquella que puede comprender cualquier acto que coloque a un niño en servicio de un ejército o grupo armado, sea en sus campos bases o en las líneas de frente³⁵³.

La mayoría del Tribunal de Juicio optó por un término medio, apoyándose en el criterio de que el niño debe haber sido expuesto a un riesgo real como potencial objetivo³⁵⁴. Sin embargo, la Sala de Apelaciones concluyó que no era necesaria la existencia de una situación de riesgo real, sino únicamente un nexo entre la actividad y las hostilidades, ampliando el margen discrecional del Tribunal. Por ello, en vez de otorgar la Corte una definición jurídica de lo que comprende la participación activa, optó por la realización de

³⁵² Leandro Díaz, “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”. *En Letra* 1 (Buenos Aires: 2014), 40.

³⁵³ Diane Marie Amann, “Children and the first verdict of the International Criminal Court”. *12 Wash. U. Glob. Stud L. Rev.* 411 (2013): 422.

³⁵⁴ Diane Marie Amann, “Children and the first verdict of the International Criminal Court”. *12 Wash. U. Glob. Stud L. Rev.* 411 (2013): 422.

un análisis caso por caso, que dependerá a fin y al cabo de la prueba presentada en cada caso³⁵⁵.

Esta situación ha llevado al planteamiento de una discusión respecto de los posibles efectos contraproducentes que podría tener el modificar la interpretación del término de participación activa y alejarla del concepto de participación directa, al poder restringir consecuentemente el acceso de los niños a la protección otorgada a civiles bajo el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y el artículo 8 del Estatuto de Roma, ya que significaría que bajo otros artículos del Estatuto estos niños podrían ser considerados como combatientes³⁵⁶.

De este modo, si bien con la interpretación de la Corte en el caso concreto se cubrieron más causales de responsabilidad en contra del señor Lubanga, en la práctica dicha interpretación podría llegar a simbolizar, según las críticas planteadas por estos autores, una disminución en el ámbito de protección dado bajo el Derecho Internacional Humanitario a los niños, al catalogarlos como participantes en las hostilidades, y apartándolos así de la protección otorgada a los civiles de no poder ser objeto de ataques directos³⁵⁷. Así lo

³⁵⁵ Michael E. Kurth, “The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age and Gravity”. *Goettingen Journal of International Law* 5, no. 2 (2013): 439.

³⁵⁶ Nicole Urban, “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga”. Ejil: talk (11 de abril de 2012) <http://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/> (consultado el 8 de junio de 2016); Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 300 y Leandro Díaz, “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”. *En Letra* 1 (Buenos Aires: 2014), 24.

³⁵⁷ Chris Jenks, “Law as Shield, Law as Sword: The ICC’s Lubanga Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Participation in Hostilities”. *U. Miami National Security & Armed Conflict Law Review* III (2013): 118-119, y Leandro Díaz, “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”. *En Letra* 1 (Buenos Aires: 2014), 24.

consideró la Corte Especial para Sierra Leona en el caso *Fiscalía vs. Sesay, Kallon y Gbao*, donde estableció que una definición ampliamente expansiva del término participación activa en hostilidades sería inapropiado, al conllevar que los niños asociados con los grupos armados pierdan su estatus de protección como personas fuera de combate u *hors de combat*³⁵⁸.

Es necesario recordar además que la Corte Penal Internacional es, ante todo, un tribunal penal que debe respetar los principios generales del derecho y las garantías del debido proceso³⁵⁹. Por ello, se ha alegado por parte de autores como Kurth, Happold y Díaz, que una interpretación que amplíe de forma excesiva el tipo penal, como lo sería por ejemplo considerar las violaciones llevadas a cabo por miembros del grupo armado en contra de niños o niñas dentro del concepto de uso activo, o la realización de trabajos domésticos, matrimonios forzados o el transporte de alimentos en sitios fuera de las zonas de combate, atentaría en forma clara contra el principio de *nullum crimen sine lege* regulado en el artículo 22 del Estatuto³⁶⁰. En este sentido, el autor Michael E. Kurth concluye que “*la Corte Penal Internacional no sería una corte de derecho si condena a un*

³⁵⁸ Corte Especial para Sierra Leona, *Fiscalía vs. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (Caso RUF)*, SCSL-04-15-T, Sentencia de Juicio de 2 de marzo de 2009, párr. 1723, y Roman Graf, “The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment”. *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012): 963.

³⁵⁹ Michael E. Kurth, “The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age and Gravity”. *Goettingen Journal of International Law* 5, no. 2 (2013): 442.

³⁶⁰ Michael E. Kurth, “The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age and Gravity”. *Goettingen Journal of International Law* 5, no. 2 (2013): 442; Matthew Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni (Leiden: Brill, 2009) <http://ssrn.com/abstract=979916> (consultado el 8 de junio de 2016), 26, y Leandro Díaz, “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”. *En Letra* 1 (Buenos Aires: 2014), 28.

acusado por ciertos crímenes solo porque esto parecería indispensable para proteger un grupo específico de víctimas lo mejor posible”³⁶¹.

Sin embargo, es menester destacar que la Corte Penal Internacional junto con la Corte Especial para Sierra Leona han establecido precedentes claves que influenciarán en la interpretación de los elementos del crimen a futuro, y que sientan las bases para ir poco a poco dotando de contenido este tipo penal, incluido por primera vez en su Estatuto³⁶². El éxito de la Corte Penal Internacional a futuro depende del apego a los principios generales del Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos bajo estricta legalidad. Para ello, el Estatuto de Roma representa, finalmente, la mayor herramienta al alcance de la Corte para hacer llegar justicia a las víctimas de los atroces crímenes por ella conocidos, y contempla el listado de crímenes más abundante de un tribunal penal internacional, a fin de eliminar al máximo las posibilidades de que actos reprochables para la comunidad internacional queden en impunidad³⁶³.

³⁶¹ Traducción propia. El extracto original indica: “The ICC would not be a court of law if it would convict the accused for certain crimes only because it might seem indispensable to protect a specific group of victims as best as posible”. Michael E. Kurth, “The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age and Gravity”. *Goettingen Journal of International Law* 5, no. 2 (2013): 442.

³⁶² Julie McBride, *The War Crime of Child Soldier Recruitment* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014), 298-302.

³⁶³ Leandro Díaz, “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”. *En Letra* 1 (Buenos Aires: 2014), 29.

Conclusiones

La presente investigación permite concluir que en la actualidad no existe un consenso con respecto a la aplicación estricta de conceptualizaciones elaboradas en el marco del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional en cuanto al crimen de reclutar, alistar o utilizar niños para participar en hostilidades.

Si bien se pudo identificar que tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Penal Internacional confluyen en la interpretación que se ha dado a los elementos de reclutar y alistar niños menores de 15 años en grupos armados organizados o fuerzas armadas, ha quedado demostrado en este trabajo que se carece de consenso con respecto a la interpretación del término participación activa en las hostilidades, incluido en el artículo 8 del Estatuto de Roma.

En cuanto a los dos primeros elementos se concluye que el reclutamiento cubre, en ambas ramas del Derecho Internacional, aquellos casos en que los menores son obligados forzosamente a participar de un grupo o fuerza armada, por lo que media un elemento de coerción. Por su parte, el alistamiento corresponde al involucramiento voluntario del niño, que se ofrece a formar parte de la fuerza armada o grupo armado organizado. Asimismo, se ha considerado que ambas conductas no requieren que el niño haya sido efectivamente utilizado en las hostilidades para poder configurar un hecho ilícito, sino que basta con la acción de enrolar al menor para la comisión del crimen.

Respecto del elemento de participar activamente en las hostilidades se estima que en el seno del Derecho Internacional Humanitario el término “participación activa” recibe el mismo tratamiento que el de “participación directa”. Al respecto, es posible notar que el concepto de participación directa derivó de la participación activa, a partir de la adopción de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra en el año 1977. Esta ha sido la línea seguida por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que ha desarrollado inclusive una Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario.

De este modo, se concluye que bajo el Derecho Internacional Humanitario la participación directa corresponde a aquellos actos de guerra que por su naturaleza o propósito pueden causar un daño actual al personal y equipo de las fuerzas armadas enemigas, ejecutados como parte de la conducción de hostilidades en un conflicto armado. Dichos actos no se encuentran limitados a las actividades de combate como tales, sino que cubren también aquellas acciones realizadas en apoyo a las operaciones militares de una parte en conflicto. Para la identificación de estos actos se considera necesaria la existencia de tres elementos, a saber (i) un umbral de daño, (ii) causalidad directa entre el acto y el daño que pueda resultar de este, y (iii) un nexo beligerante que corresponda al propósito específico del acto.

A nivel del Derecho Penal Internacional, se nota que el Estatuto de Roma y el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona adoptaron el término “participación activa”, el cual ya se consideraba superado en el marco del Derecho Internacional Humanitario. Esta situación dio pie a un amplio debate respecto de si ambos términos son o no sinónimos

a la luz del Derecho Penal Internacional. En el marco de este debate, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia concluyeron que la participación activa y directa responden a un mismo estándar, al haber evolucionado este último concepto del de participar activamente en hostilidades. La Corte Especial para Sierra Leona consideró que el utilizar una definición ampliamente extensiva del término participación activa podría tener como consecuencia que los niños asociados a los grupos o fuerzas armadas perdieran su estatus de protección como civiles fuera de combate, al convertirse en objetivos legítimos de ataque bajo el Derecho Internacional Humanitario.

Sin embargo, la Corte Penal Internacional ha determinado que son estándares distintos, según la interpretación jurídica realizada en el caso Lubanga. Al respecto, el estudio aquí realizado denota que la Corte se centró en la nota al pie explicativa incluida en el borrador del Estatuto de Roma preparado por la Comisión Preparatoria para sostener que la intención de los Estados era el de distinguir entre la participación directa y activa, a fin de cubrir un rango mayor de actividades. Asimismo, se muestra que, a criterio de este Tribunal, el término de participación directa únicamente corresponde al combate en las líneas de frente. Por ello, expresamente marcó una distinción entre los conceptos incluidos dentro del Estatuto de Roma y aquellos propios del Derecho Internacional Humanitario, la cual ha sido considerada como una ruptura dentro de la interdependencia existente entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario.

Lo anterior demuestra que, efectivamente, se carece de consenso con respecto a la aplicación de los términos participación activa o directa, al concluirse que mientras que el

Derecho Internacional Humanitario los contempla como sinónimos, en las líneas jurisprudenciales más recientes desarrolladas en el marco del Derecho Penal Internacional se ha realizado una separación entre ambos conceptos, considerando que la participación activa en el Derecho Penal Internacional responde a una naturaleza distinta a la del derecho de los conflictos armados.

Ello conlleva necesariamente a plantear la interrogante respecto de si esta distinción afecta, en alguna medida el principio de *nullum crimen sine lege* o principio de legalidad, contemplado expresamente dentro del artículo 22 del Estatuto de Roma. Como fue mencionado en la presente investigación, este principio requiere que al momento de la comisión de un crimen exista una norma que tipifique la conducta como un crimen internacional. En el marco del Derecho Penal Internacional esta norma preexistente puede responder a una norma escrita o a una regla consuetudinaria que responda a una práctica generalizada de los Estados. Asimismo, es necesario destacar que este principio exige una *lex stricta*, clara y que no permita que la conducta sea ampliada por analogía.

En este sentido se aprecia que, al no existir un criterio uniforme con respecto a la interpretación de los elementos del tipo penal internacional de utilizar menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, se torna difícil exigir a un imputado la comprensión de los actos que configuran el concepto de participación activa, ya que aquellos actos que podrían ser tolerados y en principio legítimos bajo el Derecho Internacional Humanitario podrían ser objeto de condena bajo el Derecho Penal Internacional. Ello, en tanto una participación considerada como indirecta, y por tanto

permitida, en el marco del derecho de los conflictos armados podría convertirse en participación activa en el marco del Derecho Penal Internacional.

Asimismo, si se parte de una lectura literal del artículo 8 del Estatuto de Roma se demuestra que el mismo interpreta los crímenes de guerra de reclutar, alistar o utilizar niños para participar activamente en las hostilidades como otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados dentro del marco establecido de derecho internacional. Ello, de conformidad con el derecho aplicable según el artículo 21 del Estatuto, que señala en el inciso 1(b) que la Corte aplicará, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, y los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados, es decir, del Derecho Internacional Humanitario.

De este modo, cabría interpretar que la norma preexistente dentro del marco establecido del derecho internacional planteaba que ambos términos respondían a una misma conducta, ya que no se cuenta con precedentes anteriores en el marco del Derecho Penal Internacional que respalden la distinción entre ambos conceptos. Esta situación, a la postre, podría generar roces con las garantías del debido proceso y el principio de legalidad, al dificultar la comprensión y conocimiento que puede tener un individuo con respecto a las actividades que calzarían dentro del tipo penal.

Por ello, como corolario a la presente investigación se hace hincapié en la necesidad de armonizar la interpretación de los conceptos de participación directa y activa, dados por el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, a fin de brindar

mayor seguridad jurídica no solo a los imputados por este crimen, sino también a las víctimas y a la comunidad internacional en general. El unificar los criterios entre ambas ramas fortalecería la relación de interdependencia entre ambos cuerpos normativos, y robustecería el impacto de los pronunciamientos que realicen los tribunales internacionales con respecto a la utilización de niños en conflictos armados, generando un aporte positivo en el marco de la lucha por erradicar la práctica de reclutar, alistar o utilizar niños en conflictos armados, lo cual repercutiría directamente en el reforzamiento del Derecho Internacional Humanitario.

Bibliografía Citada

- Akande, Dapo. "Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts". En *International Law and the Classification of Conflicts*, ed. Elizabeth Wilmshurst, 32-79. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Amann, Diane Marie. "Children and the first verdict of the International Criminal Court". *12 Wash. U. Glob. Stud L. Rev.* 411 (2013): 411-432.
- Ambos, Kai. "Principios Generales de Derecho Penal Internacional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". George-August-Universität Göttingen Institute for Criminal Law and Criminal Justice Department for Foreign and International Criminal Law. Consultado el 8 de junio de 2016. http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/voe_Principios_Generales.pdf
- Ambos, Kai. *Treatise on International Criminal Law Volume I*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Ambos, Kai. *Treatise on International Criminal Law Volume II*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Ang, Fiona. *Article 38. Children in Armed Conflicts*, ed. André Alen et al. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Aptel, Cecile. "Lubanga Decision Roundtable: The Participation of Children in Hostilities". *Opinio Juris*, 18 de marzo de 2012. Consultado el 8 de junio de 2016.

<http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-the-participation-of-children-in-hostilities/>

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York: Naciones Unidas, 1989.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: Naciones Unidas, 1966.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*. Nueva York: Naciones Unidas, 2000.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Resolución 94(I)*. Londres: Naciones Unidas, 1946.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Resolución 177(II)*. Londres: Naciones Unidas, 1947.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Resolución 2675(XXVI)*. Nueva York: Naciones Unidas, 1970.

Bassiouni, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Batthyány, Karina, Mariana Cabrera et al. *Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales, Apuntes para un curso inicial*. Montevideo: Unidad de Comunicación de la Universidad de la República UCUR, 2011.

- Boister, Neil. "The Tokyo Trial". En *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas y Nadia Bernaz. 17-32. Abingdon: Routledge Taylor & Francis Group, 2011.
- Bothe, Michael. "War Crimes". En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones, 379-425. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Bugnion, François. "Homenaje a Jean Pictet". *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de junio de 2002. Consultado el 8 de junio de 2016.
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecbb.htm>
- Cassese, Antonio. "From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court". En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones, 3-19. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Chaib de Mares, Kelly. "Principios del Derecho Internacional Humanitario". Observatorio de D.I.H SV. Francisco Aldemar Franco Zamora. Consultado el 8 de junio de 2016.
http://www.observatoriodih.org/_pdf/principios_dih.pdf.
- Chamberlain, Cynthia. *Children and the International Criminal Court: Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective*. Leiden: E.M. Meijers Instituut, 2014.
- Clapham, Andrew. "The Concept of International Armed Conflict". En *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli, 3-26. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”. Comité Internacional de la Cruz Roja, 12 de agosto de 1949. Consultado el 8 de junio de 2016. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Customary IHL: Rule 136. Recruitment of Child Soldiers”. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016. Consultado el 8 de junio de 2016. https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule136

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Customary IHL: Rule 137. Participation of Child Soldiers in Hostilities”. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016. Consultado el 8 de junio de 2016. https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule137

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas”. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005. Consultado el 8 de junio de 2016. https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja. *General principles of international criminal law*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2014.

Comité Internacional de la Cruz Roja. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012.

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Los tratados de DIH y el DIH consuetudinario”. Comité Internacional de la Cruz Roja, 29 de octubre de 2010. Consultado el 8 de junio de 2016. <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/overview-treaties-and-customary-law.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”. Comité Internacional de la Cruz Roja, 8 de junio de 1977. Consultado el 8 de junio de 2016. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”. Comité Internacional de la Cruz Roja, 8 de junio de 1977. Consultado el 8 de junio de 2016. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Protocolo III Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional”. Comité Internacional de la Cruz Roja, 8 de diciembre de 2005. Consultado el 8 de junio de 2016. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-iii.htm>

Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. *Borrador del Estatuto para la Corte Penal Internacional Addendum Parte Uno*. Roma: Naciones Unidas, 1998.

Condorelli, Luigi y Santiago Villalpando. “Relationship of the Court with the United Nations”. En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones, 219-234. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. *Informe del Comité Preparatorio*

sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional: Adición. Roma: Naciones Unidas, 1998.

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Roma: Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998.

Consejo de Europa. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Roma: Consejo de Europa, 1950.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. “Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda”. Comité Internacional de la Cruz Roja, 8 de noviembre de 1994. Consultado el 8 de junio de 2016. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Informe del Secretario General A/67/845-S/2013/245*. Nueva York: Naciones Unidas, 2013.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Informe del Secretario General A/68/878-S/2014/339*. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Resolution 827 on Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia*. Nueva York: Naciones Unidas, 1993.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Resolution 955 Establishing the International Tribunal for Rwanda*. Nueva York: Naciones Unidas, 1994.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Resolution 2143 Children and armed conflict*. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena: 1969.

Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ginebra: 1949.

Corte Especial para Sierra Leona. *Fiscalía vs. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu (Caso AFRC)*. SCSL-04-16-T. Sentencia de Juicio de 20 de junio de 2007.

Corte Especial para Sierra Leona. *Fiscalía vs. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (Caso RUF)*. SCSL-04-14-T. Sentencia de Juicio de 2 de marzo de 2009.

Corte Especial para Sierra Leona. *Fiscalía vs. Moinina Fofana y Allieu Kondewa (Caso CDF)*. SCSL-04-15-T. Sentencia de Juicio de 2 de agosto de 2007.

Corte Especial para Sierra Leona. *Fiscalía vs. Sam Hinga Norman*. SCSL-2004-14-AR72(E). Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la Moción Preliminar basada en la Falta de Jurisdicción (Reclutamiento de Niños) de 31 de mayo de 2004.

Corte Especial para Sierra Leona. *Fiscalía vs. Sam Hinga Norman*. SCSL-2004-14-AR72(E). Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la Moción Preliminar basada en la Falta de Jurisdicción (Reclutamiento de Niños), Opinión Disidente del Juez Robertson de 31 de mayo de 2004.

Corte Internacional de Justicia. *Licitud de la Amenaza o del Empleo de las Armas Nucleares*. Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996.

Corte Penal Internacional. *Elementos de los Crímenes*. La Haya: Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes, 2002.

Corte Penal Internacional. *Fiscalía vs. Germain Katanga*. ICC-01/04-01/07. Sentencia de Juicio de 7 de marzo de 2014.

Corte Penal Internacional. *Fiscalía vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*. ICC-01/04-01/07. Decisión de Confirmación de Cargos de 30 de septiembre de 2008.

Corte Penal Internacional. *Fiscalía vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. ICC-01/05-01/08. Sentencia de Juicio de 21 de marzo de 2016.

Corte Penal Internacional. *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06. Case Information Sheet ICC-PIDS-CIS-DRC-01-011/14_Eng de 15 de diciembre de 2014.

Corte Penal Internacional. *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06. Decisión de Confirmación de Cargos de 29 de enero de 2007.

Corte Penal Internacional. *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06. Sentencia de Apelaciones de 1 de diciembre de 2014.

Corte Penal Internacional. *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06. Sentencia de Juicio de 14 de marzo de 2012.

Corte Penal Internacional. *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06. Sentencia de Juicio, Voto Separado del Juez Adrian Fulford de 14 de marzo de 2012.

Corte Penal Internacional. *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06. Sentencia de Juicio, Voto Separado de la Jueza Elizabeth Odio Benito de 14 de marzo de 2012.

Corte Penal Internacional. “Situations and Cases”. International Criminal Court.

Consultado el 2 de marzo de 2016. <https://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx?ln=en>

Corte Penal Internacional. “The States Parties to the Rome Statute”. International Criminal

Court, 2 de junio de 2016. Consultado el 8 de junio de 2016. https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx

Costas Trascasas, Milena. *Violencia Interna y Protección de la Persona: Una laguna jurídica del Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Cryer, Robert et al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Díaz, Leandro. “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”. *En Letra* 1. Buenos Aires: En letra (2014): 20-46.

Dörmann, Knut. *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Gallardo, Helio. *Elementos de Investigación Académica*. San José: EUNED, 1998.

Graf, Roman. “The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment”. *Journal of International Criminal Justice* 10. Oxford: Oxford University Press (2012): 945-969.

Greenwood, Christopher J. "Historical Development and Legal Basis". En *The Handbook of International Humanitarian Law*, ed. Dieter Fleck, 101-150. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Happold, Matthew. "Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court". En *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser y M. Cherif Bassiouni. Leiden: Brill, 2009. Consultado el 8 de junio de 2016. <http://ssrn.com/abstract=979916>.

Happold, Matthew. "The age of criminal responsibility in international criminal law". En *International criminal accountability and the rights of children*, ed. K. Arts y V. Popovski. La Haya: Asser Press, 2006.

Hinestroza-Arenas, Verónica. "Reclutamiento de niños y niñas: fenómeno invisibilizado, crimen manifiesto". OASIS N° 13, 2008. Consultado el 8 de junio de 2016. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53113141003>

Human Rights Watch. "Georgia/Russia: ICC Judges OK Investigation". Human Rights Watch, 27 de enero de 2016. Consultado el 28 de enero de 2016. <https://www.hrw.org/news/2016/01/27/georgia/russia-icc-judges-ok-investigation>

International Justice Resource Center. "International Humanitarian Law". International Justice Resource Center. Consultado el 8 de junio de 2016. <http://www.ijrcenter.org/international-humanitarian-law/>

- Jenks, Chris. "Law as Shield, Law as Sword: The ICC's Lubanga Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Participation in Hostilities". *U. Miami National Security & Armed Conflict Law Review* III (2013): 106-124.
- Jones, John R. W. D. "Composition of the Court". En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones, 235-267. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Jones, John R. W. D. "The Office of the Prosecutor". En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones, 269-274. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Kammer, Stephanie. "Deconstructing Lubanga, the ICC First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo". *American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court*. Columbia University Institute for the Study of Human Rights, 7 septiembre de 2012.
- Kurth, Michael E. "The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber's Findings on Issues of Active Use, Age and Gravity". *Goettingen Journal of International Law* 5, no. 2 (2013): 431-453.
- Lamb, Susan. "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law". En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones, 733-766. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Liefländer, Thomas R. "The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?" *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 1 (2012): 191-212.

- López Borgoñoz, Alfonso y Patricia Masip García, “Los niños y las niñas en los conflictos armados”. *Revista d’ estudis de la violència* no. 1 (2007).
- López Martín, Ana Gemma. “La Corte Penal Internacional hace historia: primer veredicto de culpabilidad y primera sentencia sobre reparación a las víctimas en el caso de El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”. *Foro, Nueva época* 15, no. 2 (2012): 255-281.
- Martínez, Francesca. “Legal Status and Powers of the Court”. ”. En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones, 203-218. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- McBride, Julie. *The War Crime of Child Soldier Recruitment*. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2014.
- Melzer, Nils. *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010.
- Mettraux, Guénaél. “Trial at Nuremberg”. En *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William Schabas y Nadia Bernaz, 5-16. Abingdon: Routledge Taylor & Francis Group, 2011.
- Ministerio de Defensa de la República Argentina. *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Buenos Aires: Ministerio de Defensa, 2010.
- Moir, Lindsay. “The Concept of Non-International Armed Conflict”. En *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli, 391-414. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Monge Nuñez, Gonzalo. “Elizabeth Odio Benito y Costa Rica son precursoras de la Corte Penal Internacional”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 59. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014.

Nagle, Luz Estella. *Child Soldiers and the Duty of Nations to Protect Children from Participation in Armed Conflict*. Florida: ExpressO, 2010. Consultado el 8 de junio de 2016. http://works.bepress.com/luz_nagle/3/

Nowak, Andrew. *The International Criminal Court: An Introduction*. Cham: Springer, 2015.

Oficina del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para los niños y los conflictos armados. “Reclutamiento de niños”. Naciones Unidas. Consultado el 9 de junio de 2016. <http://childrenandarmedconflict.un.org/es/efectos-del-conflicto/infracciones-mas-graves/ninos-soldados/>

Organización de las Naciones Unidas. *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal (London Agreement)*. Londres: Naciones Unidas, 1945.

Organización de las Naciones Unidas. “Convention on the Rights of the Child”. Estado de las ratificaciones al día 11 de abril de 2016. United Nations Treaty Collection, 20 de noviembre de 1989. Consultado el 11 de abril de 2016. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

Organización de las Naciones Unidas. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. San Francisco: Naciones Unidas, 1945.

Organización de las Naciones Unidas. *Los Compromisos de París para proteger a los niños y niñas reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas armadas o grupos armados.*

París: Naciones Unidas, 2007. Consultado el 8 de junio de 2016.

https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/ParisCommitments_SP.pdf

Organización de las Naciones Unidas. “Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. La Haya: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 2009.

Consultado el 8 de junio de 2016.

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* San José: Organización de los Estados Americanos, 1969.

Organización Internacional del Trabajo. “Trabajo Infantil y Conflictos Armados”.

Organización Internacional del Trabajo. Consultado el 8 de junio de 2016.

<http://ilo.org/ipec/areas/Armedconflict/lang--es/index.htm>

Ortiz, Ana Priscilla y Gabriel Rojas. “La Prohibición de Actos Pérfidos y la Responsabilidad por su Acometimiento: una Nueva Propuesta de Clasificación. Aplicación de este Modelo al Análisis de la Operación Jaque”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2010.

Özerdem, Alpaslan y Sukanya Podder. *Child Soldiers: From Recruitment to Reintegration.* Hampshire: Palgrave Macmillan, 2011.

Pellet, Alain. "Entry into force and amendment of the Statute". En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones, 145-184. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Pictet, Jean. "Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional". Comité Internacional de la Cruz Roja, 1 de noviembre de 1998. Consultado el 8 de junio de 2016. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>

Policastri, Joan y Sergio D. Stone. "International Humanitarian Law", American Society of International Law, 1 de agosto de 2013. Consultado el 8 de junio de 2016. [https://www.asil.org/sites/default/files/ERG_International%20Humanitarian%20Law%20\(test\).pdf](https://www.asil.org/sites/default/files/ERG_International%20Humanitarian%20Law%20(test).pdf).

Principios de la Ciudad del Cabo. Ciudad del Cabo, 1997. Consultado el 8 de junio de 2016. http://www.observatorioddr.unal.edu.co/ambitojuridico/archivosnormatividad/1997/Internacional/principios_ciudaddelcabo.pdf

Salmón, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012.

Sandoz, Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*. Trad. José Chocomeli Lera. Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

Sandoz, Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987.

Sassòli, Marco, Antoine A. Bouvier y Anne Quintin. *How Does Law Protect in War? Volume I: Outline of International Humanitarian Law*. Ginebra: International Committee of the Red Cross, 2011.

Silva Clarkson, Noelia. “Situación en la República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional. En profundidad: Los casos de Thomas Lubanga, Germain Katanga y Mathieu Ndujolo Chui”. Liga Pro Derechos Humanos, 2013. Consultado el 8 de junio de 2016.

<http://www.ligaproderechoshumanos.org/documentos/Situacion%20de%20la%20RDC%20ante%20la%20CPI.pdf>

Stagno Ugarte, Bruno. “Discurso del Embajador de Costa Rica ante las Naciones Unidas en su calidad de presidente de la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional, Juramentación de Jueces”. 10 de marzo de 2006.

Tiefenbrun, Susan W. “Child Soldiers, Slavery, and the Trafficking of Children”. California: Thomas Jefferson School of Law, 2007. Consultado el 7 de junio de 2016.
http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1498680.files/Tiefenburn_article.pdf

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Anto Furundzija*. IT-95-17/1-T. Sentencia de Juicio de 10 de diciembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Dario Kordić y Mario Čerkez*. IT-95-14/2. Sentencia de Apelaciones de 17 de diciembre de 2014.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*. IT-96-23 & IT-96-23/1-A. Sentencia de Apelaciones de 12 de junio de 2002.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Dragomir Milošević*. IT-98-29/1-A. Sentencia de la Sala de Apelaciones de 12 de noviembre de 2009.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Dusko Tadić*. IT-94-1. Decisión sobre la Solicitud de la Defensa acerca de la Apelación Interlocutoria sobre la Jurisdicción de 2 de octubre de 1995.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Dusko Tadić*. IT-94-1. Sentencia de Apelaciones de 15 de julio de 1999.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Dusko Tadić*. IT-94-1. Sentencia de Juicio de 7 de mayo de 1997.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu*. IT-03-66-T. Sentencia de Juicio de 30 de noviembre de 2005.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Ljube Boškoski y Johan Tarčulovski*. IT-04-82-T. Sentencia de Juicio de 10 de julio de 2008.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Milomir Stakić*. IT-97-24-A. Sentencia de Apelaciones de 22 de marzo de 2006.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Pavle Strugar*. IT-01-42-A. Sentencia de Apelaciones de 17 de julio de 2008.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Radoslav Brđanin*.

IT-99-36-T. Sentencia de Juicio de 1 de septiembre de 2004.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Slobodan Milošević*.

IT-02-54. Decisión sobre la Moción de Emisión de Sentencia Absolutoria de 16 de junio de 2004.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Tihomir Blaškić*. IT-

95-14-A. Sentencia de Apelaciones de 29 de julio de 2004.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Tihomir Blaškić*. IT-

95-14-T. Sentencia de Juicio de 3 de marzo de 2000.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Vidoje Blagojević y*

Dragan Jokić. IT-02-60-T. Sentencia de Juicio de 17 de enero de 2005.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Zdravko Mucić et al.*

IT-96-21-T. Sentencia de Juicio de 16 de noviembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Fiscalía vs. Zoran Kupreškić et*

al. IT-95-16. Sentencia de Juicio de 14 de enero de 2000.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Fiscalía vs. Augustin Ndingiriyimana, Augustin*

Bizimungu, François-Xavier Nzuwonemeye e Innocent Sagahutu. ICTR-00-56-T.
Sentencia de Juicio de 17 de mayo de 2011.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Fiscalía vs. Georges Rutaganda*. ICTR-96-3-T.

Sentencia de Juicio de 6 de diciembre de 1999.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Fiscalía vs. Jean-Paul Akayesu*. ICTR-96-4-T.

Sentencia de Juicio de 2 de septiembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Fiscalía vs. Laurent Semanza*. ICTR-97-20-T. Sentencia de Juicio de 15 de mayo de 2003.

UNICEF. “Hoja de datos: Niñas y niños soldados”. UNICEF. Consultado el 9 de junio de 2016. http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/NINAS_Y_NINOS_SOLDAD_OS.pdf

United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals. “About the MICT”. United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals. Consultado el 8 de junio de 2016. <http://www.unmict.org/en/about>

Urban, Nicole. “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga”. *Ejil: talk*, 11 de abril de 2012. Consultado el 7 de junio de 2016. <http://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/>

Valencia Villa, Alejandro. *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*. Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.

Verri, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008.

Wang, Qianqian. “The Crime of Child Recruitment under International Law”. Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho. Wien: Universität Wien, 2012.

Waschefort, Gus. *International Law and Child Soldiers*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

Werle, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Werle, Gerhard y Florian Jessberger. *Principles of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Werle, Gerhard y Florian Jessberger. “Unless otherwise provided: article 30 of the ICC statute and the mental element of crimes under international criminal law”. *Journal of International Criminal Justice*, N° 3 (2005): 35-55.

Zgonec-Rozej, Miša. *International Criminal Law Manual*. International Bar Association, 2010.