

Los crímenes de violencia sexual cometidos al interior de un grupo armado: el caso de los niños soldados en *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*

Crimes of Sexual Violence Committed within an Armed Group: The Case of Child Soldiers in *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda Case*

Os crimes de violência sexual cometidos ao interior de um grupo armado: o caso das crianças-soldados em *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*

Catalina Fernández Carter*

Fecha de recepción: 7 de septiembre de 2017

Fecha de aprobación: 1 de octubre de 2017

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7158>

Para citar este artículo: Fernández Carter, C. (2018). Los crímenes de violencia sexual cometidos al interior de un grupo armado: el caso de los niños soldados en *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*. *ANIDIP*, 6, 82-109.

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7158>

Resumen

Recientemente, la Corte Penal Internacional confirmó su jurisdicción en el caso seguido contra Bosco Ntaganda, sobre presuntos crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos contra niños soldados que pertenecían al mismo grupo armado que su agresor. En el presente artículo se examinarán críticamente las razones y justificaciones otorgadas por la Corte para establecer su jurisdicción y en particular, la interpretación realizada por la Corte respecto a la necesidad de incorporar requisitos adicionales a la descripción típica de los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual bajo el marco establecido del Derecho Internacional.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Estudiante del Magíster de Derecho de la Universidad de Cambridge, Reino Unido. La autora desea agradecer a Andrea Jiménez Laurence por sus valiosos comentarios al primer borrador de este trabajo, y al jurado del certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal por sus pertinentes sugerencias y recomendaciones para el mejoramiento de este artículo.

Para estos efectos, se comenzará analizando el concepto tradicional de persona protegida en el Derecho Humanitario, para luego destacar los aspectos esenciales de la decisión de la Corte. A continuación, se examinarán las diferencias fundamentales que existen entre los apartados (a) y (c), por una parte, y (b) y (e), por otra, ambos del artículo 8.2 del Estatuto de Roma, para determinar si el Derecho Internacional Humanitario amparaba la conclusión de la Corte en relación con los crímenes cometidos al interior de grupos armados. Finalmente, se exponen algunas conclusiones y alternativas que podrían permitir a la Corte ejercer jurisdicción sobre ese tipo de crímenes, incluso si las víctimas fueran miembros adultos del mismo grupo armado.

Palabras clave: caso Ntaganda, persona protegida, crímenes de guerra, niños soldados, Estatuto de Roma.

Abstract

The International Criminal Court recently confirmed its jurisdiction in the case against Bosco Ntaganda, on alleged war crimes of rape and sexual slavery committed against child soldiers belonging to the same armed group of their aggressor. This article will critically examine the reasons and justifications provided by the Court to establish its jurisdiction, and, in particular, the interpretation made by the Court regarding the need to incorporate additional requirements to the description of war crimes of rape and sexual slavery within the established framework of international law.

For these purposes, we will begin by analyzing the traditional concept of protected person in humanitarian law, highlighting then the essential aspects of the Court's decision. Next, we will examine the fundamental differences between letters (a) and (c), on one hand, and letters (b) and (e), on the other, both of Article 8.2 of the Rome Statute, in order to determine whether the international humanitarian law confirms the conclusion of the Court in relation to crimes committed within armed groups. Finally, some conclusions and alternatives are presented, which could allow the Court to exercise jurisdiction over this type of crimes, even if the victims were adult members of the same armed group.

Keywords: Ntaganda case, protected person, war crimes, child soldiers, Rome Statute.

Resumo

A Corte Penal Internacional confirmou recentemente sua jurisdição no caso seguido contra Bosco Ntaganda, sobre presuntos crimes de guerra de estupro e escravidão sexual cometidos contra crianças-soldados que pertenciam ao mesmo

grupo armado que seu agressor. No presente artigo se examinarão criticamente os motivos e justificações outorgadas pela Corte para estabelecer sua jurisdição, e em particular, a interpretação realizada pela Corte respeito à necessidade de incorporar requisitos adicionais à descrição típica dos crimes de guerra de estupro e escravidão sexual sob o marco estabelecido do direito internacional.

Para estes efeitos, se começará analisando o conceito tradicional de pessoa protegida no direito humanitário, para depois destacar os aspetos essenciais da decisão da Corte. A continuação, se examinarão as diferenças fundamentais que existem entre os apartados (a) e (c), por uma parte, e (b) e (e), por outra, ambos os dois do artigo 8.2 do Estatuto de Roma, de maneira de determinar e o direito internacional humanitário amparava a conclusão da Corte em relação com os crimes cometidos ao interior de grupos armados. Finalmente, expõem-se algumas conclusões e alternativas que poderiam permitir à Corte exercer jurisdição sobre este tipo de crimes, inclusive se as vítimas fossem membros adultos do mesmo grupo armado.

Palavras-chave: caso Ntaganda, pessoa protegida, crimes de guerra, crianças-soldados, Estatuto de Roma.

Introducción

El 15 de junio de 2017, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional emitió su decisión de jurisdicción en el caso seguido contra Bosco Ntaganda, marcando un hito fundamental en el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y la regulación de los crímenes de guerra. En particular, la Sala de Apelaciones, confirmando la decisión de la Sala de Primera Instancia VI, con fecha del 4 de enero de 2017 —y en consecuencia, rechazando la apelación presentada por la defensa de Bosco Ntaganda—, sostuvo que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional alcanza los crímenes de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros de un grupo armado en contra de otros miembros del mismo grupo, y en particular, contra niños y niñas soldados.

Si bien las alegaciones sobre violencia sexual contra niños soldados habían surgido en otros casos bajo el conocimiento de la Corte Penal Internacional, las decisiones de las Salas de Primera Instancia VI y de Apelaciones en el caso Ntaganda corresponden a la primera oportunidad en que la Corte examina en detalle la protección de niños soldados frente a la violencia sexual cometida al interior de un grupo armado, con la única salvedad del análisis realizado por la jueza Odio Benito, en su opinión disidente en el caso contra Thomas Lubanga (Opinión disidente Odio

Benito, 2012).¹ La decisión de la Corte constituye así un desarrollo relevante en la regulación de la violencia sexual en los conflictos armados.

Como pasaremos a revisar, tanto las decisiones de primera como segunda instancia se fundaron esencialmente en las diferencias que existirían al interior del artículo 8 del Estatuto de Roma, que regula los crímenes de guerra, y en particular entre los párrafos 2.(a) y 2.(c), respecto de los párrafos 2.(b) y 2.(e) del mismo artículo. A partir del análisis de su estatuto, la Corte Penal Internacional concluyó que los crímenes de violación y esclavitud sexual contenidos en el artículo 8.2.(b)(xxii) y 8.2.(e)(vi) no incluirían dentro de sus requisitos que la víctima fuera una persona protegida bajo los Convenios de Ginebra —en el caso de los conflictos armados internacionales—, o una persona que no participara directamente en las hostilidades en los términos del artículo 3 común de los mismos Convenios de Ginebra —en el caso de los conflictos armados que no son de índole internacional—.

Mediante su decisión, la Corte amplió el concepto tradicional de persona protegida en un conflicto armado, incluyendo bajo esta categoría a niños soldados que normalmente son catalogados como combatientes y que no se encontraban claramente amparados bajo las categorías tradicionales de los Convenios de Ginebra. De esta manera, la Corte se apartó de la posición de una parte importante de la doctrina del Derecho Internacional Humanitario, que sostiene que los crímenes de guerra buscan exclusivamente penalizar las conductas cometidas entre combatientes de grupos opositores o frente a civiles, y no regular el comportamiento al interior de un grupo armado, incluso en el caso de crímenes graves como las distintas formas de violencia sexual (Cassese, 2008).

1. El estado de la cuestión en el Derecho Internacional Humanitario convencional y consuetudinario

Como se adelantaba, parte fundamental de la decisión de la Corte Penal Internacional al confirmar su jurisdicción sobre el caso estuvo guiada por el análisis de las fuentes aplicables de derecho convencional y consuetudinario, y en particular, sobre los requisitos que tendría la figura de la víctima o persona protegida en los

1 En el caso Lubanga, no obstante la evidencia presentada sobre la existencia de violencia sexual contra niños y niñas soldados, la Fiscalía no presentó cargos relacionados con dicha violencia sexual. En ese contexto, en su opinión disidente, la jueza Odio Benito sostuvo que los actos de violencia sexual contra niños y niñas soldados cometidos por miembros de su mismo grupo armado deberían incorporarse dentro del crimen de utilizar a los menores para participar activamente en las hostilidades, tipificado en el artículo 8.2.(c)(xxvi) y 8.2.(e)(vii). Dicha posición, si bien innovadora en el marco del Derecho Humanitario, no estuvo exenta de críticas. En efecto, se sostuvo que la figura de la utilización de niños soldados no era apropiada para regular las conductas de violencia sexual (Gaggioli, 2014), y que la conducta de la jueza Odio Benito sólo correspondía a una forma de activismo judicial (Jacobs, 2012).

crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual, tanto en conflictos armados internacionales, como en conflictos armados sin carácter internacional.

En consecuencia, cualquier análisis debe iniciar con lo previsto en el artículo 8 del Estatuto de Roma, que dispone:

1. La 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.
2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:
 - a. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: [...].
 - 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: [...].
 - c. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: [...].
 - d. 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: [...]
(Estatuto de Roma, artículo 8).

Dos cuestiones pueden notarse de la mera lectura del artículo 8 del Estatuto de Roma. La primera, como es bien sabido, es que el citado artículo distingue de partida entre aquellos crímenes cometidos en conflictos armados internacionales y aquellos crímenes cometidos en conflictos armados sin carácter internacional; de hecho, no existe simetría entre los crímenes tipificados en ambas categorías de conflictos armados. La segunda, que al interior de ambas categorías, el Estatuto regula una serie de crímenes en que la víctima se encuentra bien establecida —personas protegidas por los Convenios de Ginebra, en el artículo 8.2.(a), y personas que no participan directamente en las hostilidades, en el artículo 8.2.(c)— y otros en los que la categoría de víctima no se encuentra, al menos en principio, delimitada —es el caso del artículo 8.2.(b) y 8.2.(d) en que simplemente se establece una remisión al “*marco establecido del Derecho Internacional*” —. Así, los párrafos (b) y (d)

del artículo 8.2. no indican, al menos expresamente, qué tipo de personas sería consideradas personas protegidas y por tanto posibles víctimas de los crímenes ahí enumerados, siendo necesaria una remisión al Derecho Internacional Humanitario.

A este respecto, es bien sabido que la piedra angular del Derecho Internacional Humanitario es el principio de distinción entre quienes son personas protegidas y quienes no (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009; Melzer, 2009; Kinsella, 2011; Clapham & Gaeta, 2014). Delimitar dichas categorías es fundamental en materia de Derecho Internacional Humanitario, en tanto algunos actos, como el asesinato intencional, no son crímenes cuando son cometidos contra un combatiente, dado que éste constituye un blanco legítimo, pero sí cuando la víctima es una persona protegida (Werle, 2011; Cryer et al., 2016).

En efecto, la misma existencia del concepto de persona protegida en el Derecho Internacional Humanitario hace clara la intención de excluir de protección a determinados individuos. Así, si todos los individuos fueran igualmente protegidos, no se justificaría el uso de dicho lenguaje y se regularía simplemente la prohibición de ciertas conductas en contra de cualquier persona, como ocurre en el derecho doméstico.

Considerando lo anterior, cabe preguntarse si es posible construir un concepto general de persona protegida aplicable al Derecho Internacional Humanitario, que forme parte del “marco establecido del Derecho Internacional”, y que en consecuencia pueda ser aplicable a los crímenes de guerra previstos en el Estatuto de Roma, como ordenan los párrafos (b) y (d) del artículo 8.2. del mismo.

Para delimitar este concepto, es útil comenzar analizando el concepto de persona protegida bajo los Convenios de Ginebra. En el caso de los conflictos armados internacionales, son personas protegidas los soldados, enfermos y heridos (Convenios de Ginebra I y II, 1949), náufragos (Convenio de Ginebra II, 1949), prisioneros de guerra (Convenio de Ginebra III, 1949), y los civiles en poder de una parte del conflicto de las que no son nacionales (Convenio de Ginebra IV, 1949). A su vez, en los conflictos armados sin carácter internacional, según lo dispuesto en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, son personas protegidas quienes no participen directamente en las hostilidades,² incluyendo a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o a los combatientes puestos *hors de combat* (fuera de combate) por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa. A ambas categorías de protección puede agregarse el personal médico y religioso (Protocolos Adicionales I y II, 1977).

2 Cabe señalar que la versión original en inglés del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra utiliza el concepto “activa” en vez de “directa” para calificar la participación en las hostilidades.

Entonces, en términos generales, es posible referirse a las víctimas de crímenes de guerra como aquellas personas que no tomaban parte directa en las hostilidades al momento de la comisión del crimen (Werle, 2011). Ahora bien, y como es claro de las disposiciones relevantes, dicha protección no se limita exclusivamente a los civiles, sino que se extiende también a los combatientes, aunque bajo circunstancias excepcionales: cuando son prisioneros de guerra y, en general, en el caso de los combatientes puestos *hors de combat* por heridas, enfermedad, naufragio o rendición. De esta forma, la noción de no tomar parte directa en las hostilidades parece una primera aproximación adecuada al concepto de persona protegida.

Sin embargo, la utilidad de dicha categorización es limitada, en tanto existen ciertos crímenes específicos que pueden ser cometidos incluso contra combatientes que no se encuentren bajo las circunstancias excepcionales mencionadas —prisioneros de guerra u *hors de combat*—, y de hecho, estén tomando parte directa en las hostilidades, incluso al momento mismo de la comisión del crimen. Tal es el caso de algunos de los crímenes regulados en el artículo 8.2.(b) del Estatuto de Roma. En efecto, el crimen recogido en la letra (vii) del citado artículo tipifica el acto de causar la muerte o lesiones graves mientras se usa indebidamente la bandera blanca, la bandera nacional, el uniforme del enemigo u otros. Por su parte, el crimen contenido en la letra (xi) del mismo artículo, prohíbe matar a traición a personas pertenecientes a la nación o el ejército enemigo. A su vez, los crímenes recogidos en las letras (xvii), (xviii), (xix) y (xx) del referido artículo prohíben la utilización de ciertas armas. Dichas regulaciones incorporan, ya sea directa o indirectamente, la posibilidad de que la víctima sea un combatiente de otro grupo armado, que se encuentre participando directamente en las hostilidades al momento de la comisión del crimen.

Sin embargo, los crímenes mencionados, aunque excepcionales en su naturaleza, siguen protegiendo a miembros de grupos armados por crímenes cometidos por personas del grupo armado contrario. Es por ello que los autores reconocen que, en general, el Derecho Internacional Humanitario regula las conductas permitidas o prohibidas respecto de los civiles y de aquellos que se encuentran afiliados con el enemigo (Cryer et al., 2016).

Ahora bien, lo cierto es que existen algunas disposiciones excepcionales que parecieran contener una protección que abarca incluso a miembros de un grupo armado por conductas cometidas por otros miembros de su mismo grupo. Es el caso del artículo 75 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, que dispone una protección mínima para cualquier persona que esté en poder de una parte en conflicto y que no disfrute de un trato más favorable, quien deberá ser tratada “en toda circunstancia con humanidad”, prohibiéndose a su respecto

una serie de conductas.³ Ahora bien, dicha disposición es aplicable sólo a los conflictos armados de carácter internacional, según dispone el artículo 1.3 del Protocolo, en relación con el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra,⁴ y en cualquier caso, no se encuentra recogida como un crimen en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Una segunda disposición excepcional, y que si encuentra reconocimiento en el texto del Estatuto de Roma, es el crimen de reclutar, alistar o utilizar niños menores de 15 años, previsto en el artículo 8.2.(b)(xxvi) y 8.2.(e)(vii) del Estatuto de Roma. Como es obvio, dicho crimen, y especialmente la modalidad de “*usar*” niños soldados, supone que el autor y la víctima son parte del mismo grupo armado (Cryer et al., 2016).

Para algunos, dichas excepciones calificadas no alteran la regla general, que es que los crímenes cometidos por combatientes de una parte contra miembros de sus propias fuerzas armadas no constituyen crímenes de guerra (Cassese, 2008; Focarelli, 2012).⁵ Lo anterior, como es evidente, no supone minimizar la gravedad de los crímenes cometidos al interior de un grupo armado, sino exclusivamente remitirlos a la jurisdicción de los tribunales domésticos.

Además de lo que ya ha sido señalado sobre las categorías de personas protegidas que encuentran reconocimiento en el Derecho Internacional Humanitario, es importante considerar igualmente las variaciones que el mismo ha tenido a lo largo del tiempo. Así, en un comienzo, y no obstante la protección genérica contenida en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, los autores sostenían que las infracciones al Derecho Humanitario ocurridas en conflictos sin carácter internacional no podían considerarse crímenes de guerra (Cryer et al., 2016; Moir, 2004; Plattner, 1990), noción que se mantuvo a lo menos hasta 1994, cuando el Consejo de Seguridad incluyó en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda la posibilidad de castigar penalmente las infracciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. De tal manera, bajo el sistema antiguo, las infracciones al

3 Por ejemplo, el referido artículo prohíbe el homicidio, la tortura de cualquier clase, las penas corporales, las mutilaciones, los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada, la toma de rehenes, las penas colectivas y las amenazas de realizar dichos actos.

4 Ver artículo 1.3 del Protocolo Adicional I en relación con artículo 2 común a los Convenios de Ginebra.

5 Para estos efectos, los autores suelen hacer referencia a dos casos decididos tras la Segunda Guerra Mundial: Pilz y Motosuke. Como explica Cassese, el caso Pilz analizó la conducta de un médico alemán que servía en el ejército y que ordenó matar a un soldado del mismo ejército (aunque de nacionalidad holandesa) que había intentado escapar. En 1948, la Corte Especial de Casación de los Países Bajos señaló que dicho asesinato no constituía un crimen de guerra, sino un crimen bajo la jurisdicción de Alemania. Por su parte, el caso Motosuke fue decidido por una Corte Marcial Temporal de las Indias Orientales de los Países Bajos, que determinó que el asesinato ordenado por un oficial japonés contra un individuo que servía en el ejército japonés tampoco constituía un crimen de guerra.

Derecho Humanitario en conflictos armados sin carácter internacional no eran punibles como crímenes de guerra, limitando así la protección de las víctimas de dichos actos.

Por su parte, y en particular sobre la categoría de personas protegidas, es necesario considerar también la evolución que ha tenido la protección de los civiles a partir del texto de los Convenios de Ginebra. Por ejemplo, el artículo 4 del Convenio de Ginebra IV protege a los civiles que “en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas” (Convenio de Ginebra IV, 1949, [en línea]). El concepto de “*súbditas*” es traducido del original en inglés “*nationals*”, por lo que una interpretación estrictamente textual llevaría a la conclusión que las personas protegidas son sólo aquellas en poder de una parte de una nacionalidad distinta a la suya. Sin embargo, interpretando dicha disposición, los tribunales penales internacionales han sostenido que la nacionalidad de la víctima no es lo relevante, apartándose del tenor literal de los convenios, sino que debe analizarse la lealtad de la misma frente a uno u otro grupo armado. Aquella conclusión, reconocida por primera vez por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TIPY, *Prosecutor vs. Tadic*, 1999), ha continuado siendo aplicada en casos posteriores.

La evolución recién destacada es relevante pues podría tener efectos expansivos en el Derecho Penal Internacional y en el Derecho Humanitario. En efecto, compartiendo dicho razonamiento, podría argumentarse que el concepto de lealtad debería ser aplicable en términos generales para la categorización de un individuo como persona protegida, y en consecuencia, que ciertos individuos que son forzados a participar en grupos armados o que siendo menores no tienen reconocida bajo el Derecho Internacional la facultad de consentir voluntariamente su incorporación a dicho grupo armado (*The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, 2012), no cumplen con el requisito de la lealtad que permitiría adscribirlos a cierto grupo armado. Por tanto, dichos individuos podrían beneficiarse de la protección de la población civil (Sivakumaran, 2012).

Una aproximación semejante, aunque sin referencia expresa al concepto de lealtad, fue adoptada por la Sala de Asuntos Preliminares II en la decisión de confirmación de cargos contra Ntaganda. En tal oportunidad, la referida Sala sostuvo que la mera pertenencia de un niño menor de 15 años a un grupo armado no puede ser considerada una prueba determinante de participación activa o directa en las hostilidades, considerando que su presencia en el grupo armado constituye un crimen bajo el Derecho Internacional, y que establecer que un niño menor de 15 años pierde la protección del Derecho Internacional Humanitario solo por unirse a un grupo armado

contradeciría el fundamento mismo de la protección que se otorga a esos niños (The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda, 2014). En ese contexto, el argumento de la lealtad frente al grupo podría cobrar relevancia.

Adicionalmente, en el mismo caso Ntaganda, la Sala de Primera Instancia VI sostuvo que existiría un deber de no reconocer situaciones creadas por graves violaciones al Derecho Internacional y que, en consecuencia, no sería admisible que mediante la incorporación de niños menores a 15 años en un grupo armado, cuestión indubitablemente constitutiva de un crimen internacional, la protección de dichos menores cesara (The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda, 2017a). Lo anterior también es reconocido por la doctrina (Rodenhäuser, 2016).

2. Aspectos fundamentales de la decisión de la Sala de Primera Instancia VI y la confirmación de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en el caso Ntaganda

Como se adelantaba, tanto las decisiones de la Sala de Primera Instancia VI como de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional se fundaron esencialmente en la inexistencia de requisitos, de carácter estatutario o convencional, que exigieran que las víctimas de los crímenes de violación o esclavitud sexual tipificados en el artículo 8.2.(b)(xxii) y 8.2.(e)(vi) fueran personas protegidas bajo las Convenciones de Ginebra o personas que no participaran directamente en las hostilidades.⁶ Por lo anterior, tanto la Sala de Primera Instancia como la Sala de Apelaciones pudieron confirmar la jurisdicción de la Corte sobre los crímenes imputados a Ntaganda sin necesidad de determinar si los niños y niñas soldados que presuntamente habían sido víctimas podían considerarse combatientes del mismo grupo armado de su agresor en el momento relevante.

En particular, la Sala de Primera Instancia VI (The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, 2017a) puso énfasis en la diferencia que existe entre los dos párrafos del Estatuto de Roma que regulan los crímenes de competencia de la Corte en caso de conflictos armados sin carácter internacional, como era el caso bajo análisis: el artículo 8.2.(c),

6 Cabe señalar que la Corte decidió analizar el crimen tanto respecto de conflictos armados internacionales (artículo 8.2.(b)(xxii)) como de conflictos armados sin carácter internacional (artículo 8.2.(e)(vi)). Sin embargo, las Partes pusieron mayor énfasis al crimen en conflictos armados sin carácter internacional, por corresponder éste al tipo de conflicto armado ocurrido en la República Democrática del Congo y, en consecuencia, del cual se reclamaba la responsabilidad del acusado Bosco Ntaganda. Es por ello que la argumentación que se expone en este trabajo se vincula más con los conflictos armados sin carácter internacional que con los conflictos armados internacionales, al analizarse la discusión desarrollada en el procedimiento.

que regula las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y el artículo 8.2.(e) que regula otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional.

En el primer caso, la Sala destacó que el Estatuto expresamente establece en el *chapeau* del artículo 8.2.(c) ciertos requisitos para otorgar jurisdicción a la Corte, en particular, que las víctimas deben ser personas que no participen directamente en las hostilidades, categoría en la que se incluye a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o hayan sido puestos *hors de combat*, (los denominados “*Requisitos Estatutarios*”). La Sala sostuvo que dichos requisitos no podían extrapolarse también a los crímenes regulados en el artículo 8.2.(e), en tanto ello alteraría la estructura del artículo 8, sin permitir distinguir los crímenes de los apartados 8.2.(c) y 8.2.(e). Así mismo, la Sala sostuvo que dicha interpretación traería como consecuencia que la referencia contenida en el encabezado del artículo 8.2.(e), que dispone que se tipifican “*otras*” violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados, distintas de las reguladas en el apartado 8.2.(c), no tuviera efecto alguno.⁷

Tras descartar la aplicabilidad de los Requisitos Estatutarios, la Sala de Primera Instancia pasó a analizar el sentido de la referencia contenida en el *chapeau* del artículo 8.2.(e), que dispone que los crímenes ahí recogidos deben ser cometidos “dentro del marco establecido de Derecho Internacional”, a fin de determinar si dicha referencia imponía algún requisito adicional para su punibilidad. Al respecto, la Sala hizo referencia a una serie de antecedentes normativos y jurisprudenciales sobre la prohibición de la violación y otras formas de violencia sexual bajo el Derecho Internacional Consuetudinario, de manera tal que concluyó que el Derecho Internacional no admite jamás una justificación para la violencia sexual contra ninguna persona, sin perjuicio de si ella puede o no ser blanco legítimo bajo el Derecho Internacional Humanitario, o en particular si pertenece al mismo grupo armado del agresor.

En virtud de lo anterior, la Sala sostuvo que, para distinguir una violación constitutiva de un crimen de guerra de otro crimen internacional o doméstico, basta que se cumpla con el requisito del nexo del crimen con los elementos contextuales de los crímenes de guerra, esto es, que la conducta tuviera lugar en el contexto de o estuviera asociada con un conflicto armado sin carácter internacional.

7 La Sala también analizó la referencia contenida en el artículo 8.2.(e)(vi) que dispone que los crímenes de violencia sexual deben constituir “*también una violación grave del artículo 3 común*”. Al respecto, la Corte sostuvo que esa referencia buscaba calificar los crímenes no enumerados en el referido artículo (bajo el tipo “*otra forma de violencia sexual*”), con el objetivo de establecer un estándar mínimo de gravedad respecto de éstos, y no así de imponer un requisito adicional a los crímenes que sí se encuentran enumerados (Ver *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 2017a, párrafos 41 y 42).

Finalmente, la Sala señaló que, dado que la protección contra la violencia sexual no se limitaba a civiles o miembros de grupos armados opositores, no era necesario determinar si los niños y niñas soldados que presuntamente habían sido víctimas de violencia sexual eran miembros del grupo armado y que, en cualquier caso, existiría un deber de no reconocer situaciones generadas por graves violaciones del Derecho Internacional.

La Sala de Apelaciones adoptó un razonamiento similar al de la Sala de Primera Instancia VI, aunque con algunos matices diferenciadores (*The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, 2017b). En efecto, dicha Sala comenzó señalando que, en la interpretación del artículo 8.2. del Estatuto, debía dársele poca importancia a una posible superposición entre los párrafos (a) y (b), por una parte, y (c) y (e), por otra, descartando así uno de los argumentos que había sido considerado por la Sala de Primera Instancia. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala de Apelaciones confirmó el entendimiento de la Sala de Primera Instancia de que no existía justificación para aplicar los Requisitos Estatutarios contenidos en el artículo 8.2.(c) a los crímenes previstos en el artículo 8.2.(e) del Estatuto de Roma, al no existir una disposición semejante en el *chapeau* de este último artículo.

Luego, al igual que la Sala de Primera Instancia, la Sala de Apelaciones pasó a analizar el sentido de la expresión “dentro del marco establecido de Derecho Internacional” contenida en el encabezado del artículo 8.2.(e). La Sala sostuvo que dicha referencia permitiría que la Corte invoque y aplique el Derecho Internacional Consuetudinario y Convencional para interpretar el artículo 8, incluso en ausencia de una laguna. Así, la Corte sostuvo que si el Derecho Convencional o Consuetudinario incorporaba un elemento adicional para otorgarle jurisdicción sobre un crimen, aun cuando este no estuviese contenido en el Estatuto de Roma, la Corte debería aplicarlo para asegurar la consistencia de dicho artículo con el Derecho Internacional Humanitario.

Por lo mismo, la Sala pasó a analizar si el Derecho Internacional Humanitario impondría requisitos adicionales para los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual contenidos en el Estatuto de Roma, en particular referencia a la categorización de la persona protegida. Al respecto, la Corte sostuvo que el Derecho Internacional Humanitario busca proteger a personas vulnerables durante los conflictos armados, asegurando determinadas garantías a personas que no participan directamente en las hostilidades. En particular, la Sala hizo referencia a los Convenios de Ginebra I y II que protegen a los enfermos, heridos y náufragos en toda circunstancia, sin limitarse a los enemigos, sino incluyendo también a los enfermos, heridos y náufragos de la propia parte.

A su vez, respecto del derecho aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional, señaló que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra establecería una protección que no se encuentra limitada por la afiliación de una persona, sino que solamente requiere que no se participara directamente en las hostilidades.

A partir de ello, la Sala de Apelaciones sostuvo que el Derecho Internacional Humanitario no contiene una regla general que excluya a los miembros de un grupo armado de protección por crímenes cometidos por miembros del mismo grupo armado. Luego, en particular sobre los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual, la Corte consideró que su prohibición se encontraría bien establecida en el Derecho Internacional Humanitario, y que nunca existiría una justificación para incurrir en violencia sexual. En virtud de ello, y en ausencia de una regla que excluya a miembros de fuerzas armadas de la protección respecto de agresiones cometidas por miembros de su mismo grupo armado, la Sala de Apelaciones sostuvo que no habría razón para asumir la existencia de dicha regla específicamente para los crímenes de violación y esclavitud sexual.

Finalmente, la Sala de Apelaciones, en el mismo sentido que la Sala de Primera Instancia, sostuvo que lo crucial para la configuración de un crimen de guerra es que exista un nexo entre el acto y el conflicto armado, señalando que la aplicación rigurosa de dicho requisito podría prevenir una expansión impropia del derecho de los crímenes de guerra.

3. ¿Interpretó correctamente la Corte Penal Internacional el requisito “dentro del marco establecido de Derecho Internacional” al momento de analizar los elementos de los crímenes de guerra de violencia sexual?

Como fue explicado, tanto la Sala de Primera Instancia como la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional concluyeron que la interpretación literal del Estatuto de Roma permitía descartar la remisión de los Requisitos Estatutarios del artículo 8.2.(c) a los crímenes del artículo 8.2.(e).

Dicha interpretación parece adecuada, aunque por consideraciones algo diversas a las invocadas por la Corte, y en particular por la Sala de Primera Instancia. En efecto, y más allá de lo señalado por la Sala de Apelaciones sobre la poca importancia que debe dársele a una posible superposición entre disposiciones del Estatuto de Roma al momento de interpretarlo, lo cierto es que tal superposición no es tan evidente

como podría insinuarse. En efecto, las cuatro conductas tipificadas como delito bajo el artículo 8.2.(c) son significativamente más amplias, y en consecuencia no son inmediatamente homologables a las hipótesis contenidas en el artículo 8.2.(e).

El mismo caso de la violación y esclavitud sexual podría, al menos en abstracto, quedar incorporado como un atentado a la integridad corporal o como un trato cruel o tortura, hipótesis contenidas bajo el artículo 8.2.(c)(i). También podría argumentarse su incorporación como un atentado contra la dignidad personal, recogido en el artículo 8.2.(c)(ii). Sin embargo, otros delitos recogidos en el artículo 8.2.(e) son de más difícil subsunción bajo el artículo 8.2.(c), negando la supuesta superposición señalada por la Corte. Es el caso, por ejemplo, del crimen de dirigir ataques intencionalmente contra población civil contenido bajo el artículo 8.2.(e)(i), el crimen de dirigir ataques contra determinados bienes protegidos, dispuesto en el artículo 8.2.(e)(ii), (iii) o (iv) y el crimen de saqueo, entre otros. En consecuencia, el argumento de la superposición no parece muy convincente para efectos de interpretación del Estatuto, pues pareciera que tal superposición no sería tan extendida.

Sin perjuicio de ello, hay dos argumentos adicionales que sí permiten concluir razonablemente que el artículo 8.2.(e) no incluye los Requisitos Estatutarios previstos para el artículo 8.2.(c), conclusión que también es aplicable para conflictos armados de carácter internacional y en consecuencia a los artículos 8.2.(b) y 8.2.(a). El primero, que también fue mencionado por la Sala de Primera Instancia, es la referencia a la expresión “*otras violaciones*” en el *chapeau* de los artículos 8.2.(b) y (e), que manifiesta la intención del redactor de regular una conducta distinta a la de los artículos 8.2.(a) y 8.2.(c), respectivamente.

En efecto, como ya fue anticipado, y dado que hay ciertos delitos como la violación, contenido en el artículo 8.2.(e)(vi), que podrían también verse recogidos bajo las hipótesis contenidas en el artículo 8.2.(c), de considerarse que dicho delito requiere el cumplimiento de los mismos Requisitos Estatutarios del artículo 8.2.(c), resulta que el crimen en cuestión no correspondería a “*otra*” violación del Derecho Internacional Humanitario, sino a la misma violación ya regulada en el párrafo anterior. El argumento, en cualquier caso, tiene una utilidad limitada, pues sólo aplica respecto de los delitos en que sí existiría la superposición.

Una mejor alternativa es considerar que los Requisitos Estatutarios, de ser aplicados a los artículos 8.2.(b) y 8.2.(e), no permitirían una lectura razonable de los mismos en tanto contienen una serie de disposiciones que expresamente tipifican como crímenes conductas dirigidas contra combatientes que todavía participan directamente en las hostilidades. El caso no es solamente el de la utilización de niños

soldados, citado abundantemente en el caso Ntaganda (artículo 8.2.(b)(xxvi) y (e) (vi)), sino también los crímenes de matar o herir a traición a un combatiente enemigo (artículo 8.2.(b)(xi) y (e)(ix)), declarar que no se dará cuartel (artículo 8.2.(b) (xii) y (e)(x)), o el crimen de destruir o confiscar bienes del enemigo sin que exista necesidad militar (artículo 8.2.(b)(xiii) y (e)(xii)).

A partir de ello, puede concluirse que los artículos 8.2.(b) y (e) no exigen, al menos como regla general, que los crímenes ahí mencionados sean cometidos contra personas protegidas por los Convenios de Ginebra, sea en términos generales respecto de conflictos armados internacionales o respecto del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, en el caso de los conflictos armados sin carácter internacional. En efecto, es evidente que los artículos 8.2.(b) y (e) no protegen exclusivamente a civiles y miembros de las fuerzas armadas enfermos, heridos, náufragos o, en general, quienes hayan quedado *hors de combat*, sino también a combatientes (Schabas, 2010).

Tras ello, al igual que lo hicieron las Salas de Primera Instancia y Apelaciones de la Corte Penal Internacional, corresponde analizar el alcance de la expresión “dentro del marco establecido de Derecho Internacional”, contenido en el encabezado del artículo 8.2.(e). Ello, pues de la conclusión previa sobre la exclusión de Requisitos Estatutarios para los crímenes del artículo 8.2.(b) y (e), al menos en términos generales, plantea que no debe seguirse que no puedan extraerse, a partir del marco establecido del Derecho Internacional, otros requisitos aplicables a dichos crímenes.

Pues bien, para interpretar dicha expresión, es necesario señalar, en primer lugar, que esta no es exclusiva de los crímenes previstos en el artículo 8.2.(e) del Estatuto de Roma. En efecto, además de la remisión idéntica contenida en el artículo 8.2.(b) para los crímenes cometidos en conflictos armados internacionales, una regla equivalente se encuentra en la introducción de los Elementos de los Crímenes referidos a los crímenes de guerra, donde se sostiene que “[l]os elementos de los crímenes de guerra de que trata el párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto serán interpretados en el marco establecido del Derecho Internacional de los conflictos armados con inclusión, según proceda, del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados en el mar” (Elementos de los Crímenes, 2010, [en línea]).

Por otra parte, el artículo 21.1.(b) del Estatuto de Roma, con una redacción diversa, también contiene una remisión a los “principios y normas del Derecho Internacional aplicables, incluidos los principios establecidos en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados”, como una fuente aplicable por la misma Corte Penal Internacional.

De esta manera, el sistema de fuentes aplicables por la Corte Penal Internacional otorga una importancia significativa al Derecho Internacional Humanitario, sea de fuente consuetudinaria o convencional. Lo anterior, entonces, no es algo exclusivo de los crímenes previstos en el artículo 8.2.(b) o (e).

Teniendo aquello en consideración, pareciera que la referencia contenida en estas últimas disposiciones, leída conjuntamente con la lista de crímenes enumerados, tiene por objeto constatar que éstos son una cristalización del Derecho Internacional Consuetudinario vigente a la época de celebración del Estatuto de Roma (Groover, 2014). Dicho carácter declarativo, sin embargo, no excluye la posibilidad de que los jueces puedan revisar el carácter consuetudinario de determinadas disposiciones, atendiendo a las circunstancias del caso, y así determinen si existen otras reglas relevantes del Derecho Internacional Humanitario que sean aplicables al caso concreto (Groover, 2014). Parte de ese ejercicio es reconocido por la Sala de Apelaciones al momento que analiza si el Derecho Internacional Humanitario establece algún requisito adicional para la punibilidad de los crímenes de guerra de violación y violencia sexual. Como señala correctamente la Sala de Apelaciones, dicho examen no puede considerarse violatorio del principio de legalidad, sino, por el contrario, es garantista de los derechos del acusado, en la medida en que pone restricciones adicionales a la punibilidad (*The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, 2017b).

Sin embargo, es a partir de este momento que el análisis efectuado por la Sala de Apelaciones resulta cuestionable. En efecto, como fue expuesto, la Sala de Apelaciones hizo referencia a una serie de documentos, incluyendo los Convenios de Ginebra I y II, que regularían una protección genérica para miembros de ambos bandos que se encuentren enfermos, heridos o náufragos. Así, la Sala sostuvo que dicha protección sería exigible tanto al grupo armado enemigo como aquel al que estos pertenecen. De igual manera, la Corte señaló que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra también contendría una protección genérica que no se fundaría en la afiliación de una determinada persona a un determinado grupo armado.

Ello merece tres comentarios. El primero es que si bien los Convenios de Ginebra I y II reconocen una obligación de protección para ambos bandos, lo cierto es que dicha protección solo se garantiza en las circunstancias previstas en dichos Convenios, esto es, que la persona protegida esté enferma, herida o náufraga. Extraer de ello una conclusión general sobre la protección de los miembros de ambos bandos de un conflicto armado parece excesivo y contrario a los intereses y voluntad de los Estados Parte de los Convenios de Ginebra.

En segundo lugar, la interpretación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra como una disposición que regularía protecciones al interior de un grupo

armado también parece inadecuada, especialmente a la luz de la interpretación del término *hors de combat* en el derecho consuetudinario. Así, por ejemplo, en un estudio de reglas de Derecho Humanitario encargado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, se incluyó bajo la Regla 47 que una persona *hors de combat* corresponde a: “(a) cualquier persona que está en el poder de una parte adversa; (b) cualquier persona que esté indefensa debido a inconsciencia, naufragio, heridas o enfermedad; o (c) cualquier persona que manifieste claramente su intención de rendirse”⁸ (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, p. 164). A continuación, y respecto de las tres hipótesis, la Regla 47 señala que dicha protección se otorga “siempre que él o ella se abstenga de cualquier acto hostil y no intente escapar”⁹ (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, p. 164). Entonces, como es evidente, la figura de *hors de combat* supone la situación de un miembro de un grupo armado que ya no se encuentra bajo el control de su propio grupo armado, sino del rival, situación que es aplicable incluso respecto de la hipótesis de la letra (b).¹⁰

Adicionalmente y en cualquier caso, las referencias convencionales y consuetudinarias invocadas por la Corte para fundar su jurisdicción tienen un elemento común y es la exigencia de la no participación directa en las hostilidades, una circunstancia que por lo demás es reconocida por la misma Corte. Por tanto, su utilidad es bastante limitada, en tanto excluiría la protección de niños soldados que ejercen una función continua de combate y, en consecuencia, no puede decirse que no tomen parte en las hostilidades.

En virtud de lo anterior, pareciera que las referencias realizadas por la Sala de Apelaciones a las reglas aplicables de los Convenios de Ginebra eran de poca utilidad para la determinación de la punibilidad de la conducta de violación y otras formas de violencia sexual contra niños soldados cometidas por miembros de su mismo grupo armado, en tanto las reglas citadas consideran una protección muy restringida a combatientes, que se limita a ciertas circunstancias previstas en los Convenios, todas las cuales presuponen la no participación directa en las hostilidades o que presuponen la captura por parte del grupo enemigo.

8 Traducción libre, versión original en inglés: “(a) anyone who is in the power of an adverse party; (b) anyone who is defenceless because of unconsciousness, shipwreck, wounds or sickness; or (c) anyone who clearly expresses an intention to surrender”.

9 Traducción libre, versión original en inglés: “provided he or she abstains from any hostile act and does not attempt to escape”.

10 En efecto, si bien en la letra (b) no se señala expresamente que dicha persona indefensa deba estar en poder del enemigo, la limitación contenida al final de la Regla 47 sobre que la persona se abstenga de cualquier acto hostil y no intente escapar es aplicable a las tres hipótesis, y en consecuencia, supone que la parte herida no se encuentra bajo el control de su propio grupo armado (así se explica el uso de la expresión “escapar”).

Ante ello, no siendo suficientes las reglas de Derecho Internacional Convencional, era esperable que la Sala de Apelaciones acudiera al Derecho Internacional Consuetudinario sobre la materia, analizando la práctica de los Estados sobre este punto. Aquí, nuevamente cabe criticar el análisis realizado por la Corte.

En efecto, la Sala de Apelaciones reconoció no estar consciente de ningún caso en que el régimen de las violaciones graves de las leyes y usos aplicables a conflictos armados hubiese sido aplicado a situaciones en que las víctimas pertenecieran al mismo grupo armado que los autores (*The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, 2017b); sin embargo, la Corte consideró que dicha circunstancia no era suficiente para descartar la punibilidad de dichas conductas.

Lo cierto es que la falta de existencia de casos en que se castigaran los crímenes cometidos al interior de un grupo armado como crímenes de guerra no debía ser mirado ligeramente, especialmente considerando la enorme cantidad de evidencia que existe sobre la ocurrencia de dichas conductas en conflictos armados a lo largo del mundo (Associated Press, 2005; Brush, 2010; Marsh, 2011; Raidió Teilifís Éireann, 2010; Sengupta & Stewart, 2011).

En ese sentido, resulta reprochable la poca importancia que prestó la Corte a los dos casos nacionales invocados y que analizaban precisamente la posibilidad de considerar que los crímenes cometidos al interior de grupos armados podían ser categorizados como crímenes de guerra.¹¹ De hecho, la Corte prestó poca atención al hecho de que, en ambos casos, los tribunales se hubieran decidido por la conclusión inversa a la sostenida por la Corte, esto es, que ellos no constituían crímenes de guerra.

De igual manera, tampoco parece justificado que la Corte desestimara la referencia al caso *Sesay*, decidido por el Tribunal Especial para Sierra Leona, donde también se excluyó expresamente que el Derecho Internacional Humanitario pudiera criminalizar actos de violencia al interior de un grupo armado (*The Prosecutor vs. Isa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao*, 2009). Si bien es efectivo que el párrafo específico donde la Corte descartó la punibilidad de dichas conductas en el marco del Derecho Internacional se refirió exclusivamente a los conflictos armados de carácter internacional, una lectura completa de la sentencia permite determinar que dicha afirmación corresponde más bien a un error de referencia y, en consecuencia, no debe interpretarse como una decisión de la Corte de limitar dicha regulación exclusivamente a un tipo particular de conflicto armado. Por el contrario, del examen de la decisión puede concluirse que el Tribunal Especial para

11 Casos Pilz y Motosuke. Para más detalle de los casos ver nota al pie N°5.

Sierra Leona excluyó la existencia de crímenes de guerra al interior de un mismo grupo armado para conflictos sin carácter internacional, o en la alternativa, para ambos tipos de conflictos.¹²

En cualquier caso, incluso si fuera correcto que dicho caso se refería exclusivamente a los crímenes cometidos en conflictos armados de carácter internacional, lo anterior nuevamente no supone excluir a los conflictos armados sin carácter internacional. De hecho, es bien sabido que el Derecho Internacional Humanitario siempre ha reconocido una protección más amplia en el marco de los conflictos armados internacionales.¹³ En consecuencia, de considerarse que los crímenes cometidos al interior de un grupo armado no son crímenes de guerra en el marco de conflictos armados internacionales, debería concluirse que menos aún lo serían en conflictos sin carácter internacional.

Además de lo anterior, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional intentó también privar de relevancia a la decisión del caso Sesay, señalando que esta se fundaría exclusivamente en un análisis del Convenio de Ginebra III y la protección de los prisioneros de guerra. Nada en la decisión del caso Sesay permite llegar razonablemente a dicha conclusión. De hecho, el Tribunal Especial para Sierra Leona realiza un análisis general sobre la protección de personas *hors de combat*, y la relación de los combatientes con sus adversarios, y en cualquier caso, hizo referencia no solo al Convenio de Ginebra III sino también al Convenio de Ginebra IV.

Por lo mismo, no parece correcto el rechazo de la Corte a las conclusiones alcanzadas en los únicos casos en que se analizaba la posible comisión de crímenes de guerra al interior de grupos armados.

Lo mismo puede decirse de la decisión de la Sala de Apelaciones de sostener que, en ausencia de cualquier regla general excluyendo a miembros de los grupos armados de protección contra crímenes cometidos por miembros de su mismo grupo armado, no habría base para asumir la existencia de dicha regla en el caso concreto (*The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 2017b). En efecto, dicha determinación resulta

12 En efecto, en el párrafo 977 de la misma decisión, la Sala consideró que el conflicto armado en análisis era de aquellos sin carácter internacional. Si se considera entonces que el Tribunal sostuvo que el asesinato del miembro de un grupo en el contexto de este conflicto armado no era un crimen de guerra, es posible concluir que el Tribunal consideró que la no verificación de los elementos de los crímenes de guerra para este tipo de delito era también aplicable para conflictos armados sin carácter internacional, como precisamente era el conflicto armado que se encontraba analizando.

13 Históricamente los conflictos armados sin carácter internacional eran considerados un asunto dentro de la soberanía de cada país, sin requerir intervención del Derecho Internacional. Así se explica que exista una protección más amplia y acabada para los conflictos armados internacionales, consagrada en los cuatro Convenios de Ginebra, y una protección más limitada en conflictos armados sin carácter internacional, reconocida solamente en el artículo 3 común de los referidos convenios. La existencia de la misma distinción ha sido objeto de innumerables críticas entre los autores (Stewart, 2003; Crawford, 2007; Bartels, 2009).

abiertamente cuestionable en atención a la evidencia contenida en el Derecho Internacional consuetudinario sobre la protección limitada de combatientes –y aún más limitada de combatientes del mismo grupo armado del agresor–.

La decisión de la Corte resulta además violatoria del principio de legalidad (*nullum crime sine lege*) contenido en el artículo 22 del Estatuto de Roma. En efecto, como se encuentra reconocido en el párrafo 2 del mismo artículo, la definición de crímenes debe ser interpretada estrictamente, sin admitirse la analogía. En dicho escenario, considerando que el artículo 8.2.(b) y (e) remite a las reglas generales del Derecho Internacional Humanitario, y que a su vez el mismo derecho consuetudinario no contiene reglas que permitan confirmar la punibilidad como crímenes de guerra de los delitos cometidos entre miembros del mismo grupo armado, la Corte debió haber tomado la aproximación contraria, esto es, determinar que a falta de una regla que expresamente incluyera a los miembros de fuerzas armadas como personas protegidas contra crímenes cometidos por miembros de su mismo grupo armado, la Corte carecía de jurisdicción para conocer dichos crímenes.

4. Algunas conclusiones y alternativas de solución

Como se ha expuesto, la decisión de la Corte Penal Internacional de confirmar su jurisdicción sobre los crímenes de violación y esclavitud sexual cometidos contra miembros del mismo grupo armado contiene una serie de inconsistencias con el marco establecido del Derecho Internacional Humanitario. En particular, la decisión de la Corte no es consistente con el Derecho Internacional Humanitario invocado por ella misma, pues establece una protección sumamente limitada para miembros de grupos armados, y más aún respecto de crímenes cometidos por otros miembros de su mismo grupo; de igual manera, la decisión de la Corte de confirmar su jurisdicción por el solo hecho de no poder identificar una regla que la negare resulta violatoria del principio de legalidad.

La conclusión expuesta no significa que la violación, la esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual contra niños soldados no sean crímenes de relevancia o que estos deban quedar impunes. Por el contrario, el hecho de que estas conductas no se encuentren incorporadas como crímenes de guerra en el caso particular del Estatuto de Roma no descarta que estas puedan constituir crímenes bajo el derecho doméstico o incluso crímenes de lesa humanidad, en determinados escenarios (Grey, 2014).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse si existen otras alternativas posibles que permitan a la Corte concluir fundadamente su jurisdicción frente a este tipo de crímenes en el futuro, incluso categorizados como crímenes de guerra.

Tres alternativas parecen dignas de ser exploradas. La primera, de efecto más limitado al interior del Derecho Internacional Humanitario, sería considerar que los niños soldados no son propiamente miembros de un grupo armado, y en consecuencia, que los crímenes cometidos contra ellos son crímenes cometidos contra población civil. En ese escenario, el hecho de que los crímenes fueran cometidos por el grupo armado contrario o por el propio grupo armado que los reclutó sería irrelevante, en tanto los niños gozarían de la protección general de la población civil y sólo perderían su protección en el periodo limitado en que participan directamente en las hostilidades.¹⁴

Las referencias realizadas por la Sala de Primera Instancia VI de la Corte a un supuesto deber de no reconocer situaciones generadas por graves violaciones del Derecho Internacional podría validar dicha conclusión. Lo mismo podría concluirse de un análisis amplio del concepto de lealtad, tratado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, a fin de determinar que los menores de 15 años no tienen realmente lealtad con el grupo que los reclutó o alistó, y en consecuencia, que no pueden ser considerados realmente combatientes de dicho grupo.

Sin embargo, dicha interpretación parece tener un alcance muy limitado. En efecto, como ha sido reconocido por el Comité Internacional de la Cruz Roja (Melzer, 2009), para efectos de determinar la membresía a un grupo armado, lo crucial es determinar la existencia de una función continua de combate. Y lo anterior es relevante, según reconoce la misma Cruz Roja, pues en el caso de grupos armados que no corresponden a las fuerzas armadas del Estado, es común que los mecanismos de afiliación incluyan, por ejemplo, reclutamiento involuntario de sus miembros. Así, pareciera que la lealtad no corresponde a un criterio relevante para determinar la membresía de una persona a un determinado grupo armado, al menos en el estado de cosas actual del Derecho Humanitario.

En efecto, el Derecho Humanitario distingue entre aquellos que son efectivamente miembros del grupo armado, al ejercer una función continua de combate,¹⁵

14 Según es reconocido en los estudios elaborados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (Melzer, 2009), la población civil pierde protección contra ataques directos por la duración de cada acto que constituya una participación directa en las hostilidades. Sobre este último punto, el mismo Comité Internacional de la Cruz Roja define participación directa en las hostilidades como un acto que cumple con cuatro requisitos cumulativos: (i) debe ser apto para afectar adversamente las operaciones o capacidad militar de la otra parte, o alternatively, significar muerte, herida o destrucción de personas u objetos protegidos contra el ataque; (ii) debe haber una relación causal entre el acto y el daño que se causaría por ese acto o por una operación militar coordinada de la que ese acto forma parte, y (iii) el acto debe estar específicamente diseñado para causar el daño en apoyo de una parte del conflicto y en perjuicio de la otra.

15 El Comité Internacional de la Cruz Roja (Melzer, 2009) ha definido la función continua de combate como aquella que requiere una duradera integración en un grupo armado que actúa como la fuerza armada de una parte no estatal en un conflicto armado. Así mismo, ha señalado que los individuos cuya función incluye la preparación, ejecución o comando de actos u operaciones que corresponden a participación

de aquellos que son civiles y sólo participan esporádicamente en las hostilidades. Son solo los segundos quienes recuperarán la protección en el preciso momento que dejen de participar directamente en las hostilidades.¹⁶ Y como vemos, el hecho de que hayan sido reclutados voluntariamente o no, no cobra relevancia para determinar su pertenencia en uno u otro grupo.

De conformidad con lo anterior, serían civiles aquellas personas que, si bien acompañan al grupo armado, no desarrollan una función que involucre una participación directa en las hostilidades. En efecto, dichas personas conservarán su status y protección en tanto población civil. En esta categoría podrían incluirse aquellos niños, hombres y mujeres, que acompañan al grupo armado pero que son utilizados casi exclusivamente para labores de parejas de los combatientes, y en general quienes son víctimas de violación y esclavitud sexual sin desarrollar una función continua de combate. Al conservar su protección como civiles, los crímenes cometidos respecto de ellos caerían ineludiblemente bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, como actos de violencia sexual cometidos contra la población civil, con independencia de haber sido cometidos por un miembro del grupo armado que acompañan.

Sin embargo, dicha categorización tiene una utilidad limitada, pues no resuelve el problema de la protección de niños soldados que sí ejercen una función continua de combate, pero que igualmente son víctimas de violencia sexual. De hecho, existe un reconocimiento amplio en el Derecho Humanitario de que los niños, incluso habiendo sido reclutados o alistados en infracción del Derecho Internacional, constituyen igualmente blancos legítimos para el grupo armado contrario (Rodenhäuser, 2016). Ante ello, cabe cuestionarse entonces si sería admisible la alegación que en el caso Ntaganda fue invocada por los Representantes Legales de las Víctimas, de que los niños soldados tendrían un estatus único, no podrían ser considerados miembros del grupo que los reclutó y, en consecuencia, no serían combatientes *vis-à-vis* dicho grupo armado, aunque sí fueran blancos legítimos para el grupo contrario (Office of Public Counsel for Victims, 2017). No parece haber acuerdo en la doctrina en ese sentido; de hecho, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha sostenido que las nociones de civiles y miembros de grupos armados son mutuamente excluyentes (Melzer, 2009).

directa en las hostilidades desempeñan una función continua de combate. Además, el Comité Internacional de la Cruz Roja señala que un individuo que es reclutado, entrenado y equipado por dicho grupo para participar directa y continuamente en las hostilidades en su nombre puede ser considerado como asumiendo una función continua de combate incluso antes de que desarrolle un acto hostil.

16 Esto, a diferencia de los que ejercen una función continua de combate, que solo recuperan la protección cuando dejan de cumplir dicha función. Así, no es relevante si en el momento preciso no están participando directamente en las hostilidades, pues igualmente serán blancos legítimos.

Una segunda alternativa es sostener que las víctimas de violencia sexual se encontrarían protegidas bajo los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común frente a los crímenes cometidos por miembros de su mismo grupo armado, en tanto la violencia sexual trae consigo la existencia de coerción, que implicaría que, al menos durante ese periodo, el miembro del grupo armado sería puesto *hors de combat*.

Sin embargo, la utilidad de dicha alternativa sigue siendo reducida, pues como fue analizado, la protección de los miembros de grupos armados que han sido puestos *hors de combat* por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, parte del supuesto de que dichos miembros del grupo armado se encuentran bajo el control del grupo armado adverso. Es ese el entendimiento contenido en la Regla 47 del compendio elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009). Por tanto, dicha alternativa tampoco permitiría la punibilidad de crímenes cometidos al interior de un grupo armado.

En cualquier caso, e incluso en el caso de que se considerara que la protección de soldados *hors de combat* no se limita a aquellos que se encuentran en poder del grupo contrario, dicha alternativa igualmente cuenta con una debilidad adicional, y es que parece corresponder a un análisis demasiado reduccionista del concepto *hors de combat*. En efecto, dicha interpretación permitiría penalizar como crímenes de guerra conductas que se han considerado siempre como parte de la jurisdicción doméstica, como es el caso de las ejecuciones de soldados que se encontraran previamente detenidos al interior de su mismo grupo armado, por infracciones a la ley militar.

La mejor alternativa parece ser acudir a la norma prevista en el artículo 75 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, que como se adelantaba, contiene una regla de clausura respecto de la protección de civiles y combatientes en un conflicto armado que estén en poder de una de las partes, incluyendo la propia, y que no gocen de un tratamiento más favorable bajo los Convenios de Ginebra o el mismo Protocolo. Al respecto, el artículo 75 incorpora la prohibición de la tortura, los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada, entre otras conductas.

Ahora bien y como anticipábamos, el Protocolo Adicional I tiene un inconveniente, en tanto es aplicable exclusivamente a conflictos armados internacionales, según dispone el artículo 1.3 de mismo Protocolo en relación con el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra. Sin perjuicio de ello, existen quienes sostienen que el Derecho Internacional Humanitario ha evolucionado, de manera tal de avanzar en la homologación de los estatutos de protección de ambos tipos de conflicto armado (Cassese, 1999; Henckaerts & Doswald-Beck, 2009). Así, podría sostenerse que el Derecho Internacional Humanitario de carácter consuetudinario

ha ampliado la protección contenida en la regla de clausura del artículo 75 del Protocolo Adicional I, con el propósito de hacerla aplicable a todo tipo de conflicto armado, mientras se cumpla el requisito contenido en dicho artículo, esto es, que la persona en cuestión esté en poder de una de las partes del conflicto.

Ahora bien, y dado que la sola ampliación del Derecho Internacional Humanitario a este respecto no es suficiente para establecer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre las referidas conductas, la evolución del derecho consuetudinario debería ingresar al Estatuto de Roma por medio de la referencia contenida en el *chapeau* de los artículos 8.2.(b) y 8.2.(e), al formar parte del marco establecido del Derecho Internacional. La ventaja de esta aproximación, frente a las anteriores, es que permitiría reconocer igual protección para todos los miembros de un grupo armado frente a los crímenes contenidos en el artículo 8.2.(b) y (e), con independencia de si ellos son mayores o menores a 15 años, frente a ciertos crímenes especialmente graves, como precisamente es el caso de la violencia sexual o la tortura.

Queda entonces determinar si efectivamente el Derecho Internacional Humanitario, sea convencional o consuetudinario, ha evolucionado o evolucionará en los próximos años, de tal manera de equiparar las protecciones ofrecidas en el caso de un conflicto armado internacional respecto de un conflicto armado sin dicho carácter. Sin perjuicio de los significativos avances en la materia, incluyendo la reforma del Estatuto de Roma en el año 2010,¹⁷ la cuestión aún se encuentra disputada.

Referencias

- Bartels, R. (2009). Timelines, Borderlines and Conflicts: The Historical Evolution of the Legal Divide between International and Non-International Armed Conflicts. *International Review of the Red Cross*, 91(873), 35-67. Doi: 10.1017/S1816383109990191
- Cassese, A. (1999). The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections. *European Journal of International Law*, 10, 144-171. Doi: 10.1093/ejil/10.1.144
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

17 En la Conferencia de Kampala del año 2010, se acordó una enmienda al artículo 8 del Estatuto de Roma, incorporando los crímenes de guerra de emplear veneno o armas envenenadas (artículo 8.2.(e)(xiii)), emplear gases asfixiantes o tóxicos (artículo 8.2.(e)(xiv)) y emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo (artículo 8.2.(e)(xv)) como crímenes en el marco de un conflicto armado sin carácter internacional. Dichos crímenes ya se encontraban tipificados respecto de los conflictos armados internacionales bajo el artículo 8.2.(b)(xvii), (xviii) y (xix) del mismo Estatuto. A la fecha de presentación de este trabajo, dicha enmienda cuenta con 34 ratificaciones, un número significativamente menor al número de estados parte del Estatuto de Roma -123 a la fecha-.

- Clapham, A., & Gaeta, P. (Ed.). (2014). *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- Crawford, E. (2007). Unequal before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction between International and Non-International Armed Conflicts. *Leiden Journal of International Law*, 20(2), 441-465. Doi: 10.1017/S092215650700413X
- Cryer, R., Friman, H, Robinson, D., & Wilmshurst, E. (2016) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Focarelli, C. (2012). *International Law as Social Construct. The struggle for Global Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Gaggioli, G. (2014). Sexual Violence in Armed Conflicts: A Violation of International Humanitarian Law and human Rights Law. *International Review of the Red Cross*, 96(894), 503-538. Doi:10.1017/S1816383115000302
- Grey, R. (2014). Sexual Violence Against Child Soldiers. *International Feminist Journal of Politics* 16(4), 601-621. Doi:10.1080/14616742.2014.95596
- Groover, L. (2014). *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Henckaerts, J.M., & Doswald-Beck, L. (2009). *Customary International Humanitarian Law. Volume 1: Rules*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kinsella, H. (2011). *The Image before the Weapon. A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*. Ithaca: Cornell University Press.
- Melzer, N. (2009). *Intepretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Ginebra: International Committee of the Red Cross.
- Moir, L. (2004). *The Law of Internal Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Plattner, D. (1990). The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law Applicable in Non-International Armed Conflicts. *International Review of the Red Cross*, 30(278), 409-420. Doi: 10.1017/S0020860400075938
- Rodenhäuser, T. (2016). Squaring the Circle? Prosecuting Sexual Violence against Child Soldiers by their Own Forces. *Journal of International Criminal Justice*, 14(1), 171-193. Doi:10.1093/jicj/mqw006

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

Sivakumaran, S. (2012). *The Law of Non-International Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.

Stewart, J. (2003). Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict. *International Review of the Red Cross*, 85(850), 313-349. Doi: 10.1017/S0035336100115199

Werle, R. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Tratados y otros instrumentos internacionales

Convenio de Ginebra I del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

Convenio de Ginebra II del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

Convenio de Ginebra III del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Convenio de Ginebra IV del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra.

Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional de 2002.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 8 de noviembre de 1994.

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977.

Protocolo Adicional II 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 del 8 de junio de 1977.

Jurisprudencia

CPI, Sala de Primera Instancia I. (2012). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute*. 14 de marzo (ICC-01/04-01/06).

- CPI, Sala de Primera Instancia I. (2012). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*. 14 de marzo (ICC-01/04-01/06).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. (2014). *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda*. 9 de junio (ICC-01/04-02/06).
- CPI, Sala de Primera Instancia VI. (2017a). *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Second Decision on the Defence's Challenge to the Jurisdiction of the Court in Respect of Counts 6 and 9*. 4 de enero (ICC-01/04-02/06).
- CPI, Sala de Apelaciones. (2017b). *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Judgment on the Appeal of Mr Ntaganda Against the "Second Decision on the Defence's Challenge to the Jurisdiction of the Court in Respect of Counts 6 and 9"*. 15 de junio (ICC-01/04-02/06 OA5).
- Office of Public Counsel for Victims (2017). *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Former Child Soldiers' Observations on the "Appeal from the Second Decision on the Defence's Challenge to the Jurisdiction of the Court in Respect of Counts 6 and 9"*. 23 de febrero (ICC-01/04-02/06).
- SCSL, Sala de Primera Instancia I. (2009). *The Prosecutor v. Isa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao. Judgment*. 2 de marzo.
- TPIY, Sala de Apelaciones. (1999). *The Prosecutor v. Duško Tadić. Judgment*. 15 de julio.

Otros

- Associated Press (22 de abril de 2005). *Akbar Convicted of Murder*. Fox News. Recuperado de <http://www.foxnews.com/story/2005/04/22/akbar-convicted-murder.html>
- Brush, P. (28 de julio de 2010). *The Hard Truth about Fragging*. History Net. Recuperado de <http://www.historynet.com/the-hard-truth-about-fragging.htm>
- Jacobs, D. (18 de marzo de 2012). *Lubanga Decision Roundtable: Lubanga, Sexual Violence and the Legal Re-Characterization of Facts*. Opinio Juris Blog. Recuperado de <http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-lubanga-sexual-violence-and-the-legal-re-characterization-of-facts/>

- Marsh, K. (12 de abril de 2011). *Syrian Soldiers Shot for Refusing to Fire on Protesters*. The Guardian. Recuperado de <https://www.theguardian.com/world/2011/apr/12/syrian-soldiers-shot-protest>
- Raidió Teilifís Éireann (18 de marzo de 2010). *Michael McAleavy Released after 27 Years*. Raidió Teilifís Éireann, Irlanda. Recuperado de <https://www.rte.ie/news/2010/0318/128916-mcaleavym/>
- Sengupta, K. y Stewart, C. (1 de marzo de 2011). *Body Bags Reveal Fate of Soldiers who Refused to Fire on their Own People*. Independent. Recuperado de <http://www.independent.co.uk/news/world/africa/body-bags-reveal-fate-of-soldiers-who-refused-to-fire-on-their-own-people-2228512.html>