

# EL CRIMEN DE RECLUTAMIENTO Y UTILIZACIÓN DE NIÑOS SOLDADOS EN EL PRIMER FALLO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

---

*César Alfonso*

**RESUMEN.** Las figuras del reclutamiento y la utilización de niños soldados, contempladas en el ECPI, dan lugar a ciertos planteamientos que son tratados en la sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional el 14 de marzo de 2012. Este tribunal llegó a la convicción de que el señor Thomas Lubanga Dyilo había realizado el hecho punible previsto en el artículo 8.2.e.vii del ECPI. El informe analiza, entre otros aspectos, la interpretación de las conductas de reclutamiento y alistamiento, la valoración del conflicto armado y sus repercusiones en la amplitud de las prohibiciones.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, reclutamiento, conscripción, alistamiento, utilización de niños menores, conflicto armado internacional, conflicto armado no internacional, fuerzas armadas estatales, fuerzas armadas, grupos armados.

**ABSTRACT.** The judgment issued by Trial Chamber I of the International Criminal Court on 14 March 2012 analyzes the crimes of recruiting child soldiers and using them to participate in hostilities, as defined in the Rome Statute of the ICC. The Chamber found that Mr. Thomas Lubanga Dyilo had committed the punishable act described in Article 8.2.e.vii of the Statute. Among other aspects, this paper analyzes the interpretation of the acts of conscripting and enlisting children, the nature of armed conflict and the consequences of this evaluation on the scope of the prohibitions.

**Key words:** International Criminal Court, recruiting, conscripting, enlisting, using children under the age of 15, international armed conflict, armed conflict not of an international character, national armed forces, armed forces, armed groups.

**ZUSAMMENFASSUNG.** Die Rechtsfiguren der Rekrutierung und des Einsatzes von Kindersoldaten, wie sie im IStGH-Statut vorgesehen sind, werfen eine Reihe von Fragen auf, die in dem am 14. März 2012 von der Ersten Hauptverfahrenskammer

## ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

des Internationalen Strafgerichtshofs verkündeten Urteil behandelt werden. Das Gericht kam zu der Überzeugung, dass Thomas Lubanga Dyilo die in Artikel 8.2.e.vii des IStGH-Statuts vorgesehene Straftat begangen hatte. Der Beitrag analysiert unter anderem die Interpretation der Handlungen der Zwangsverpflichtung und Eingliederung, sowie die Einordnung des bewaffneten Konflikts und deren Auswirkungen auf die Reichweite der Verbote.

**Schlagwörter:** Internationaler Strafgerichtshof, Zwangsverpflichtung, Wehrpflicht, Eingliederung, Einsatz von Minderjährigen, internationaler bewaffneter Konflikt, nicht internationaler bewaffneter Konflikt, staatliche Streitkräfte, Streitkräfte, bewaffnete Gruppen.

### 1. Introducción

“Crimen de guerra”, en un sentido jurídico estricto, designa una infracción a una norma del derecho internacional humanitario (DIH), cuya punibilidad se encuentra prevista directamente por disposiciones del Derecho Internacional.<sup>1</sup> En este sentido, el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) contiene 51 “crímenes de guerra”. Estas prohibiciones se basan en las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (CG I-IV),<sup>2</sup> sus dos Protocolos Adicionales de 1977 (PA I y II), que las revisan y desarrollan,<sup>3</sup> y los Convenios celebrados durante las Conferencias de La Haya<sup>4</sup> en los años 1899 y 1907.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Véase Kai Ambos, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht - Völkerstrafrecht - Europäisches Strafrecht - Rechtshilfe*, Múnich: C. H. Beck (3.ª ed.), 2011, p. 273.

<sup>2</sup> El objeto del CG I es la protección de enfermos y heridos de los ejércitos en campaña. El CG II fue celebrado con miras a mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar. El CG III refiere al trato de prisioneros de guerra, mientras que el CG IV se ocupa de la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

<sup>3</sup> En 1977 las CG tuvieron importantes revisiones y desarrollos a través de dos protocolos adicionales. El Primer Protocolo Adicional (PA I) representa el intento de una completa recodificación del DIH, que sobre la base de las CG de 1949 ha integrado en forma parcial el denominado *derecho de La Haya*. El Protocolo Adicional II (PA II) trata lo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. En el marco del PA II se desarrolló el concepto de un artículo 3 común para los convenios.

<sup>4</sup> Los convenios celebrados durante las conferencias internacionales de paz en La Haya abarcan regulaciones sobre los medios y métodos en la conducción de la guerra. En principio estas disposiciones están destinadas a regir un conflicto entre dos Estados. No existe un equivalente al artículo 3 común CG para los casos de conflicto armado no internacional; pero a partir de la decisión de la cámara de apelación del TPIY en el caso *Tadić*, de 2 de octubre de 1995, se relativizó la distinción entre conflictos internacionales y no internacionales, dado que estos son parecidos a los primeros en cuanto a intensidad, duración y estructura. A partir de esta decisión existe el entendimiento de que las normas del derecho de La Haya rigen además para conflictos no internacionales con las características mencionadas.

<sup>5</sup> Christoph Safferling, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht - Völkerstrafrecht -Europäisches Strafrecht*, Berlín y Heidelberg: Springer, 2011, p. 215.

De interés para el presente informe es el crimen de reclutamiento de niños menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades. El artículo 8.2.b.xxvi ECPI prohíbe el reclutamiento durante un conflicto armado internacional, mientras que el artículo 8.2.e.vii ECPI establece la prohibición de las conductas mencionadas para el caso de un conflicto armado no internacional.<sup>6</sup>

Las figuras mencionadas (reclutamiento y utilización de niños soldados) dan lugar a ciertos planteamientos, que pretenden ser analizados en especial consideración a la sentencia de fecha 14 de marzo de 2012 dictada por la Sala de Primera Instancia I (la Sala) de la Corte Penal Internacional (CPI). Este tribunal ha llegado a la convicción de que el señor Thomas Lubanga Dyilo ha realizado el hecho punible previsto en el artículo 8.2.e.vii ECPI<sup>7</sup> y le ha impuesto en consecuencia la pena de 14 años de prisión.<sup>8</sup>

## 2. Reclutamiento

Un primer aspecto a considerar es que la versión en inglés del ECPI, en la parte pertinente, no habla propiamente de *recruitment*,<sup>9</sup> sino más bien de *conscriptio* y *enlistment*.

Esta terminología no aparece en las disposiciones que sirvieron de fuente a los artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii ECPI. En el artículo 77.2 PA I y el artículo 4.3.c del PA II, se prohíbe a las altas partes reclutar a niños menores de 15 años para sus fuerzas armadas o permitir su participación en las hostilidades. En el artículo 38.2 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), del 20 de noviembre de 1989, se establece una prohibición semejante.<sup>10</sup>

En las mencionadas disposiciones del DIH, en el artículo 38 de la CDN, así como en los distintos proyectos anteriores del ECPI, se describe la prohibición, en lo pertinente, con la expresión *reclutar*. La voz *recruiting* fue dejada de lado en la Conferencia en Roma, a requerimiento de la delegación americana, y sustituida por las expresiones

<sup>6</sup> Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck (3.ª ed.), 2012, p. 1233.

<sup>7</sup> CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01-/04-01/06-2842), en adelante, *Lubanga Dyilo Judgment*.

<sup>8</sup> CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, 10 de julio de 2012 (ICC-01/04-01/06-2901).

<sup>9</sup> En la versión en español del Estatuto sí aparece la palabra *reclutar*.

<sup>10</sup> Werle, o. cit. (nota 6), p. 1234.

## ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

*conscripting* y *enlisting*. Con esto debía quedar en claro que la realización del tipo no presuponía necesariamente una coerción.<sup>11</sup>

La Sala ha enfatizado que los comportamientos no se encuentran definidos en el Estatuto, las reglas o los Elementos de los Crímenes. En este sentido, ha asumido la posición de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP).<sup>12</sup>

De ello surge una consecuencia para la relación entre los conceptos *conscriptio* y *enlistment* y el concepto *recruitment* utilizado en los antecedentes. La Sala ve a la ‘conscripción’ y al ‘alistamiento’ como formas de ‘reclutamiento’. *Recruitment* representa entonces un concepto superior o general; entre este y aquellos existe una relación género-especie.<sup>13</sup>

### 2.1. Conscripción

Con relación al significado de *conscriptio*, refiere la Sala que se trata de la incorporación de un niño o niña menor de 15 años a un grupo armado en forma coercitiva.<sup>14</sup>

Existe mayormente coincidencia en cuanto al significado de esta expresión. Ya el Working Group on the Elements of ICC Crimes ha manejado en este sentido las siguientes definiciones: “to enlist compulsorily” o “to force someone by law to serve in one of the armed forces”.<sup>15</sup>

Como se ha mencionado, en la versión en español del ECPI, en la parte pertinente, se utiliza el verbo *reclutar* para expresar lo que en la versión en inglés del ECPI se pretende describir con la palabra *conscripting*. Según el sentido usual de *reclutar*, esta palabra significa ‘alistar reclutas’. *Alistar*, por su parte, significa ‘sentar o inscribir en lista a alguien’, ‘sentar plaza en la milicia’. Como se aprecia, no se menciona específicamente a la coerción como criterio de uso de la palabra *reclutar*, por lo que el recurso a la versión en inglés del ECPI es relevante para una interpretación adecuada de la versión en español.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> *Ibidem*; *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 607.

<sup>12</sup> *Ibidem*, § 600, 607.

<sup>13</sup> *Ibidem*, § 607.

<sup>14</sup> Werle, o. cit. (nota 6), p. 1236.

<sup>15</sup> Gregoria Palomo: *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, Berlín: Berliner Wissenschafts, 2009, p. 136.

<sup>16</sup> Véase el diccionario de la RAE (<<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>); véase también Ezequiel Malarino y Emanuela Fronza, “Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales

## 2.2. Alistamiento

En cuanto al significado de *enlisting*, la Sala entiende que designa la incorporación voluntaria del niño o de la niña menor de 15 años de edad a un grupo armado.<sup>17</sup>

Ambos sostiene que el entendimiento de *enlistment* como algo voluntario y de *conscriptio* como algo forzoso es ampliamente aceptado.<sup>18</sup>

Palomo ha argumentado, sin embargo, a favor de una interpretación más amplia de *enlistment* y ha criticado en su momento la aproximación de la SCP ahora asumida por la Sala. Según esta crítica, la aproximación de la Sala no se basa en el sentido usual de la expresión, que designa la incorporación de una persona a una unidad militar sin que su voluntad tenga un rol definitorio. *Enlisting* significa “*to enroll on the list of a military body; to engage a soldier*” tanto como “*to join something esp. the armed forces*”. De ahí deriva que *enlisting* describa de manera general la incorporación de una persona en una unidad armada. Para fortalecer su posición, Palomo expresa que también este es el sentido usual de los términos correspondientes en francés y español.<sup>19</sup>

Afirma que la aproximación propuesta es la adoptada en la confirmación de las órdenes de captura para la situación en Uganda. A los buscados Kony, Otti y Odhiambo se les ha atribuido, entre otros, “*enlisting through abduction*”. Por otro lado, la Sala de procedimiento I del Tribunal Especial para Sierra Leona, en su decisión contra Fofana y Kondewa, interpreta *enlisting* como concepto general para todas las formas de reclutamiento, entre las que *conscripting* muestra un elevado contenido criminal y en este sentido representa una forma más grave de alistamiento. También se menciona la posición del juez Robertson, quien habla de *lesser enlistment offence*, y que la interpretación propuesta subyace también al significado del § 8.1, número 5, VStGB<sup>20</sup> en lo pertinente.<sup>21</sup>

---

plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik, *Temas actuales del derecho penal internacional*, Montevideo, 2005, pp. 61-96.

<sup>17</sup> *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 607.

<sup>18</sup> Kai Ambos: “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/260871/348074>> (2.8.2013), p. 21; así también Werle, o. cit. (nota 6), p. 1236.

<sup>19</sup> Palomo, o. cit. (nota 15), p. 139.

<sup>20</sup> § 8, “*Kriegsverbrechen gegen Personen. (1) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt [...] 5. Kinder unter 15 Jahren für Streitkräfte zwangsverpflichtet oder sie zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten verwendet.*”

<sup>21</sup> Palomo, o. cit. (nota 15), p. 139.

---

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

---

Desde la perspectiva propuesta, *conscriptio* es un concepto subordinado a *enlistment*. En otras palabras, *enlistment* constituye el género y *conscriptio* representa la especie.<sup>22</sup>

En contra de la lectura de *enlisting* como reclutamiento voluntario, argumenta Palomo que la aproximación de la SCP reduce en demasía el concepto, y además exigiría la prueba correspondiente, que en relación con el reclutamiento de niños soldados es especialmente problemática. Alega que el concepto de la *voluntariedad* no se encuentra precisado en el Estatuto y que su tratamiento y delimitación han sido igualmente problemáticos en la jurisprudencia. También afirma que la interpretación de la SCP no se corresponde con los antecedentes históricos de la regulación. La delegación americana, que fue la que instó la sustitución de *recruiting* por *conscripting and enlisting*, veía en este último término la expresión de un procedimiento técnico administrativo de incorporación de un nombre a una lista; no se habló de una comprensión como reclutamiento voluntario.<sup>23</sup>

Ambos había señalado ya que la interpretación realizada por la SCP de los términos *enlisting* y *conscripting* es convincente, pero que se habría podido apreciar un análisis más detallado basado en el derecho comparado. El autor hace referencia a que el tribunal, de acuerdo con el artículo 21.1.c ECPI, aplica en forma subsidiaria principios generales de derecho derivados de leyes nacionales de los sistemas legales del mundo. Estos no solo son importantes para llenar vacíos legales, sino también para la interpretación de reglas imprecisas y para mejorar el razonamiento legal. Para Ambos, la SCP debió haber tomado en cuenta, por lo menos, aspectos relevantes del derecho anglosajón para sustentar sus proposiciones. Menciona que ya una vista rápida al diccionario *Black's Law*, que define *enlistment* como “ingreso voluntario a una rama de los servicios armados” y *conscriptio* como “alastamiento compulsivo de personas en los servicios armados”, sirve de evidencia de la corrección de las propuestas interpretativas de la SCP.<sup>24</sup> Tampoco la Sala hace mayores esfuerzos en el sentido aconsejado por Ambos.

Lo mencionado relativiza la crítica de Palomo, en atención a que la interpretación de la SCP y de la Sala se corresponde con un sentido técnico del sustantivo *enlistment*.

Respecto a lo afirmado de la reducción del concepto de alistamiento, es de reconocer que, si bien a medida que se va precisando un concepto se estrecha su extensión, en el

---

<sup>22</sup> “*Conscripting ist [...] eine speziellere Form des enlisting.*” *Ibidem*, p. 139.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 140-143.

<sup>24</sup> Kai Ambos, “La primera decisión de confirmación de la Corte Penal Internacional”, en Leonidas Kotsalis, Nestor Courakis y Christos Mylonopoulos (editores): *Libro homenaje para Argyrios Karras*, Atenas: Sakkoulas, 2010, 979 (989, 990).

presente caso esto no reduciría el alcance de la prohibición, ya que se abarcan las posibles formas de reclutamiento. En este sentido afirma Ambos:

[...] la interacción entre alistamiento (voluntario) y reclutamiento (forzoso) evita cualquier laguna de punibilidad ya que, independientemente de la forma en la cual el niño llega a formar parte de un grupo armado (voluntaria o no), esta es cubierta por el delito.<sup>25</sup>

De esto último se deriva que solo pueden darse dos supuestos: un reclutamiento coherente con la voluntad del niño o un reclutamiento donde esta está ausente: un reclutamiento forzoso.

Si esto es así, el argumento citado por Palomo de la dificultad probatoria de la voluntariedad se relativiza ante la alternatividad mencionada. Esto es así porque se daría la siguiente situación: Incorporado un niño a una unidad armada, agotados los esfuerzos probatorios, puede llegar a no saberse si la incorporación fue voluntaria o compulsiva, que —como se ha dicho— son las variantes posibles. En los dos supuestos, el acusado sería punible, ya que en el primer caso sería aplicable la variante del *alistamiento* y en el segundo la de la *conscriptión*.

Se plantea luego la pregunta de si sería viable una condena ante la situación probatoria ambigua a la que se hizo mención. A favor de una respuesta afirmativa habla la circunstancia de que se da una situación en la que no es posible mayor esclarecimiento y los supuestos de reclutamiento se encuentran en una relación de alternatividad.<sup>26</sup>

En contra de una *constatación alternativa*<sup>27</sup> puede mencionarse el argumento de la existencia de una relación de grados entre *conscriptio* y *entlistment*. Si bien no se habla de una auténtica cualificación, se aceptaría que *conscripting* con sus ingredientes de coerción representa frente al *entlistment* una modalidad de realización cualificada.<sup>28</sup>

En caso de la existencia de una relación de grados puede aceptarse que ante la duda se puede sancionar con base en el tipo (en este caso, en la variante) más favorable (*in dubio mitius*), que de seguir lo dicho en el párrafo precedente sería la del *entlistment*.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Ambos, "El primer fallo...", o. cit. (nota 18), p. 21.

<sup>26</sup> Carl-Friedrich Stuckenberg, "Wahlfeststellung", en *Juristische Arbeitsblätter*, Múnich: Luchterhand, 2001, p. 221 (221, 223).

<sup>27</sup> Con esta expresión se pretende hacer referencia a lo que en alemán se designa con la palabra *Wahlfeststellung*.

<sup>28</sup> Cf. Palomo, o. cit. (nota 15), p. 140.

<sup>29</sup> Stuckenberg, o. cit. (nota 26), p. 221 (223).

---

## ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

---

Volviendo a la interpretación de la Sala respecto a *enlisting*, esta aparece como adecuada y convincente.

En otro orden de ideas, el concepto de *enlisting* en particular y el de *recruitment* en general refieren a la incorporación a una unidad armada con el fin de una formación o alguna otra faena militar. No son abarcadas por los conceptos las campañas generales de las fuerzas armadas para instrucción escolar o laboral.<sup>30</sup>

### 2.3. El reclutamiento y el consentimiento

La Sala afirma que el hecho de que se haya reemplazado la palabra *recruitment* (que aparece en los PA y en la CDN) en el Estatuto por las de *conscription* y *entlistment*, deja fuera de duda que la prohibición no solo alcanza al reclutamiento forzoso.<sup>31</sup>

Esto es relevante para dar respuesta a la pregunta de si un reclutamiento coincidente con la voluntad del niño es abarcado por los artículos 8.2.*b*.xxvi y 8.2.*e*.vii ECPI.

En muchos tipos legales la voluntad del afectado de sacrificar sus intereses, objeto de protección puede excluir la realización del tipo u operar (a lo sumo) como una causa de justificación. La distinción entre estos roles, es decir, si una voluntad coincidente del afectado impide la realización del tipo u opera con carácter justificante, depende de las características del tipo.<sup>32</sup>

Cuando el consentimiento opera como una circunstancia que excluye la tipicidad, se tienen usualmente en cuenta aspectos meramente fácticos, la mera capacidad natural de voluntad del afectado. Cuando el consentimiento opera con un efecto justificante, se consideran aspectos normativos, tales como aspectos relativos a su validez. Es cierto que en algunos casos, cuando el consentimiento opera a nivel del tipo, pueden tener relevancia aspectos normativos. Por ejemplo, en los supuestos de lesión de confianza o infidelidad (§ 266 Strafgesetzbuch [StGB]), se considera que una aprobación del titular del patrimonio respecto al riesgo de un negocio, en determinadas circunstancias, excluiría la lesión del deber de cuidado y luego la realización del tipo. Se entiende, sin embargo, que el consentimiento no tendría el mencionado efecto si el titular fuera inexperto o

---

<sup>30</sup> Palomo, o. cit. (nota 15), p. 138.

<sup>31</sup> *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 608.

<sup>32</sup> Johannes Wessels y Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Hamburgo: C. F. Müller, 2010 (40.<sup>a</sup> ed.), p. 130.



si su consentimiento se hubiera obtenido mediante un engaño sobre factores relevantes relativos al riesgo.<sup>33</sup>

El concepto de *conscripting* presupone la falta de consentimiento o el desacuerdo de la víctima; entonces, en estos supuestos el consentimiento del afectado evitaría la realización completa del tipo, pues no concurriría el elemento *falta de consentimiento*.

Aunque suene banal, vale la pena mencionar que luego ya no tiene sentido preguntarse por un efecto justificante del consentimiento, pues ya no existiría un hecho típico.

En los casos de *enlistment*, en la interpretación de la Sala, la concurrencia del consentimiento forma parte del concepto y consecuentemente del tipo. Su concurrencia (y la de los demás presupuestos, naturalmente) permite afirmar su realización (no como en el supuesto anterior, en el que permite excluir su realización).<sup>34</sup>

Aquí la *falta de consentimiento* no es un elemento del tipo, por lo que podría plantearse la pregunta sobre si la presencia de un consentimiento podría operar como una causa de justificación. Esto debe responderse negativamente por motivos de coherencia. El alistamiento se basa en el consentimiento, entonces este lógicamente no puede tener luego un efecto justificante.<sup>35</sup>

De lo dicho se puede deducir que una invocación (como algo favorable a una defensa) de un consentimiento del afectado solo eventualmente podría tener sentido en relación con la figura del *conscripting*. En este sentido, se afirma con razón que, para que sea coherente la afirmación de la Sala realizada en el párrafo 616,<sup>36</sup> debería sustituirse la palabra *enlistment* por *conscription*.<sup>37</sup>

La Sala confunde, como señala Ambos, la cuestión de la existencia de elementos típicos con la pregunta estructuralmente distinta sobre la posibilidad del consentimiento de un menor de 15 años y sus efectos jurídicos.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Ibídem, p. 131.

<sup>34</sup> Ambos, "El primer fallo...", o. cit. (nota 18), p. 21.

<sup>35</sup> Ibídem, p. 22.

<sup>36</sup> "La Sala de Cuestiones Preliminares en el presente caso adoptó esta visión cuando determinó que el consentimiento de un niño no provee una defensa válida con relación al alistamiento." *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 616.

<sup>37</sup> Ambos, "El primer fallo...", o. cit. (nota 18), p. 22.

<sup>38</sup> Ibídem, pp. 21, 23.

### 3. Utilización

En cuanto a la variante de la utilización de niños menores de 15 años, la Sala ha expresado su parecer en relación con la interpretación de la *participación activa* en las hostilidades.

La participación activa abarca, según comparte la Sala, no solo las actividades de combate propiamente, sino también otras actividades o roles de apoyo.<sup>39</sup> Quedan excluidas del concepto de participación las actividades que claramente no están relacionadas con las hostilidades, como la entrega de comida o el trabajo doméstico.<sup>40</sup>

Según la decisión, la participación directa en las hostilidades requerida por el artículo 77.2 del PA I no es necesaria. La Sala considera que esta conclusión se deriva de la diferencia entre los términos *activo* y *directo*. A este respecto, puede acotarse, esta interpretación se deriva más bien del hecho de que el artículo 4.3.c del PA II se refiere a cualquier participación, directa o indirecta, además de los fines de protección de la criminalización del reclutamiento o el alistamiento de niños soldados.<sup>41</sup>

Teniendo en cuenta este aspecto, se afirma que debería considerarse *participación en hostilidades* toda actividad, directa o indirecta, que exponga a los niños a los riesgos de los conflictos armados, incluyendo aquellos peligros que se originan en el seno de los propios grupos, siempre que se respete el principio de legalidad.<sup>42</sup>

En este sentido, la Sala considera como aspecto determinante los riesgos a los cuales los niños están expuestos como miembros de un grupo armado. La Sala expresa:

[...] todas estas actividades, que cubren tanto la participación directa como la indirecta, tienen una característica subyacente común: el niño afectado es, por lo menos, un blanco potencial. En consecuencia, el factor determinante en la decisión de si un rol “indirecto” debe ser tratado como participación activa en hostilidades es si el apoyo prestado por el niño a los combatientes lo expuso a él o ella a un peligro real como un blanco potencial.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 621-628.

<sup>40</sup> *Ibidem*, § 621-623.

<sup>41</sup> Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 24.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>43</sup> *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 628.

## 4. Conflicto armado

La existencia de un conflicto armado constituye un presupuesto para la configuración del crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños soldados.<sup>44</sup>

No existe propiamente una definición de este concepto en el derecho internacional, por lo que sus contornos se derivan de algunas disposiciones del DIH. En este sentido, del artículo común 2 de los CG I-IV se deriva que, además de los *casos de guerra declarada*, existen otros conflictos armados. Del artículo 1.2 del PA II, asumido en el artículo 8.2.d y f del ECPI, puede concluirse que no constituyen un conflicto armado las situaciones internas de tensión y de disturbios. La idea de *conflicto armado* refiere luego al recurso a la fuerza o a la violencia armada entre actores (estatales o no estatales)<sup>45</sup> como medio para dirimir diferencias.<sup>46</sup>

El artículo 8 del ECPI adopta un enfoque dualista, en el sentido de que discrimina prohibiciones que rigen en un conflicto armado internacional de aquellas relativas a un conflicto de carácter no internacional.<sup>47</sup>

Las conductas descritas deben estar en una relación funcional con el conflicto.<sup>48</sup> Así, si se produce un reclutamiento desvinculado de todo conflicto armado —por ejemplo, en cumplimiento de un servicio militar obligatorio— que incluye a niños menores de 15 años, este no entraría en consideración como crimen de guerra.<sup>49</sup>

### 4.1. Conflicto armado internacional

El artículo 8.2.b.xxvi ECPI es el aplicable cuando el reclutamiento o la utilización de menores de 15 años se dan en el marco de “un conflicto armado internacional”. Este concepto no se encuentra definido en el ECPI ni en los Elementos de los Crímenes.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Véase Ambos, *Internationales Strafrecht...*, o. cit. (nota 1), p. 276.

<sup>45</sup> Kai Ambos, *Los crímenes más graves en el derecho penal internacional*, México: INACIPE, 2005, p. 74.

<sup>46</sup> Ambos, *Internationales Strafrecht...*, o. cit. (nota 1), p. 276.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 274.

<sup>48</sup> Palomo, o. cit. (nota 15), p. 124; Werle, o. cit. (nota 6), 952 ss.

<sup>49</sup> Palomo, o. cit. (nota 15), p. 134.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 125.

## ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

La SCP, basada en el artículo 21.1.*b* ECPI, ha recurrido al artículo 2 CG y a la jurisprudencia del TPIY, y derivado la siguiente conceptualización:<sup>51</sup>

[Un] conflicto armado internacional representa cada enfrentamiento entre Estados, que conduce a un empleo inmediato de la fuerza entre sus fuerzas armadas. [...] No es necesario que exista una especial medida o intensidad en la violencia o el uso de la fuerza, ni que el enfrentamiento lleve el título de “guerra”.<sup>52</sup>

De acuerdo a lo expresado, el conflicto es internacional si ocurre un enfrentamiento armado entre dos o más Estados. También puede ser parte en este tipo de conflictos una organización internacional, como la OTAN o las Naciones Unidas.<sup>53</sup>

De acuerdo al artículo 1.4 PA I, un grupo armado no estatal que aspira una independencia puede ser parte de conflicto internacional. Una lucha de liberación nacional es tratada como un conflicto internacional, ya que a su término debería surgir un sujeto de derecho internacional cuyo estatus es incluso ya reconocido por otros sujetos de derecho internacional. Al grupo se lo reconoce por el motivo mencionado: un estatus *cuasiestatal*.<sup>54</sup>

Por otro lado, aun cuando no haya existido propiamente un enfrentamiento entre fuerzas armadas, se habla también de un conflicto internacional en caso de una declaración de guerra o de una ocupación del territorio de un Estado por las tropas de otro.<sup>55</sup>

### 4.2. Conflicto armado no internacional

El artículo 8.2.*e.vii* ECPI es el aplicable en caso de un conflicto armado de carácter no internacional. Este tipo de enfrentamiento se describe en el artículo 8.2.*f* ECPI como aquel “que tiene lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>52</sup> Sala de Cuestiones Preliminares, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges*, de 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803) § 209.

<sup>53</sup> Werle, o. cit. (nota 6), nm 955.

<sup>54</sup> Véase Palomo, o. cit. (nota 15), p. 155.

<sup>55</sup> *Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges* (nota 52), § 209, 212.

o entre tales grupos”. La primera parte de esta disposición, basada en el artículo 1.2 PA II, excluye situaciones de tensión internas y de disturbios interiores.<sup>56</sup>

En este sentido, existe un conflicto armado no internacional cuando se da un enfrentamiento con las armas de cierta intensidad y duración que involucra a las fuerzas armadas nacionales y a grupos armados que cuentan con cierta estructura jerárquica o cuando existe un enfrentamiento armado entre grupos de esa naturaleza.<sup>57</sup>

Las partes en un conflicto no internacional serán por lo general el Gobierno enfrentado a fuerzas armadas disidentes o a grupos insurgentes armados y organizados. El conflicto también puede tener como autores a dos grupos de esta naturaleza.<sup>58</sup>

### 4.3. Internacionalización de un conflicto armado

Puede darse el caso de que dos o más Estados participen en un enfrentamiento, y al menos uno de ellos no intervenga directamente, sino a través de un *tercero*, un grupo armado no estatal. Cuando un Estado interviene así en el enfrentamiento, el conflicto se considera internacional, si es que puede imputársele el obrar del grupo. Los criterios para afirmar una imputación semejante son sin embargo discutidos.<sup>59</sup>

De acuerdo al criterio denominado *control efectivo*, desarrollado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Nicaragua*,<sup>60</sup> el Estado de referencia debe influir sobre el grupo armado emitiendo instrucciones específicas en cuanto a sus actuaciones u operaciones.<sup>61</sup>

Por otro lado, el criterio del control global (*overall control*) del TPIY<sup>62</sup> requiere del Estado un apoyo al grupo armado en la planificación general y una coordinación en las operaciones militares. No requiere la emisión de instrucciones o directivas para la comisión de actos específicos. El mero apoyo financiero o el equipamiento del grupo

<sup>56</sup> El artículo 1 (2) PA II expresa: “El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

<sup>57</sup> Palomo, o. cit. (nota 15), p. 131.

<sup>58</sup> Ambos, *Los crímenes más graves...*, o. cit. (nota 45), p. 75.

<sup>59</sup> Cf. ibídem, pp. 77 s.

<sup>60</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Judgment*, CIJ Reports 1986, p. 14; *International Law Reports*, pp. 76, 349.

<sup>61</sup> Werle, o. cit. (nota 6), nm 962; *Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges* (nota 52), § 115.

<sup>62</sup> *Prosecutor v. Tadić. Judgment*, caso IT-91-1-A, AC, 15 de julio de 1999, § 137.

---

## ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

---

(verbigracia, por medio del aprovisionamiento de armas) serían insuficientes para afirmar un control global.<sup>63</sup>

La Sala ha preferido el test del control general antes que el del control efectivo,<sup>64</sup> así como lo ha hecho la SCP.

### 4.4. Valoración del conflicto en el caso *Lubanga*

En el caso *Lubanga*, la Fiscalía había caracterizado primeramente el conflicto como interno, y consecuentemente había basado los cargos en la realización del artículo 8.2.e.vii del ECPI.<sup>65</sup>

La SCP, sin embargo, calificó el conflicto como de índole internacional. Realizó esta valoración basándose en la ocupación de la región de Ituri por tropas ugandesas (desde julio de 2002 hasta el 2 junio de 2003).<sup>66</sup> En este sentido, las partes del conflicto constituirían la República Democrática del Congo (RDC), cuyo territorio fue parcialmente ocupado, y Uganda, cuyas tropas ocuparon la región de Ituri.

Con base en la ocupación ugandesa, entonces, la SCP afirmó la naturaleza internacional del conflicto en la región de Ituri hasta la fecha en que aquella se mantuvo. Terminada la ocupación, la SCP consideró que el conflicto pasó a tener carácter no internacional hasta finales de diciembre de 2003.<sup>67</sup>

Palomo ha criticado la valoración del conflicto realizada por la SCP, por cuanto parece desconocer que los enfrentamientos que se llevan a cabo en un territorio raramente son homogéneos, es decir, que en el marco de un conflicto internacional puede también desarrollarse un conflicto interno, como, por ejemplo, una guerra civil. El ingreso de un Estado como parte en un conflicto no necesariamente elimina el carácter interno de un conflicto que puede mantenerse entre otras partes. El derecho aplicable debe establecerse atendiendo al conflicto o enfrentamiento específico en que el autor actúa.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> Ambos, "La primera decisión...", o. cit. (nota 24), p. 979 (987); Palomo, o. cit. (nota 15), pp. 126, 127.

<sup>64</sup> *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 540.

<sup>65</sup> *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Submission of the Document Containing the Charges Pursuant to Article 61 (3) (a) and of the List of Evidence Pursuant to Rule 121 (3)*, 28 de agosto de 2006 (ICC-01/04-01/06-356).

<sup>66</sup> *Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges* (nota 52), § 205 ss., 220; Palomo, o. cit. (nota 15), p. 127.

<sup>67</sup> Palomo, o. cit. (nota 15), p. 132.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 129.

En el caso *Lubanga* —continúa la crítica de la autora citada—, la ocupación ugandesa dotó al conflicto de un carácter internacional, pero no puede desconocerse el carácter del enfrentamiento entre grupos congoleños. El FPLC/UPC luchó contra las milicias denominadas APC y FRPI. Así, en el tiempo comprendido entre julio de 2002 y el 2 de junio de 2003, existió en la región de Ituri un conflicto de carácter internacional, así como paralelamente uno de carácter interno. Con respecto a Lubanga, propone su participación en el conflicto de carácter interno, pues considera que la FPLC no constituye una fuerza armada estatal ni un grupo armado participante en una lucha de liberación nacional en el sentido del artículo 1.4 PA I, y tampoco pudo justificarse un control global por parte de la RDC, Uganda o Ruanda.<sup>69</sup>

La Sala cambió la caracterización del conflicto<sup>70</sup> realizada por la SCP y calificó el enfrentamiento como uno de índole no internacional durante todo el periodo de relevancia para la CPI.<sup>71</sup> Esta solución divergente de la valoración anterior atendería los aspectos cuestionados por la crítica descrita, pero tampoco la decisión de la Sala llega a ser totalmente convincente.

En este sentido, afirma Ambos que, si bien es difícil juzgar la valoración fáctica de la Sala sin familiarizarse con todas las pruebas y la situación en el terreno, surgen dudas en cuanto a la presentación de la determinación de los hechos que hace la Sala respecto a la calificación del conflicto propuesta por ella. La Sala encuentra “algunas pruebas” respecto a que la RDC apoyó a la APC (que se había enfrentado con la FPLC/UPC) y a que primeramente Uganda y después Ruanda apoyaron a la FPLC/UPC, por su parte. Se hace referencia al testimonio de Gérard Prunier, quien afirmó que los tres países citados “lucharon por medio de *proxies*”. Las dudas sobre la calificación del conflicto se basan en esta determinación de los hechos. Se afirma que, ante esta presentación, el rechazo de la calificación del conflicto como internacional, por lo menos hasta el término de la ocupación ugandesa, no es claro. Se indica además que, aun luego del retiro de Uganda, este país siguió participando, así como también lo hizo Ruanda.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Esta facultad se encuentra reglada en el artículo 55 del reglamento de la CPI, que hace referencia a que la “Sala puede cambiar la calificación legal de los hechos”.

<sup>71</sup> *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 568.

<sup>72</sup> Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), pp. 18, 19.

## 5. Naturaleza del conflicto y el reclutamiento

Para el caso de un conflicto armado internacional, el artículo 8.2.b.xxvi ECPI prohíbe el reclutamiento en fuerzas armadas nacionales; en tanto, para el caso de un conflicto no internacional, el artículo 8.2.e.vii ECPI habla de reclutamiento en fuerzas armadas o en grupos armados.

Es fácil de percibir la diferencia en la formulación de las disposiciones y ella lleva a preguntarse si las prohibiciones mencionadas tienen el mismo alcance. Es claro que, en el caso de un conflicto armado no internacional, el artículo 8.2.e.vii ECPI abarca el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas gubernamentales, ya que estas se subsumen dentro del concepto de *armed forces*, y además abarca el reclutamiento en grupos armados no estatales. Sin embargo, en el caso de un conflicto armado internacional, el artículo 8.2.b.xxvi ECPI pareciera cubrir solamente el supuesto del reclutamiento en fuerzas armadas estatales. Es de mencionar que el Estatuto no contiene una definición de *national armed forces* ni de la expresión *armed forces or groups*.<sup>73</sup>

En el caso *Lubanga*, partiendo del supuesto de que se trató de un conflicto internacional, habría que resolver si el grupo FPLC/UPC constituyó una *fuerza armada nacional* en el sentido del artículo 8.2.b.xxvi ECPI.<sup>74</sup>

En el mencionado caso, la SCP calificó el conflicto como de carácter internacional y afirmó que el grupo de Lubanga, FPLC/UPC, constituyó una “fuerza armada nacional” en el sentido de la disposición citada en el párrafo pertinente. Para fundar esta posición la SCP sostuvo la línea de argumentación que se describe brevemente:

El tribunal mencionó que la prohibición contenida en el artículo 8.2.b.xxvi ECPI se basa en el contenido del artículo 77.2 del PA I:

Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas [...].

De la disposición puede derivarse en principio que solo se hace referencia a las fuerzas armadas estatales; pero se indica que esta debe vincularse con el artículo 43.1 PAI, que expresa:

<sup>73</sup> Cf. Ambos, “La primera decisión...”, o. cit. (nota 24), p. 979 (987, 991 s.).

<sup>74</sup> Cf. Werle, o. cit. (nota 6), p. 1236.



Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de los subordinados ante esa Parte [...].

De esto deriva el tribunal, en el sentido de las normas madre, que las fuerzas armadas no necesariamente deben ser las fuerzas armadas estatales. Menciona que también se incluyen grupos que luchan por una liberación nacional o contra un dominio colonial. Además, menciona que en el artículo 1 del Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (HLKO por sus siglas en neerlandés),<sup>75</sup> al lado del ejército (*armed land forces*) son abarcados también las milicias y *Freikorps* en el círculo de grupos idóneos de un conflicto armado.<sup>76</sup>

La SCP afirma luego que el adjetivo *nacional* en el artículo 8.2.b.xxvi ECPI no determina que solo se incluyen enfrentamientos entre Estados. Haciendo una remisión al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se deriva que la expresión *nacional* no necesariamente indica fuerzas del gobierno. En este sentido afirma que no se trata solo de la nacionalidad, sino también de la etnia o la pertenencia a una parte del conflicto. Se trae a colación que el TPIY en la exégesis del artículo 4.1 de la CG IV ha interpretado el concepto *nacional* en el sentido de pertenecer a la adversa en el conflicto.<sup>77</sup>

La SCP ha señalado que interpretar *fuerzas armadas nacionales* como fuerzas armadas estatales conduciría a una laguna de punibilidad y con ello se socavaría el sentido y fin del ECPI, de no dejar impunes los más graves crímenes del derecho internacional. Una interpretación semejante conduciría a que el autor que reclutara niños para un grupo armado no estatal en el marco de un conflicto internacional quedara libre de pena.<sup>78</sup>

Palomo ha indicado que la argumentación de la SCP es en varios aspectos problemática.

Un primer aspecto mencionado es que es confusa la afirmación de que del artículo 43 PA I y el artículo 1.º HLKO se deriva que también grupos no estatales son idóneos

<sup>75</sup> En el artículo 1 (HLKO), al lado del ejército (*armed land forces*), también cuentan las milicias y *Freikorps*, cuando tienen una conducción y una cadena de mando jerarquizada. Los integrantes de estas unidades armadas cuentan como combatientes y, contrariamente a lo que ocurre con los civiles, se encuentran legitimados para participar en un enfrentamiento armado.

<sup>76</sup> *Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges* (nota 52), § 270, 272 s, 274.

<sup>77</sup> *Ibidem*, § 278 ss.

<sup>78</sup> *Ibidem*, § 281, 281.

## ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

para un conflicto de carácter internacional. Con relación a grupos armados que en el marco de una lucha de liberación nacional, en el sentido del artículo 1.4 PA I, aspiran a una independencia, debe aclararse que se reconoce al grupo armado una posición cuasiestatal porque al fin de la lucha de liberación debería surgir un sujeto de derecho internacional, inclusive ya reconocido por otros. En el caso de las milicias y de los *Freikorps* se reconoce la posibilidad cuando los Estados se sirven de estos grupos en los enfrentamientos armados. Por otra parte, el artículo 1.º HLKO y el artículo 43 PA I no pueden ser mal entendidos en el sentido de que un grupo armado no estatal sin más puede convertirse en parte en un conflicto internacional. Más bien las disposiciones mencionadas establecen que a un Estado pueden serle imputadas las actuaciones de un grupo armado no estatal, como milicias y *Freikorps*, cuando el Estado se ha servido de ellos. Una parte estatal en el conflicto no podría de esta manera sustraerse a su responsabilidad con el argumento de que el accionar no pertenece a sus fuerzas armadas estatales sino que pertenece a una milicia.<sup>79</sup>

Respecto a la afirmación de la SCP de que la expresión *national armed forces*, de acuerdo a su significado usual, no necesariamente significa ‘fuerza armada estatal’, sostiene la autora mencionada que, justamente según el significado usual de la expresión, se realiza una referencia a *lo estatal*, de tal manera que *national armed forces* son en primera línea las fuerzas armadas estatales.<sup>80</sup>

Se afirma que la SCP desconoce la estrecha relación entre los crímenes de guerra y la norma madre del derecho internacional humanitario. De acuerdo al artículo 77.2 del PA I, se prohíbe a los Estados parte reclutar en sus fuerzas armadas a niños soldados. Con ello es claro que la expresión *national armed forces* debe entenderse en el sentido de fuerzas armadas estatales.<sup>81</sup>

Con respecto a la invocación de la interpretación del TPIY del artículo 4.1 CG IV, se menciona que la situación que rodeó a la decisión de este tribunal no es propiamente comparable. El TPIY debía decidir sobre la amplitud de la protección a la población civil en el derecho internacional humanitario. Debía resolver si *nacional*, en el sentido de la mencionada disposición, debía entenderse en forma estricta en función de la nacionalidad o si debía comprenderse a personas que, si bien poseen la nacionalidad de la

<sup>79</sup> Palomo, o. cit. (nota 15), p. 155.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

propia parte en el conflicto, tendrían que ser incluirlas en los cuadros de la contraparte al considerar aspectos como el étnico o la religión. Se afirma que el artículo 8.2.b.xxvi ECPI contiene un criterio específico que una fuerza armada en un conflicto internacional debe cumplir, de manera que esta posea la legitimación (que normalmente un Estado muestra) para ser parte en un enfrentamiento de carácter internacional.<sup>82</sup>

Palomo argumenta que, si se sigue el criterio propuesto de pertenencia a la parte contraria, el FPLC debería vincularse a una de las partes del conflicto internacional. En este sentido, el conflicto en Ituri se ha valorado como internacional en razón de la ocupación del lugar por las tropas ugandesas. Las partes del conflicto eran entonces Uganda y la RDC, cuyo territorio había sido ocupado. No se ha podido establecer luego que la RCD ni Uganda hayan tenido la conducción del FPLC en el sentido de un control efectivo o global, por lo que esta no puede ser atribuida a ninguna de las partes en el conflicto. Una vinculación en el sentido mencionado a Ruanda, que apoyó a la UPC con personal y armas (soporte político del FPLC) fracasa, pues tampoco se ha establecido que la influencia de este país haya llegado tan lejos como para afirmar un control global o efectivo. Para seguir la línea de argumentación de la SCP de la pertenencia a la parte contraria, habría que asumir que la UPC es una parte en el conflicto, pero esta no puede ser parte en un conflicto internacional ya que no es un sujeto de derecho internacional ni un grupo que actúa en el marco de una lucha de liberación nacional en el sentido del artículo 1 (4) PA I.<sup>83</sup>

Lo expresado por la SCP sobre el sentido y fin de la norma y la intención del legislador tampoco se ve como libre de cuestionamientos, pues se afirma que al final de las tratativas fue elegida una formulación diferente y se descarta la posibilidad de un error de redacción, ya que se ha llamado especialmente la atención sobre la diferencia de formulación.<sup>84</sup>

Por último, Palomo no considera convincente el argumento de la SCP de originarse una laguna de punibilidad si la disposición no abarca también el reclutamiento de niños soldados por grupos armados no estatales en un conflicto internacional. Para la autora, la SCP no habría tenido mayores dificultades en el caso *Lubanga* si hubiera valorado correctamente el carácter del conflicto. La intervención de Lubanga, a su juicio, se dio

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 158.

---

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

---

en un conflicto de carácter no internacional, y la disposición pertinente al lado de fuerzas armadas prevé otros grupos armados organizados. La solución del problema no se encontraría entonces en la interpretación del concepto de *fuerzas armadas nacionales*, sino en la correcta calificación del conflicto armado. Desde esta perspectiva, el artículo 8.2.b.xxvi ECPI sería aplicable si durante un conflicto internacional se reclutan niños en un grupo no estatal y este se encuentra bajo el control global de un Estado. Si en cambio esta situación no se da, pero sí la existencia de un conflicto armado, se debe calificarlo como de índole no internacional y aplicar el artículo 8.2.b.xxvi ECPI.<sup>85</sup>

Para Palomo, la distinta formulación de los artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii ECPI no se traduce en una reducción de la protección de los niños soldados en un conflicto de carácter internacional. Considera que el artículo 8.2.b.xxvi ECPI abarcaría el supuesto del reclutamiento en un grupo armado no estatal durante un conflicto internacional cuando este se encuentre bajo el control global de uno de los Estados en el conflicto.<sup>86</sup>

Este punto de vista se compadecería con el sentido de las prohibiciones antes mencionadas del DIH, pero es problemático si se toma en cuenta el texto del ECPI.<sup>87</sup>

En este sentido, Ambos sostiene convincentemente que un entendimiento de que *national armed forces* abarca todas las fuerzas armadas entra en conflicto con la historia de la redacción del ECPI y no puede ser reconciliada con el principio *nullum crimen*.<sup>88</sup> Por lo tanto, en una interpretación respetuosa de las disposiciones del artículo 22 ECPI, el supuesto del reclutamiento en un grupo armado no gubernamental durante un conflicto armado internacional no se encuentra abarcado por el artículo 8.2.b.xxvi ECPI, por lo que en este sentido existe una laguna de punibilidad.<sup>89</sup>

En lo sustancial expresa Ambos que la adición del término *nacional* fue prevista para limitar la aplicación de la disposición solo a las fuerzas armadas oficiales de un Estado, a fin de considerar la preocupación de varios Estados árabes, principalmente la del Líbano, que temía que la versión sin el agregado de *nacional* abarque a las fuerzas de Hezbollah. La invocación de los criterios resultantes de la jurisprudencia del TPIY no es convincente, pues estos fueron proveídos para un contexto totalmente diferente. Luego señala que el artículo 21.1.a ECPI expresamente obliga a la aplicación del Estatuto en

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 158, 160.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 153, 160.

<sup>87</sup> Cf. Werle, o. cit. (nota 6), p. 1237.

<sup>88</sup> Ambos, "La primera decisión...", o. cit. (nota 24), p. 979 (992 s.)

<sup>89</sup> Véase Ambos, *Internationales Strafrecht...*, o. cit. (nota 1), p. 287.

primer lugar y no la Convención de Viena. El artículo 22 ECPI establece el principio fundamental de *nullum crimen sine lege*, que en lo pertinente proscribía una punibilidad basada en la extensión por analogía de un acto codificado en el Estatuto.<sup>90</sup>

La Sala ha cambiado la calificación de la SCP y valorado el conflicto armado como no internacional. Esta nueva calificación no se ve en la necesidad de tratar la problemática descrita, pues, atendiendo al texto del art. 8.2.e.vii ECPI, el FPLC/UPC se deja subsumir en el elemento *grupo*.<sup>91</sup>

## 6. Otros aspectos

La Sala se plantea la cuestión de si en los casos de reclutamiento se presupone el propósito de la utilización de los niños en las hostilidades. El tribunal ha negado con razón esta interpretación<sup>92</sup> y considerado al *reclutamiento* y a la *utilización* de niños como “delitos separados”,<sup>93</sup> aunque sea más adecuado hablar de conductas alternativas o variantes, que cada cual por sí realiza el tipo.<sup>94</sup>

El texto, por el empleo de la conjunción *o*, permite rechazar con facilidad una proposición según la cual el reclutamiento requeriría el propósito o la intención de utilizar niños en las hostilidades. Por este motivo, señala atinadamente Ambos, no se comprende el motivo por el cual la Sala afirma que la disposición es potencialmente ambigua si es considerada en forma aislada.<sup>95</sup>

Tal vez la Sala ha considerado que puede entenderse que la incorporación de efectivos a las filas de las *fuerzas armadas* o *grupos armados* parece llevar implícito el propósito de la utilización. De todas maneras el texto es claro, no solo por la composición disyuntiva de las variantes, sino por la inexistencia de algún giro que indique el requerimiento de algún *elemento subjetivo adicional*.

<sup>90</sup> En forma crítica Ambos, quien sostiene que semejante interpretación no es correcta en atención al principio *nullum crimen*, concretamente si se tiene en cuenta la prohibición de analogías, Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 19, nota 124; véase también Ambos, “La primera decisión...”, o. cit. (nota 24), 979 (993 s.).

<sup>91</sup> Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 19.

<sup>92</sup> *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 609.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 20.

<sup>95</sup> *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 609; Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 20, nota 128.

En otro orden de ideas, con relación a la naturaleza del reclutamiento, la Sala ha expresado que se trata de un delito de carácter continuo, que termina solo cuando el niño alcanza la edad de 15 años o abandona las fuerzas armadas o el grupo armado.<sup>96</sup>

Esta clasificación de la Sala puede considerarse correcta, y al mismo tiempo llama la atención que esta cualidad del delito pueda tener un impacto en la jurisdicción temporal de la CPI, ya que esta podría tener competencia para reclutamientos ocurridos antes de la entrada en vigencia del Estatuto. Semejante extensión temporal de la jurisdicción sería contraria a la voluntad de los redactores y eventualmente contraria a las disposiciones de los artículos 11 y 22 ECPI.<sup>97</sup>

## 7. Conclusión

La interpretación de *alistamiento* como reclutamiento voluntario y la *conscripción* como reclutamiento compulsivo que hace la Sala es convincente. Sin embargo, confunde la cuestión de la existencia de elementos del tipo objetivo con la pregunta —estructuralmente diferente— sobre la posibilidad de un consentimiento del niño y sus efectos.

La caracterización del conflicto armado no ha sido realizada de forma de eliminar las dudas sobre la naturaleza de este. A los efectos de establecer si le es imputable a un Estado el actuar de un grupo no estatal, la Sala ha preferido el test del control general.

La pregunta sobre la interpretación del elemento *fuerzas armadas nacionales* en el marco del artículo 8.2.b.xxvi ECPI quedó sin tratamiento en el fallo, ya que, con el cambio de caracterización del conflicto que hace la Sala, el tratamiento de este aspecto ya no aparece como un presupuesto para la decisión del caso.

Con relación a la utilización de niños menores, la interpretación de la Sala aparece como adecuada.

La Sala expresa correctamente el carácter alternativo de las conductas (*reclutar, alistar y utilizar*) y rechaza la necesidad de que el reclutamiento deba ser realizado con el propósito de utilizar a los niños en las hostilidades. También sienta una correcta postura sobre el carácter permanente del delito de reclutamiento de niños menores.

<sup>96</sup> *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 618.

<sup>97</sup> Ambos, "El primer fallo...", o. cit. (nota 18), p. 20.