

DETERMINANDO LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DE UN CONFLICTO ARMADO EN EL MARCO DEL ESTATUTO DE ROMA: EL CASO LUBANGA

Elizabeth Santalla Vargas

RESUMEN. La inexistencia de definiciones de los tipos de conflictos armados (internacional y no internacional) en el derecho convencional o *treaty law* continúa constituyendo un desafío para el derecho internacional, en particular a la luz de la estructura del artículo 8 (crímenes de guerra) del ECPI. Esto se puso de manifiesto en el caso *Lubanga*, en el que se establecieron los lineamientos sobre la base de la jurisprudencia, esencialmente del TPIY. Si bien esta puede considerarse pionera y relevante en la materia, se requiere un mayor escrutinio o justificación, en cada caso, para su aplicación a tiempo de la interpretación del ECPI. Esta afirmación también alcanza a la aplicación del test de control global, acuñado en *Tadić* (por el TPIY), para determinar el grado de control de grupos armados no estatales por parte de terceros Estados, en el marco del ECPI. Es más, amerita la necesaria reflexión de la pertinencia de la aplicación de los dos tests, con diferente grado de exigibilidad, para determinar el grado de control, aun tratándose de escenarios de responsabilidad internacional distintos, aunque estrechamente relacionados. Todo lo anterior cobra mayor relevancia ante la cuestionada modalidad dualista de tipificación de los crímenes de guerra del ECPI, cuya debilidad resultó ilustrada precisamente en el primer caso ante la CPI, *Lubanga*, con las sutiles variantes en la tipificación del crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados, en razón del tipo de conflicto armado. Adicionalmente, la discusión suscita el escrutinio de la aplicación de la regla 63.4, a tiempo del análisis probatorio que descartó la conexión de los cargos con el CAI.

Palabras clave: reclutamiento y alistamiento de niños, participación en las hostilidades, control global, control efectivo, grupos armados no estatales, caracterización del conflicto armado, dualismo, crímenes de guerra, “niños soldados”.

ABSTRACT. The lack of definitions of the types of armed conflicts (international and non-international) in treaty law remains a challenge for international law,

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

particularly in view of the structure of Article 8 (War crimes) of the Rome Statute. This transpired in the *Lubanga* case, in which the court relied on jurisprudence mainly from the ICTY. Although this jurisprudence was groundbreaking and continues to be relevant, it is here argued that a more thorough scrutiny or justification is needed, in each case, when it comes to interpreting the Rome Statute. This reasoning also applies to the overall control test, set out in *Tadić* (by the ICTY), to determine the degree of control of non-state armed groups by third States, within the Rome Statute framework. What is more, it leads to reflect on the appropriateness of applying both this overall control test and the effective control standard, which is more stringent, in order to determine the degree of control, even in different, though inextricably inter-related, international liability scenarios. The above becomes more relevant in view of the debatable dualist method of defining war crimes in the Rome Statute. This weakness became apparent precisely in this first case before the ICC, *Lubanga*, where the subtle variations in the definition of the crime of child recruitment and using child soldiers for participation in hostilities, on account of the type of armed conflict, were flagged. The discussion also leads to scrutinize the application of Rule 63.4, in view of an evidentiary analysis which led to dismissing the connection between the charges and the international armed conflict.

Key words: child recruitment, participation in hostilities, overall control, effective control, non-state armed groups, characterization of the armed conflict, dualism, war crimes.

ZUSAMMENFASSUNG. Das Fehlen von Definitionen der Typen (internationaler und nicht internationaler) bewaffneter Konflikte im Vertragsrecht oder Treaty law stellt weiterhin eine Herausforderung für das Völkerrecht dar, insbesondere angesichts der Struktur von Artikel 8 (Kriegsverbrechen) des Statuts des IStGH. Dies wurde im Fall *Lubanga* deutlich, zu dem Leitlinien auf der Grundlage der Rechtsprechung, vor allem des Internationalen Jugoslawien-Tribunals (ICTY), entwickelt wurden. Wenngleich diese Rechtsprechung als bahnbrechend und relevant für das Thema gelten kann, so bedarf es zu ihrer zeitgemäßen Anwendung bei der Interpretation des IStGH-Statuts weiterer Untersuchungen und Begründungen. Diese Feststellung gilt auch für die Anwendung des im Fall *Tadić* (vom Internationalen Jugoslawien-Tribunal) entwickelten Tests über die Globalkontrolle zur Bestimmung des Grades der Kontrolle von nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen durch Drittstaaten im Rahmen des IStGH-Statuts. Darüberhinaus erfordert sie notwendigerweise Überlegungen zur Sachdienlichkeit der beiden Tests – wenn auch mit unterschiedlichen Anforderungen – bei unterschiedlichen, aber gleichwohl eng miteinander verbundenen Szenarien internationaler Verantwortung, um den Grad der Kontrolle zu bestimmen. Das Gesagte ist umso relevanter angesichts der fragwürdigen dualistischen Modalität der Typisierung von Kriegsverbrechen durch das IStGH-Statut, deren Schwäche gerade im Fall *Lubanga*, dem ersten vor dem IStGH verhandelten Fall, mit seinen subtilen Varianten bei der Typisierung des Verbrechens der Rekrutierung

und des Einsatzes von Kindersoldaten angesichts der Art des bewaffneten Konflikts deutlich wurde. Darüberhinaus ergibt sich aus der Diskussion die Notwendigkeit, die Anwendung der Regel 63.4 zum Zeitpunkt der Beweisanalyse zu untersuchen, die eine Verbindung der Anschuldigungen mit dem CAI ausschloss.

Schlagwörter: Rekrutierung und Verpflichtung von Kindern, Beteiligung an Feindseligkeiten, globale Kontrolle, effektive Kontrolle, nicht-staatliche bewaffnete Gruppen, Charakterisierung des bewaffneten Konflikts, Dualismus, Kriegsverbrechen, "Kindersoldaten".

1. Introducción

La primera sentencia de la Corte Penal Internacional (CPI), caso *Fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo*,¹ puso en la palestra del debate académico con consecuencias de índole práctica las dificultades inherentes a la interpretación y aplicación de los estándares que hacen a la determinación de la existencia (o no) del elemento contextual de los crímenes de guerra, en particular a tiempo de la identificación de la naturaleza del conflicto armado, relevante en el ámbito del ECPI. Esta contribución analizará la interpretación y aplicación del elemento contextual en la primera sentencia de la CPI, a fin de cotejar su posible impacto en el desarrollo del derecho internacional. Desde luego, dicho análisis no es posible sin la necesaria referencia a su tratamiento en la instancia preliminar o de confirmación de los cargos.

Cabe asimismo señalar que las dificultades inherentes al tradicional dualismo en la tipificación de los crímenes de guerra —es decir, la clasificación y distinción de las conductas punitivas según el tipo de conflicto armado (conflicto armado internacional (CAI) y conflicto armado no internacional (CANI)— que presenta el Estatuto de Roma (ECPI) se ponen de manifiesto en la discusión que suscitó el caso. Esta se aborda de manera complementaria, al ser la prueba del elemento internacional —con relación a la existencia de un CAI— objeto de análisis particular.

¹ 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*).

2. Hechos relevantes

La imputación/acusación y condena por el así llamado “crimen de guerra de niños soldados” —incluido el reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades (artículo 8.2.e.vii ECPI)—² se remonta al conflicto armado suscitado principalmente en la región/distrito de Ituri de la República Democrática del Congo (RDC). El sentenciado, Thomas Lubanga Dyilo, era el líder de la Unión de Patriotas Congolese (UPC) —un partido político creado el 2000 para hacer frente a la *Rassemblement Congolais pour la Démocratie/Kinsangani-Mouvement de Libération (RCD/K-ML)*, partido liderado por el entonces gobernador de Ituri—³ y comandante en jefe de su fuerza militar, las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC).⁴ Vale decir, Lubanga era jefe de un grupo armado no estatal. Durante y en el marco del conflicto armado —principios de septiembre de 2002 al 13 de agosto del 2003—, periodo de relevancia para la imputación del caso,⁵ la UPC/FPLC habían reclutado en sus filas, *inter alia*, a niños menores de 15 años, quienes participaron activamente en las hostilidades (conductas objeto de la imputación/acusación).⁶

El conflicto armado en Ituri se remonta a 1999, cuando surgieron tensiones internas producto de controversias con relación a la distribución de tierra y de recursos naturales. En el segundo semestre de 2002, resurgieron los actos de violencia armada en varias partes del distrito de Ituri,⁷ que involucraron la participación de la FPLC.⁸ Durante el primer semestre de 2003, fuera de las operaciones militares suscitadas en

² Artículo 8.2.e.vii: “Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”. Nótese que el tipo incluye varias conductas no de manera cumulativa. Es decir, su comisión puede suceder si existe *solo* responsabilidad penal por el reclutamiento o el alistamiento o la utilización para la participación activa en las hostilidades. Por tanto, el empleo de la conjunción y en el texto debe entenderse con relación al contenido de la imputación/acusación y de la misma sentencia.

³ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803-tEN), § 167-8.

⁴ *Ibidem*, § 7-8.

⁵ Como apunta Ambos, conforme al artículo 74.2 del ECPI, el marco temporal forma parte de los hechos descritos en la imputación penal o de cualquier modificación a esta, vinculantes para la Sala de Juicio. Kai Ambos, “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): a Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, *International Criminal Law Review*, 12, 2012, p. 128 (pie de p. 96).

⁶ CPI, Fiscal, ante la Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Document Containing the Charges, Article 61(3)(a)*, 28 de agosto de 2006 (ICC-01/04-01/06-356-Conf-Anx2).

⁷ *Decision on the Confirmation of Charges*, nota supra 3, § 4.

⁸ *Ibidem*, § 183 (dicha participación fue corroborada a tiempo del juicio).

Bunia (capital del distrito) en marzo y mayo de 2003, se produjeron ataques de la UPC (en Nyangaraye, en enero de 2003), del Front National Intégrationniste (FNI) —otro movimiento político-militar, aparentemente respaldado por Uganda—⁹ (en Bogoro, en febrero de 2003), de la UPC (en Lipiri, en febrero de 2003), del FNI/FRPI (en Mandro, en marzo de 2003) y del FNI (en Katoto, en junio de 2003).¹⁰ Entre junio y diciembre del 2003, tanto la UPC como el FNI y el Parti pour l'Unité et la Sauvegarde de l'Intégrité du Congo (PUSIC) —otro movimiento político-militar del grupo étnico hema que se había creado para desestabilizar y debilitar a la UPC—, entre otros, participaron en el conflicto.¹¹

Así, la Sala de Juicio consideró que la evidencia presentada había demostrado, más allá de toda duda razonable, que durante todo el periodo relevante de la acusación hubo una serie de conflictos armados simultáneos en Ituri y en las áreas aledañas en la RDC (tanto de carácter internacional como no internacional) que involucraron la participación de una diversidad de grupos.¹²

3. Sobre el elemento contextual de los crímenes de guerra

3.1. Generalidades sobre el elemento contextual en el marco del Estatuto de Roma

El elemento contextual del artículo 8.2 ECPI, que contempla los crímenes de guerra —esto es, el conflicto armado—, no reviste una definición ni en el ECPI ni en los Elementos de los Crímenes, así como tampoco quedan definidos el alcance internacional o no internacional del conflicto armado —solo el pie de página 34 de los Elementos de los Crímenes establece que el término *conflicto armado internacional* incluye el caso de ocupación militar—. En efecto, los Elementos de los Crímenes requieren que, por un lado, la conducta haya tenido lugar en el contexto y estuviera relacionada con un conflicto armado, y que el autor hubiera sido consciente de las circunstancias de hecho que hacen a la existencia de un conflicto armado. La SCP I, siguiendo la interpretación del

⁹ Ibidem, pie de p. 262.

¹⁰ Ibidem, § 196.

¹¹ Ibidem, § 197.

¹² *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 543.

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

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en *Tadić*¹³ y *Brđanin*,¹⁴ consideró que la conducta imputada debe estar estrechamente relacionada a las hostilidades, es decir, que exista un vínculo claro y contundente entre el crimen y el conflicto,¹⁵ sin que sea necesario que el conflicto armado constituya el propósito de la conducta ni que la conducta haya tenido lugar en el curso de las hostilidades. Sin embargo, apunta la SCP I, el conflicto armado debe tener un rol sustancial en la decisión del autor del delito/crimen, en su capacidad de cometer el crimen o en la manera en que la conducta fue cometida.¹⁶

A efectos jurisdiccionales de la CPI, el artículo 8.1 ECPI contempla un componente adicional que, si bien no es condición *sine qua non* para la existencia del elemento contextual y la jurisdicción *ratione materiae* de la CPI, denota una mayor factibilidad de su adjudicación. Este indica:

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.¹⁷

En efecto, la jurisprudencia emergente de la CPI ha considerado que el término *en particular* se refiere a que la existencia de un plan, política o comisión a gran escala no constituye un prerequisite para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI respecto de los crímenes de guerra. Así, por ejemplo, en la decisión de confirmación de los cargos en *Bemba*, consideró adicionalmente que el término sirve como una “guía práctica” para la CPI,¹⁸ aunque sin brindar mayor explicación respecto de lo que ha de entenderse por ello; es decir, si constituiría una guía, por ejemplo, a efectos de valorar la gravedad, en el marco del análisis de admisibilidad. Este elemento guarda similitud con el elemento

¹³ TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a "Dule"*, *Appeal Judgment, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-I-A), § 70.

¹⁴ TPIY, Sala de Juicio II, *The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Judgment*, 1 de septiembre de 2004 (IT-99-36-T), § 123.

¹⁵ *Decision on the Confirmation of Charges*, nota supra 3, § 288.

¹⁶ *Ibidem*, § 287.

¹⁷ ECPI, artículo 8.1 (énfasis añadido).

¹⁸ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009 (ICC-01/05-01/08-424), § 211 (citando a Dörmann en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observer's Notes, Article by Article (2008)*, pp. 299-300. También § 266 de la decisión. Kai Ambos: *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, p. 125 (con referencias doctrinales adicionales: pie de p. 15).

contextual de los crímenes de lesa humanidad (un ataque generalizado o sistemático). Sin embargo, es aceptado que los elementos del plan, política y escala no son elementos constitutivos de los crímenes de guerra, aunque es poco probable que un solo crimen de guerra cometido de manera esporádica pudiera alcanzar el umbral de gravedad del artículo 17.1.*d.*¹⁹

Ante la falta de definiciones en los textos jurídicos de la CPI, resulta de importancia la interpretación adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en *Lubanga*, toda vez que constituye la primera interpretación en la jurisprudencia de la CPI respecto de los elementos que hacen a un CAI y a un CANI. Así, sobre la base del artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra (1949) y la jurisprudencia relevante del TPIY, la SCP II estableció:

La Sala considera que un conflicto armado es de carácter internacional si tiene lugar entre dos o más Estados; esto se extiende a la ocupación total o parcial del territorio de otro Estado, sea o no que dicha ocupación encuentre resistencia. Adicionalmente, un conflicto armado interno que irrumpe en el territorio de un Estado puede convertirse en internacional – o, dependiendo de las circunstancias, puede ser de carácter internacional y desarrollarse a la par de un conflicto armado interno, si: (i) otro Estado interviene en el conflicto a través de sus tropas (intervención directa), o (ii) algunos de los participantes en el conflicto armado interno actúan en representación de otro Estado (intervención indirecta).²⁰

En la misma línea, la decisión de confirmación de los cargos en *Bemba* estableció:

[...] la Sala concluye que existe un conflicto armado internacional en caso de hostilidades armadas entre Estados a través de sus respectivas fuerzas armadas u otros actores que actúen en representación del Estado.²¹

Lo que sin duda resulta más controversial es la definición de un CANI, toda vez que la formulación de los estándares normativos no es uniforme en el derecho internacional humanitario convencional (a diferencia de lo que ocurre en el caso del CAI)²² y,

¹⁹ Mark Klamburg, "Article 8(1) – War Crimes", en Mark Klamburg (ed.), *The Commentary on the Law of the International Criminal Court*, disponible en <www.casematrixnetwork.org/cmnn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc>.

²⁰ *Lubanga*, decisión de confirmación de los cargos, nota supra 3, § 209 (traducción libre).

²¹ *Bemba*, decisión de confirmación de los cargos, nota supra 16, § 223.

²² El artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra (1949) ha sido interpretado en el sentido de reconocer la existencia de un CAI cuando las partes del conflicto son dos o más estados (sin necesidad de declaratoria de gue-

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

consiguientemente, la jurisprudencia internacional es disímil. Esto es aún más evidente en el caso del ECPI. En efecto, el artículo 8.2 contempla en su primer inciso (*a*) las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y en segundo lugar (inciso *b*) otras violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables en el CAI. Asimismo, incorpora en su inciso *c* las violaciones graves al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (aplicables en el marco del CANI) y las otras violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables en el CANI (*e*). Este último inciso queda interpretado por el párrafo *f*, aspecto que se desarrolla más adelante.

Es admitido que los estándares que hacen al umbral de un CANI en el marco del artículo 8.2.*c, d, e y f* ECPI, se basan en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.²³ Es más, como apunta Cullen, el alcance del elemento contextual no formó parte del debate de la Comisión Preparatoria, donde en principio no se contempló la inclusión de los crímenes de guerra en un CANI —su incorporación resulta atribuible a la Conferencia de Roma—. ²⁴ Cabe resaltar que se presentó la propuesta de incorporar el umbral del artículo 1.1 del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra, a saber: a) existencia de un mando responsable; b) control sobre el territorio, y c) posibilidad de desplegar operaciones concertadas y sostenidas, propuesta que sin embargo fue rechazada por cuanto contemplaba un umbral de aplicación innecesariamente alto²⁵ —en particular en lo concerniente al elemento de control del territorio—,²⁶ que no sería consistente con el actual desarrollo del derecho internacional.²⁷ Aquí cabe tener en cuenta la definición esbozada en la connotada decisión sobre la contienda de jurisdicción en *Tadić* (1995), que definió un CANI en los siguientes términos:

rra). Asimismo, cuando existe ocupación total o parcial del territorio de un Estado parte (aunque esta no encuentre resistencia militar). El artículo 1 del PAI (1977) reconoce expresamente la validez del artículo 2 común, al extender su aplicación a dichas situaciones, e incorpora los conflictos armados de resistencia contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas (*apartheid*).

²³ De modo general, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 563.

²⁴ Anthony Cullen, "The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the ICC: an Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)", *Journal of Conflict and Security Law*, 2008, p. 423. Sobre el debate en la Conferencia de Roma, véanse pp. 424-5.

²⁵ *Ibidem*, p. 429.

²⁶ Varias delegaciones en cuyos territorios se desarrollaban conflictos armados manifestaron su particular oposición con el elemento de control territorial, que consideraron como un requisito limitante para la jurisdicción de la CPI e innecesario, teniendo en cuenta que grupos armados no estatales podrían operar desde fuera del territorio; por ejemplo, desde un estado colindante —con o sin su consentimiento—, como había ocurrido en Uganda. *Ibidem*, p. 433.

²⁷ *Ibidem*, p. 431.

[...] violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado.²⁸

Esto es particularmente relevante *vis-à-vis* la identificación del umbral del artículo 8.2.f, respecto del cual se ha puesto en cuestionamiento el grado de asimilación con la formulación de *Tadić* y su compatibilidad con los estándares de aplicación del artículo 3 común. En efecto, el estándar de *conflicto armado prolongado* se emplea en lugar de *violencia armada prolongada* —formulación que deviene de *Tadić*, como se advierte líneas más arriba—. Esto ha dado pie a una interpretación diversa en la doctrina. Por ejemplo, para Sassòli y Bouvier, el artículo 8.2.f conlleva un umbral distinto al del artículo 3 común:

[...] el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece un umbral intermedio de aplicación. Abandona el requerimiento de control de parte del territorio y de estructura de comando por parte de fuerzas disidentes o rebeldes. El conflicto, sin embargo, debe ser prolongado y los grupos armados deben ser organizados.²⁹

Por el contrario, por ejemplo, para Meron, la inclusión de *conflicto armado prolongado* no amerita una interpretación distinta al resto de las secciones del artículo 8.³⁰

El hecho de que el artículo 8 del ECPI contemple distintas formulaciones del CANI a efectos de la clasificación del listado de los crímenes de guerra que incorpora, da pie al cuestionamiento de si se trata de umbrales diferentes (o no) a efectos de la definición del conflicto armado respecto de tales categorías. Dicho cuestionamiento ha sido objeto de diversas interpretaciones. En todo caso, es admitido que la sección *d* alcanza a las situaciones de conflictos armados entre grupos armados organizados,³¹ lo que lleva a una interpretación armónica del umbral de aplicación en las situaciones cubiertas por las secciones *d* y *f*.³² Dicha interpretación queda reforzada si se considera que de los informes de la PrepCom no se desprende que se contemplara la opción de distintos umbrales para

²⁸ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a Dule, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-AR72), § 70.

²⁹ Marco Sassòli y Antoine Bouvier, *Hos Does Law Protect in War?*, Ginebra: ICRC (vol. I, 2.ª ed.), 2006, p. 110, citado por Cullen, nota supra 24, p. 439.

³⁰ Theodor Meron, "Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court", en H. von Hebel et al. (eds), *Reflections on the ICC* (1999), 54, citado por Cullen, o. cit., nota supra 24, p. 439 (con referencias adicionales).

³¹ Cullen, nota supra 24, p. 436.

³² *Ibidem*, p. 438.

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

las diversas situaciones que hacen a un CANI, pese al diferente *chapeau* que incluye cada sección.³³ En esta línea cabe considerar la omisión del umbral del Protocolo Adicional II (PA II), que, como ha sido ampliamente reconocido y se ha comentado aquí, al incluir los elementos del control de territorio por parte de insurgentes o grupos armados no estatales, la conducción de operaciones militares concertadas y sostenidas, la existencia de un mando responsable, etcétera, conduce a un umbral más alto con relación a la determinación de la existencia de un conflicto que “simplemente” *no* es de índole internacional, conforme al artículo 3 común.

3.2. Caracterización del conflicto armado en *Lubanga*

La determinación de que la comisión de los crímenes de guerra que contempla el artículo 8 del ECPI “haya tenido lugar en el contexto [de un conflicto armado internacional o no internacional] y que haya estado relacionada con él”³⁴ es indispensable para su persecución penal en el régimen del ECPI, toda vez que este adoptó el modelo de tipificación dual (que tipifica y clasifica los crímenes según el tipo de conflicto armado: internacional o no internacional). Las dificultades que dicho modelo plantea repercuten no solo en el alcance de los elementos constitutivos de los tipos —aspecto que se comenta más adelante—, sino también en la determinación del umbral de un conflicto armado y a su naturaleza. Esto reviste una serie de vicisitudes, como se evidencia en el *cas d'espèce*. A continuación se aborda la polémica suscitada al respecto durante el curso del proceso penal en *Lubanga*.

La imputación inicial de la Fiscalía versaba sobre el crimen con relación al CANI, artículo 8.2.e.vii,³⁵ caracterización que fue modificada por la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) a tiempo del análisis de confirmación de los cargos. Adicionalmente se suscitó una discusión de orden procesal o procedimental respecto de la interpretación y aplicación del artículo 61.7.c.ii ECPI, que contempla la fórmula “un crimen

³³ *Ibíd.*, pp. 437-8, donde comenta sobre la propuesta del Bureau, y en general argumenta la postura de inexistencia de umbrales diferentes respecto de las situaciones que hacen a un CANI, en el marco del artículo 8.

³⁴ Elementos de los Crímenes, artículo 8 (Crímenes de Guerra), Introducción.

³⁵ Fiscal, *Document Containing the Charges pursuant to Article 61(3)(a) and of the List of Evidence pursuant to Rule 121(3)*, nota supra 6.

distinto que sea de competencia de la Corte”,³⁶ debate que cae fuera del objeto de esta contribución.

Así, la SCP I, considerando que el conflicto armado suscitado en Ituri fue de carácter internacional en su etapa inicial (de julio de 2002 a junio de 2003), para luego mantenerse como un CANI, amplió la imputación confirmando los cargos respecto de ambos tipos (artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii, es decir, el crimen de reclutamiento o alistamiento de niños o su utilización para participar activamente en las hostilidades de un CAI y un CANI, respectivamente), en su decisión de confirmación de los cargos de 29 de enero de 2007.³⁷ La determinación de la existencia de un CAI se basó en las siguientes consideraciones:

- a. La presencia de Uganda, a través de sus fuerzas armadas, como una potencia ocupante en la región de Ituri (de julio de 2002 a junio de 2003, fecha del efectivo retiro de las fuerzas armadas de Uganda).³⁸
- b. El rol de Ruanda en el conflicto armado en Ituri después del 1 de julio de 2002, que se tradujo en el apoyo a la UPC, expresado en el aprovisionamiento no solo de munición y armas, sino también de soldados. Asimismo, la SCP I consideró que la evidencia presentada apuntaba al asesoramiento que Ruanda habría brindado a la UPC; adicionalmente, al hecho de que Uganda retirara su apoyo a la UPC producto de su alianza con Ruanda.³⁹ Sin embargo, después de reconocer lo anterior, la SCP I consideró que la evidencia era insuficiente para establecer motivos fundados respecto a que dicho rol constituyera una intervención directa o indirecta en el conflicto armado en Ituri.⁴⁰

En la etapa subsiguiente, es decir, desde el 2 de junio de 2003 hasta fines de diciembre de 2003, la SCP I consideró que el conflicto se convirtió en un CANI e involucró la participación de la UPC.⁴¹ Dicha valoración se basó en la consideración de que existe un

³⁶ La Fiscalía solicitó autorización para apelar la Decisión en cuestión. CPI, Fiscal, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber I's 29 January 2007 "Décision sur la Confirmation des Charges"*, 5 de febrero de 2007 (ICC-01/04-01/06-806), argumentando inter alia un exceso de atribuciones por parte de la SCP-I. De acuerdo al Fiscal, el ECPI solo confería a la SCP-I la facultad de suspender la audiencia de confirmación de los cargos y solicitar al Fiscal que considerara modificar los cargos si a su juicio la prueba presentada apuntaba a la comisión de un crimen diferente al imputado por el Fiscal.

³⁷ Decisión sobre la confirmación de los cargos, nota supra 3.

³⁸ *Ibidem*, § 220.

³⁹ *Ibidem*, § 221.

⁴⁰ *Ibidem*, § 226.

⁴¹ *Ibidem*, § 227-237.

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

CANI cuando el involucramiento de grupos armados con cierto grado de organización y la capacidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares sostenidas da lugar a la caracterización del conflicto como uno de carácter no internacional.⁴² Estas características, conforme a la valoración de la evidencia presentada a tiempo de la confirmación de los cargos, llevó a la SCP I a considerar la múltiple participación de grupos armados no estatales, *inter alia*: UPC, PUSIC y FNI.⁴³ No existió, sin embargo, mayor elaboración o explicación de la SCP I⁴⁴ respecto a los aspectos de la evidencia que habría cotejado para arribar a dicha conclusión, ni tampoco de los estándares considerados válidos para determinar el grado de organización, en el marco del artículo 8.2.f del ECPI.⁴⁵

En el periodo considerado relevante para el proceso —principios de septiembre de 2002 al 13 de agosto de 2003—, que la Sala de Juicio reconoció como vinculante en virtud al artículo 74.2 del ECPI al ser parte de los hechos descritos en los cargos,⁴⁶ la Sala de Juicio consideró que hubo conflictos armados paralelos de distinta naturaleza en el mismo periodo y territorio,⁴⁷ aspecto reconocido y admitido por el derecho internacional humanitario.

La Fiscalía consideró que el hecho de que la situación de violencia desatada en Ituri fuera *significante y prolongada* la situaba en el umbral de un conflicto armado.⁴⁸ De manera desglosada, su interpretación respecto de la existencia de un CANI consideró los siguientes elementos:

[...] (i) violencia prolongada que ha alcanzado cierto grado de intensidad y (ii) grupos armados con cierto grado de organización, incluyendo su capacidad para imponer disciplina y de planear y llevar a cabo operaciones militares sostenidas. De manera adicional, el artículo 8(2) (f) del Estatuto estipula que el conflicto debe ser prolongado.⁴⁹

⁴² *Ibíd.*, § 233.

⁴³ *Ibíd.*, § 236. Aludiendo, *inter alia*, al enfrentamiento entre la UPC y el FNI por el control de la población de Mongbwalu —con riqueza minera/oro—, así como al control de las poblaciones de Iga Barrière y Nizi, a fines de diciembre de 2003.

⁴⁴ El § 237 solo hace referencia a la declaración de la Defensa respecto al control que dichos grupos ejercieron sobre los territorios que antes habían pertenecido al UPC/FPLC, y al hecho de que ninguna de las partes objetara o negara que se trataba de grupos armados organizados. Decisión de confirmación de los cargos, nota supra 3, § 237.

⁴⁵ La parte relevante es transcrita en nota infra 49.

⁴⁶ Ambos, nota supra 5, p. 128 (pie de p. 96).

⁴⁷ *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 540.

⁴⁸ *Ibíd.*, § 505.

⁴⁹ *Ibíd.*, § 506 (traducción libre).

Con relación al cese del CANI, la Fiscalía apuntó que esto solo ocurre con la suscripción de un acuerdo de paz; en consecuencia, la sola reducción del nivel de intensidad de las hostilidades no es suficiente.⁵⁰

Por su parte, la Defensa concordó con la SCP I en cuanto a los elementos constitutivos de un CANI, enfatizando el carácter prolongado de las hostilidades y el grado de organización de las facciones intervinientes en el CANI. Este último (el nivel de organización) constituyó precisamente uno de los elementos centrales para la defensa, que intentó desvirtuar la alegación de la Fiscalía respecto a que el FNI, la Force de Résistance Patriotique de l'Ituri (FRPI) y el PUSIC constituyeran grupos armados organizados en el sentido del derecho internacional humanitario, que actuaran bajo un mando responsable, ejercieran control suficiente en partes del territorio relevante que les permitieran realizar operaciones militares concertadas y sostenidas, y tuvieran la capacidad de imponer un régimen de disciplina o hacer cumplir el DIH.⁵¹

Para la representación legal de las víctimas, la intensidad y la duración de las hostilidades, el número de víctimas, el modo de organización de las partes del conflicto y su armamento llevaban a concluir sobre la existencia de un CANI.⁵²

Por consiguiente, puede advertirse que uno de los aspectos más controversiales a tiempo de la determinación del CANI fue la interpretación y valoración del grado de organización de las partes del conflicto.

Concordando con la Fiscalía, la Sala de Juicio optó por pronunciarse solamente respecto de la atribuida responsabilidad penal de Lubanga por el crimen de niños soldados conforme al artículo 8.2.e.vii ECPI, es decir, en relación con el CANI. En efecto, para la Fiscalía, aun admitiendo que el involucramiento de Uganda daba pie a considerar la existencia de un CAI, la UPC/FPLC había participado en un CANI simultáneo y distinto.⁵³

La Sala de Juicio siguió la interpretación de la SCP I a efectos de la determinación de un CANI, subrayando que el artículo 8.2.f no requiere el elemento de control de parte del territorio del artículo 1.1 del PA II y apuntando que tampoco incorpora el requerimiento de la actuación bajo un mando responsable. Por el contrario, para la Sala de Juicio el elemento cardinal se refiere al suficiente grado de organización del grupo

⁵⁰ Ibidem, § 507.

⁵¹ Ibidem, § 514.

⁵² Ibidem, § 518.

⁵³ Ibidem, § 511.

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

que permita el desarrollo de violencia armada prolongada.⁵⁴ Como lo advierte la Sala de Juicio, su posición respecto del elemento de actuación bajo mando responsable difiere de la interpretación adoptada por la SCP II en la decisión de confirmación de los cargos en *Bemba*, que consideró que los grupos armados organizados deben actuar bajo un mando responsable, lo que incluye la posibilidad de imponer disciplina y la capacidad de planificar y desarrollar operaciones militares.⁵⁵ Esto representa una discrepancia fundamental entre las salas de la CPI al interpretar y definir los elementos que hacen a un CANI —cuestión jurídica y de hecho por demás compleja—, conforme al artículo 8.2.f, y constituye un claro ejemplo de que los principios y normas del derecho internacional de los conflictos armados o DIH aún no son objeto de interpretaciones consensuadas en aspectos cruciales, cual es el caso de los elementos constitutivos de un CANI. Surge entonces la interrogante: ¿desplaza o tiene mayor peso la interpretación de la Sala de Juicio que la de la SCP II, tratándose de distintos casos?

Es aceptado que, conforme al artículo 21.2 ECPI, la Corte (cualquiera de sus órganos) no está obligada, sino solo facultada, a ceñirse a interpretaciones de principios y normas que hubieran sido adoptadas en decisiones anteriores.⁵⁶ En esta línea, se ha reconocido que, en el marco de las fuentes internas, la jurisprudencia de la CPI no tiene carácter vinculante,⁵⁷ independientemente de si se trata de decisiones de las Salas de Cuestiones Preliminares, de las Salas de Juicio o de la Sala de Apelación.⁵⁸ La pregunta anterior puede responderse, en consecuencia, en negativo, más aún si se tiene en cuenta que la formulación del artículo 21.2 no otorga peso especial a la jurisprudencia de la Sala de Apelación⁵⁹ y, argumentablemente, tampoco puede derivarse un carácter vinculante respecto de jurisprudencia emanante de las Salas de Juicio (salvando, desde luego, las disposiciones de orden procedimental que estatutariamente resultan vinculantes para la SCP). La resultante inestabilidad en la jurisprudencia ha sido consiguientemente

⁵⁴ *Ibíd.*, § 536.

⁵⁵ Decisión de confirmación de los cargos en *Bemba*, nota supra 18, § 234.

⁵⁶ El artículo 21.2 indica: “[...] la Corte *podrá* aplicar principios y normas de derecho respecto de las cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores” (énfasis propio).

⁵⁷ Gilbert Bitti, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 288.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 292 (citando ejemplos de decisiones que no otorgan un valor superior a las decisiones de la Sala de Apelaciones o que, al mencionar que su jurisprudencia resulta en consonancia con la de la Sala de Apelación, no explican el racional o la necesidad de dicha concordancia).

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 293.

observada, y es necesario procurar que la ventaja que la inexistencia de un modelo de jurisprudencia vinculante presenta a efectos del desarrollo del derecho penal internacional (en el marco del ECPI) pueda, en efecto, constituir una herramienta útil.

La consideración inicial del elemento de organización del grupo resulta confusa en el *judgment*, al establecer la Sala de Juicio que dicha determinación es relevante a efectos de determinar si un conflicto armado no es de carácter internacional.⁶⁰ Probablemente, lo que la Sala de Juicio quiso decir es que la determinación del grado de organización del grupo es relevante a efectos de la identificación de un CANI. En todo caso, la Sala de Juicio consideró que el nivel de organización de los grupos puede evaluarse a través de los siguientes criterios, no exhaustivos: la jerarquía interna en el grupo, la estructura de comando, el alcance del equipo militar disponible, la capacidad del grupo de planificar operaciones militares y aplicarlas, y la intensidad de cualquier intervención militar.⁶¹ Asimismo, consideró que el nivel de intensidad de un CANI se manifiesta, *inter alia*, por la seriedad de los ataques, su progresiva extensión en el territorio en cuestión, el aumento de fuerzas armadas estatales, la movilización y distribución de armas entre las partes en conflicto, la atención del conflicto por el Consejo de Seguridad y, de ser el caso, si se han emitido resoluciones al respecto.⁶²

La determinación de dichos factores indicativos se basó en la jurisprudencia del TPIY —como lo señala la misma Sala de Juicio—,⁶³ que, particularmente en *Limaj* (2005), *Haradinaj* (2008) y *Boškoski* (2008), sintetizó la jurisprudencia existente y enunció de manera indicativa criterios más concretos u objetivos para determinar la existencia de un CANI y su consiguiente diferenciación de situaciones de violencia que no alcanzan dicho umbral. Si bien es loable que el umbral de un conflicto armado resulte progresivamente desarrollado por la jurisprudencia (internacional), cabe concordar con la crítica anteriormente vertida respecto a que basarse exclusivamente en la jurisprudencia del TPIY limita el valor de dicha interpretación como un precedente jurídico con

⁶⁰ *Lubanga Dylo Judgment*, nota supra 1, § 537. La versión en inglés (original) indica: "When deciding if a body was an organised armed group (for the purpose of determining whether an armed conflict was not of an international character), [...]". Así también, la traducción al francés, indica: "Lorsqu'ils'agit de décider si l'on est en présence d'un groupe armé organisé (pour déterminer si un conflit armé ne présentait pas un caractère international)".

⁶¹ *Lubanga Dylo Judgment*, nota supra 1, § 537.

⁶² *Ibidem*, § 538.

⁶³ La Sala indica: "A efectos de valorar la intensidad de un posible conflicto, el TPIY ha señalado que una Sala debería tener en cuenta, *inter alia*, [...] La Sala considera que este es un enfoque apropiado". *Ibidem*, § 538 (traducción libre).

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

alcance internacional.⁶⁴ Esto resulta aún más contundente tratándose de la CPI, cuya jurisdicción no está sujeta o limitada a un conflicto armado en particular, y no es una posible justificación, a criterio de la autora, el hecho de que los parámetros del artículo 8.2.f—que desarrolla el artículo 8.2.e—recogen el test formulado en *Tadić*:

Existe un conflicto armado cuando hay recurso a la fuerza armada entre Estados o *violencia armada prolongada* entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado.⁶⁵

Nótese la variante de “conflicto armado prolongado” (en lugar de violencia), que incorpora el artículo 8.2.f;⁶⁶ aspecto comentado en la sección anterior.

Llama la atención que antes de la sentencia en *Lubanga*, y en el mismo caso, la CPI hubiera emitido decisiones que advirtieran sobre la improcedencia de la aplicación automática de la jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc* para la interpretación y aplicación del ECPI. Esto se manifestó de manera particular con relación a la “importación” de procedimientos, es decir, con relación a normas de carácter o con efectos de índole procedimental en el régimen del ECPI (como ocurrió con la preparación de testigos o *witness proofing*), donde la Sala de Juicio I (en *Lubanga*) observó que no solo las reglas no son directamente aplicables en el ámbito del ECPI, sino tampoco la *jurisprudencia* de los tribunales *ad-hoc*, sin mayor análisis.⁶⁷ Esto, sin embargo, no parece haber ocurrido *in casu*, es decir, la argumentación de por qué la Sala de Juicio I consideraba aplicable la jurisprudencia del TPIY (a efectos de la caracterización del conflicto armado y de la aplicación del test de control global, a abordarse más adelante).

Al respecto, la indagación del rol de la jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc* en el marco del artículo 21 ECPI encuentra cierta guía en la decisión de la Sala de Apelaciones

⁶⁴ Anthony Cullen y Marco Divac Oberg, “Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.: the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Threshold of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law”, en *Asil Insights* 12(7), de 23 de abril de 2008, <<http://www.asil.org/insights080423.cfm>> (los autores formularon la crítica con relación al TPIY).

⁶⁵ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a “Dule”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-AR72), § 70.

⁶⁶ Artículo 8.2.f ECPI: “El párrafo 2(e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional [...] Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

⁶⁷ CPI, Sala de Juicio I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarize Witnesses for Giving Testimony at Trial*, 30 de noviembre de 2007 (ICC-01/04-01/06-1049), § 44.

(2006), que determinó que el recurso a las fuentes distintas a las del artículo 21.1.a — ECPI, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba— ha de efectuarse si el recurso a las fuentes primarias presenta vacíos.⁶⁸ Así, el artículo 21.1.b, que incluye como fuente subsidiaria los principios del derecho internacional de los conflictos armados (DIH), da paso a la aplicación de la jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc*,⁶⁹ que de manera pionera, en varios casos, han interpretado y desarrollado los principios y normas del DIH. Esto resulta en consonancia con el esquema general de las fuentes del derecho internacional derivado del artículo 38.1.d del Estatuto de la CIJ, es decir, la aplicación de las decisiones judiciales como medio subsidiario para la determinación de las normas del derecho. Sin embargo, conforme a la formulación del mencionado artículo, es tradicionalmente aceptado que las decisiones judiciales no son fuentes del derecho *per se*, sino que pueden servir para determinar la existencia de, por ejemplo, el derecho consuetudinario. Una postura más pragmática, sin embargo, reconoce un valor distinto a las decisiones judiciales en la determinación y construcción del derecho internacional. La práctica de seguir precedentes jurisprudenciales es considerada una muestra de ello. En esa línea, al margen del carácter subsidiario formal de la jurisprudencia, la diferencia entre hacer y determinar el derecho depende del grado o alcance de la decisión, más que de su naturaleza.⁷⁰ Por ende, es aceptado que los precedentes jurisprudenciales de los tribunales *ad-hoc* constituyen una fuente particularmente útil en lo que a interpretación de los principios y normas del DIH se refiere; esto *no* implica, sin embargo, que sean vinculantes *per se*, o de manera automática para la CPI.⁷¹ Así, en la necesaria línea de valoración, ha de considerarse el uso consistente de la interpretación en cuestión, tanto por los mismos tribunales *ad-hoc* como por las otras cortes internacionales.⁷² La discusión

⁶⁸ CPI, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006*, 14 de diciembre de 2006 (ICC-01/04-01/06-772), § 34 (refiriendo a su Decisión previa, también en la situación de la RDC, *Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal*).

⁶⁹ Volker Nerlich, "The Status of the ICTY and ICTR Precedent in Proceedings before the ICC", en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (2009), p. 313 (refiriéndose, en general, a los principios del derecho penal internacional).

⁷⁰ Al respecto y con referencia específica al caso de la jurisprudencia de la CIJ, véase Gleider Hernández: *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 186 (con referencias adicionales).

⁷¹ Nerlich, nota supra 69.

⁷² *Ibidem*, p. 316.

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

que suscita el caso *Lubanga*, o que podía suscitar, con relación a la divergencia de tests de control en el ámbito de la responsabilidad penal individual y de la responsabilidad internacional estatal, objeto de abordaje en la sección siguiente, constituye argumentalmente un factor que daría pie a un mayor escrutinio respecto a la pertinencia de la aplicación automática de la jurisprudencia del TPIY.

Por cierto, la referencia a la jurisprudencia del TPIY no fue del todo precisa. Por ejemplo, cuando la Sala de Juicio evocó dicha jurisprudencia para definir el elemento de intensidad de un CANI, citó la sentencia de primera instancia en *Mrkšić* (2007),⁷³ cuando tales factores indicativos fueron enunciados en jurisprudencia anterior del TPIY, mencionada en *Limaj et al.* (2005),⁷⁴ así como también en *Boškoski y Tarčuloski* (2008),⁷⁵ de manera mucho más amplia que la referencia de la Sala de Juicio, la cual, en consecuencia, resultó escueta (si bien aclaraba que la referencia era *inter alia*). Así también, al mencionar que conforme a *Dordević* (2011) el elemento de intensidad del conflicto tiene el único propósito de distinguir las situaciones de CA de las situaciones que no alcanzan dicho umbral, omitió señalar que la valoración se refería también al elemento de la organización del grupo(s),⁷⁶ o al menos no dio una explicación de por qué asumió en parte la interpretación del TPIY.

3.3. La determinación y prueba del elemento internacional

La participación concurrente de diversos actores —nacionales e internacionales— en el conflicto armado suscitado en Ituri, y la determinación de la coexistencia de conflictos armados de diversa naturaleza (tanto CAI como CANI) en la misma situación, pone en la palestra el escrutinio de los estándares a aplicarse a efectos de la determinación de la naturaleza del vínculo de control por parte de un Estado que denote la actuación en su representación cuando quienes participan directamente en las hostilidades son grupos armados no estatales, discusión que desde luego no es nueva en el espectro internacional.⁷⁷

⁷³ TPIY, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Mile Mrkšić et al., Judgment*, 27 de septiembre de 2007 (IT-95-13/1-T), § 407.

⁷⁴ TPIY, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Fatmir Limaj et al., Judgment*, 30 de noviembre de 2005 (IT-03-66-T), § 90.

⁷⁵ TPIY, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Lujbe Boškoski and Johan Tarčuloski, Judgment*, 10 de julio de 2008 (IT-04-82-T), § 177.

⁷⁶ TPIY, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Vlastimir Dordević, Judgment*, 23 de febrero de 2011 (IT-05-87/1-T), § 1522.

⁷⁷ La apelación en *Tadić*, primer caso ante el TPIY, puso en escrutinio el test de Nicaragua a efectos de la clasificación del conflicto armado.

Concordando con la SCP I, la Sala de Juicio concluyó que el test de *control global* (*overall control test*) es el adecuado, aunque sin explicar los fundamentos en que se basó dicha conclusión,⁷⁸ y añadió, recurriendo a la jurisprudencia del TPIY, que un estado ejerce dicho tipo de control cuando

[...] *tiene un rol en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares* del grupo armado, fuera del financiamiento, entrenamiento y equipamiento o en la provisión de apoyo operacional al grupo.⁷⁹

En ese marco, resulta relevante determinar si, entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, la UPC/FPLC, la APC y la FRPI fueron utilizados como agentes o *proxies* para el conflicto entre dos o más Estados (en el caso en cuestión: Uganda, Ruanda y la RDC).⁸⁰ Respecto al rol de la RDC, para la Sala de Juicio la evidencia apuntaba a que se habían enviado armas y entrenadores para el APC,⁸¹ y que no habría existido un rol de organización, coordinación o planificación de las acciones militares de la UPC/FPLC durante el periodo relevante de la acusación.⁸² Por su parte, el rol de Ruanda fue similar (envío de armamento y entrenamiento a la UPC/FPLC).⁸³ Con relación al rol de Uganda, que actuó como potencia ocupante en Bunia, la evidencia apuntaba adicionalmente al apoyo brindado por Uganda a la UPC/FPLC en entrenamiento y aprovisionamiento de armas.⁸⁴ Sin embargo, el *judgment* hace referencia a uno de los testimonios en el sentido de que la RDC, Uganda y Ruanda combatieron a través de agentes, haciendo particular referencia a uno de los combates entre Kinshasa y Uganda, que continuó hasta poco antes del retiro de las tropas de Uganda (conforme al testimonio el 2004). No obstante, la evidencia con relación al rol de la RDC se limitó al tipo de apoyo brindado a la APC.⁸⁵ Asimismo, la Sala de Juicio resaltó el hecho de que la evidencia no apuntara a que Uganda hubiera ejercido un rol en la organización, coordinación o planificación

⁷⁸ *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 541.

⁷⁹ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić, Judgment (on appeal)*, 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A), § 137 (traducción libre; énfasis en el original). La Sala de Juicio en *Lubanga Dyilo Judgment* hace referencia a jurisprudencia adicional del TPIY; véase pie de p. 1649, *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1.

⁸⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 552.

⁸¹ *Ibidem*, § 553.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*, § 554.

⁸⁴ *Ibidem*, § 558.

⁸⁵ *Ibidem*, § 560.

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

de las operaciones militares de la UPC/FPLC.⁸⁶ En general, concluye que la evidencia es insuficiente para establecer, aun *prima facie*, que ni Ruanda ni Uganda hubieran ejercido un control global respecto de la UPC/FPLC.⁸⁷

Reconociendo la existencia de un CAI paralelo entre Uganda y la RDC, la Sala de Juicio consideró que la UPC/FPLC participó en un conflicto que no involucraba un enfrentamiento entre Estados —ni directa, ni indirectamente—, sino que constituía violencia prolongada protagonizada por múltiples grupos armados no estatales (a saber: UPC/FPLC, RCD-ML/APC y las milicias del FRPI); es decir, un CANI).⁸⁸ En consecuencia, aplicando la regulación 55 de las Regulaciones de la CPI, la Sala de Juicio modificó la caracterización jurídica de los hechos según la consideración de que el tipo de conflicto armado relevante para los cargos era de naturaleza no internacional.⁸⁹ Cabe mencionar que en su decisión sobre el estatus ante la Sala de Juicio de la evidencia presentada ante la Sala de Cuestiones Preliminares y las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares en los procedimientos del juicio y la manera de presentación de la evidencia o prueba, de diciembre de 2007, ante la impugnación de la Defensa, la Sala de Juicio I consideró que la regulación 55 no presenta ninguna incompatibilidad con el artículo 74.2.⁹⁰ Esto es así por cuanto la regulación 55 involucra la modificación de la calificación jurídica de los hechos, por lo que no constituye una alteración o corrección de los hechos y circunstancias descritos en la formulación de los cargos.⁹¹

⁸⁶ *Ibidem*, § 561.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*, § 563 y 565.

⁸⁹ *Ibidem*, § 566.

⁹⁰ ECPI, artículo 74.2: La Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio.

⁹¹ CPI, Sala de Juicio I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the status before Trial Chamber of the evidence heard by the Pre-Trial Chamber and the decisions of the Pre-Trial Chamber in the trial proceedings, and the manner in which evidence shall be submitted*, 13 de diciembre de 2007 (ICC-01/04-01/06-1084), § 47.

“Regulation 55 - Authority of the Chamber to modify the legal characterization of facts”, en Mark Klamburg (ed.), *The Commentary on the Law of the International Criminal Court*, <www.casematrixnetwork.org/cm-n-knowledge-hub/icc-commentary-clicc>.

3.3.1. Control global/general y control efectivo

Los tests de *control efectivo* y *control global o general* son producto del desarrollo de la jurisprudencia internacional. El primero fue enunciado inicialmente en *Nicaragua contra Estados Unidos* por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y se ha aplicado consistentemente en dicho ámbito desde entonces; el segundo se acuñó con *Tadić* y, ha sido aplicado también de manera consistente por el TPIY. Ambos tests contribuyen, *inter alia*, a determinar la existencia (o no) del suficiente grado de control de un Estado respecto de un grupo armado no estatal que participa en un conflicto armado que tiene lugar en el territorio de otro Estado y que, en caso de existir, convierte a dicho grupo armado en *agente* (o *proxy*) del primer Estado, atribuyendo al conflicto armado carácter internacional (CAI) o estableciendo la atribución de responsabilidad al tercer Estado por los actos u omisiones del grupo armado no estatal (o de individuos).⁹²

En *Nicaragua* la CIJ (1986) aplicó el test a efectos de determinar, esencialmente, si los *contras* nicaragüenses —un grupo armado no estatal (paramilitar) que intentaba derrocar al gobierno de turno en Nicaragua— podían ser considerados un órgano del gobierno de los Estados Unidos o si actuaban en su representación (relación de agente). La CIJ determinó que de los hechos podía inferirse la participación de los Estados Unidos en la organización, el entrenamiento y el equipamiento de los *contras*, la planificación de las operaciones, la identificación de blancos y el apoyo operacional otorgado.⁹³ Se ha interpretado que *control efectivo* —aplicado ante la falta de evidencia de una relación de completa dependencia— implicaba para la CIJ: a) el hecho de que los Estados Unidos hubieran dado órdenes/instrucciones o coordinado las operaciones militares de los *contras*; o b) el hecho de que los Estados Unidos forzaran a los *contras* a ejecutar dichas operaciones.⁹⁴ El alcance del test relacionado con las instrucciones o la actuación bajo la dirección del tercer Estado (de un grupo armado no estatal: *in casu* paramilitares) fue

⁹² Para un panorámica general de las construcción e implicaciones de ambos tests, véase, por ejemplo, Ambos, nota supra 5; Goldstone y Hamilton, nota infra 100. .

⁹³ *Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment*, 27 de enero de 1986, (*Official judgment summary*), § 4.

⁹⁴ Antonio Cassese, "The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", *European Journal of International Law* 18, 2007, p. 653.

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

más adelante corroborado en *Congo contra Uganda*⁹⁵ y en *Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro*.⁹⁶

Por su parte, en *Tadić*, la determinación de si los serbio-bosnios/VRS (un grupo armado no estatal) pertenecían a Yugoslavia (posteriormente Serbia y Montenegro) tenía como consecuencia la determinación de que el conflicto armado se había suscitado entre Yugoslavia y Bosnia Herzegovina, lo que lo convertía en un CAI y abría así la jurisdicción del TPIY respecto de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (artículo 2 del Estatuto del TPIY). La Sala de Apelaciones en *Tadić*, apartándose de la adopción del test de control efectivo (acuñado en *Nicaragua*), que había adoptado la Sala de Juicio, formuló el test (de control global) partiendo de la premisa de que son diferentes los casos que involucran a individuos que actúan en representación de un Estado sin órdenes o instrucciones específicas y los de los grupos organizados que normalmente tienen una estructura y cadena de mando, lo que implica que los individuos miembros del grupo normalmente no actúan de manera autónoma o independiente.⁹⁷ Siendo este el racional que llevara a la Sala de Apelaciones a considerar suficiente la aplicación del test del control global con relación a grupos armados no estatales, cabe poner en tela de juicio su compatibilidad en el marco del ECPI, por lo menos en lo que respecta al artículo 8.2.f, que, como se ha comentado, no requiere la demostración del elemento de mando responsable.

Conforme al test de control global, existe dicho grado de control cuando un Estado actúa no solo mediante el apoyo brindado al grupo armado no estatal a través de equipamiento (provisión de armamento) y/o financiamiento, sino también a través de la coordinación o la contribución en la planificación general de las actividades militares. Sin embargo, a diferencia del test de control efectivo, no es necesaria la existencia de instrucciones para la comisión de actos específicos (contrarios al derecho internacional) por parte del Estado, ya sea a los jefes o a los miembros del grupo.⁹⁸

⁹⁵ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*, Merits, Judgment, 19 de febrero de 2005, § 160.

⁹⁶ *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment, 26 de febrero de 2007, § 399 y 401.

⁹⁷ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Judgment, 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A), § 120.

⁹⁸ *Ibidem*, § 131.

La compatibilización de ambos tests en la esfera internacional se ha respaldado en la argumentación —superficial para algunos⁹⁹ y lógica para otros—¹⁰⁰ de que *Tadić* definió el test a efectos de la distinción del conflicto armado para la consiguiente determinación de la responsabilidad penal individual, en tanto que *Nicaragua* lo hizo a efectos de la atribución de responsabilidad internacional estatal, lo que daría lugar a su coexistencia (aplicándose cada test según el ámbito de responsabilidad internacional se refiere: penal individual o estatal).¹⁰¹ Si bien esta interpretación elude pronunciarse a favor o en contra de uno u otro test y, por consiguiente, de una u otra línea jurisprudencial,¹⁰² no parecería resolver cuestiones básicas de fragmentación del derecho internacional que emergen si se acepta válido el cuestionamiento sobre si realmente existe una diferencia sustancial en cuanto a la determinación del grado de control para la calificación del tipo de conflicto armado (y, *ulteriori*, del alcance en la aplicación de los crímenes de guerra), y a efectos de la atribución de conductas de individuos o grupos a un Estado para la atribución (o no) de responsabilidad internacional. Es decir, en el fondo, ¿no se trata de una indagación —en ambos casos— tendente a dilucidar la existencia (o no) de control suficiente por parte de un Estado respecto de un grupo armado no estatal?¹⁰³

En efecto, como advierte Cassese con relación a *Bosnia contra Serbia* (caso sobre genocidio ante la CIJ),¹⁰⁴ de no evidenciarse órdenes, instrucciones o directrices dadas por Serbia (anteriormente República Federal de Yugoslavia) a los serbiobosnios, grupos armados que perpetraron el genocidio en Srebrenica (conforme la jurisprudencia del TPIY),¹⁰⁵ resulta difícil dilucidar el grado de control requerido a efectos de atribuir la

⁹⁹ Por ejemplo, Cassese, nota supra 94; Ventura, nota infra 103, p. 17.

¹⁰⁰ Por ejemplo, Richard Goldstone y Rebecca Hamilton: "Bosnia v Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Leiden Journal of International Law*, 21(1), 2008, p. 97.

¹⁰¹ Cassese, nota supra 94, p. 663.

¹⁰² En realidad *Tadić* consideró que el test de control global era aplicable al ámbito de la responsabilidad internacional estatal: "En el presente caso, de grupos organizados, la responsabilidad del Estado es más bien el corolario objetivo del control global ejercido por el Estado sobre el grupo". Sala de Apelaciones, nota supra 79, § 123 (traducción libre).

¹⁰³ Manuel J. Ventura: "Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court: the Nature of Co-Perpetration's Common Plan and the Classification of the Armed Conflict", en S. Casey-Maslen (ed.), *The War Report 2012*, Oxford: Oxford University Press, pp. 13-4. (con relación al Estatuto del TPIY).

¹⁰⁴ CIJ, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports, 26 de febrero de 2007, p. 43.

¹⁰⁵ Radislav Krstić fue el primer sentenciado por genocidio (*aiding and abetting*) por el TPIY, el 2 de agosto de 2001, con relación al genocidio perpetrado en Srebrenica en 1995. Posteriormente, Popović (planificación, órdenes y comisión de genocidio), Beara (conspiración para cometer genocidio) y Nikolić (*aiding and abetting*) el 2010.

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

responsabilidad a Serbia.¹⁰⁶ Dicha apreciación es, *mutatis mutandis*, aplicable al caso *Lubanga*: no existió referencia en el *judgment* a la apreciación que la SCP I (en la decisión de confirmación de los cargos) vertiera respecto a que la evidencia presentada apuntaba al asesoramiento que Ruanda había brindado a la UPC.¹⁰⁷ Si bien es cierto que la SCP I determinó de modo general la inexistencia de evidencia que adujera motivos fundados para considerar que Ruanda hubiera tenido una intervención directa o indirecta en el conflicto armado en Ituri,¹⁰⁸ la cuestión del asesoramiento ameritaba, en opinión de la autora, mayor indagación, teniendo en cuenta que la línea entre el asesoramiento y las instrucciones, y más aún las directrices, puede ser difusa en la práctica.

En efecto, pese a que en términos latos cabe distinguir entre “asesoramiento” y “órdenes, instrucciones o directrices”, en la práctica ambos tipos de acción pueden presentar una simbiosis o no resultar tan diferenciados. En todo caso, este es un aspecto que argumentablemente ameritaba mayor indagación probatoria, que no se desprende del *judgment*. Es más, la Sala de Juicio consideró insuficiente el testimonio de P-0055 respecto a que la UPC/FPLC habría recibido instrucciones de Ruanda para tomar la población de Mongbwalu, al no haber sido corroborado el testimonio por evidencia adicional y resultando insuficiente aun en relación al resto de la evidencia, conforme a la evaluación de la Sala de Juicio I.¹⁰⁹ Esta afirmación conlleva a su vez al escrutinio del alcance de aplicación de la regla 63.4, “Disposiciones generales relativas a la prueba”, que indica: “[...] la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar *ninguno* de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual”.¹¹⁰ Dicha formulación no es nueva, por cierto, sino que deviene de los tribunales *ad hoc*, en cuya práctica es admitido que la existencia de una sola evidencia, en tanto y cuanto sea creíble, no requiere mayor corroboración.¹¹¹

¹⁰⁶ Cassese, nota supra 94, p. 663.

¹⁰⁷ SCP-I, nota supra 3, § 221.

¹⁰⁸ SCP-I, nota supra 3, § 226.

¹⁰⁹ *Lubanga Dyllo Judgment*, nota supra 1, § 561.

¹¹⁰ Reglas de Procedimiento y Prueba, Documento ICC/ASP/1/3, de 2002 (capítulo 4: “Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento”, énfasis añadido).

¹¹¹ George William Mugwanya, “Recent Trends in International Criminal Law: Perspectives from the UN International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6(3), 2008, p. 418.

La jurisprudencia del TPIY ha establecido que el testimonio de un único testigo, aun con relación a la determinación de cuestiones de hecho, puede ser aceptada sin la necesidad de corroboración, toda vez que esta no es jurídicamente requerida. A excepción del testimonio de niños prestado sin declaración solemne, la Sala de Juicio está en la libertad de basarse en la evidencia de un testigo único. Véase Peter Robinson: *Summary of Decisions of the International*

Al respecto, cabe apuntar que la credibilidad del testigo P-0055 fue afirmada por la Sala de Juicio I,¹¹² y es más: su testimonio, conjuntamente con el de otros testigos, fue relevante para la determinación de varios aspectos del caso; por ejemplo, del hecho de que Lubanga utilizara niños menores de 15 años como escoltas y guardaespaldas.¹¹³ Por otro lado, el testimonio del testigo P-0055 no correspondería a la excepción reconocida al requerimiento de no corroboración que expresamente incorpora la regla 63.4, esto es, que una condena se base exclusivamente en el testimonio de niños.¹¹⁴ Argumentablemente, la evidencia tendente a determinar el grado de control (de un Estado respecto de un grupo armado no estatal) a efectos de la calificación del conflicto armado, que integra el elemento contextual de los crímenes de guerra, es parte de la demostración de los crímenes y, en consecuencia, en opinión de la autora, es parte del alcance de la mencionada regla. Por consiguiente, no resulta claro en el *judgment* por qué con relación a este aspecto del caso (la determinación de la existencia de control global) el testimonio de P-0055 no ofrecía suficiente grado de convicción.

En consecuencia, cabe concordar con apreciaciones anteriores respecto a que el análisis de la evidencia conducente a descartar la existencia de un CAI relevante con relación a los cargos imputados al acusado no resulta del todo convincente.¹¹⁵ Esto, a su vez, lleva a considerar que las dificultades inherentes al análisis de la evidencia repercuten en el necesario escrutinio de la consistencia de la argumentada superficial distinción de los tests de control aplicables en los ámbitos de la responsabilidad penal individual y la responsabilidad internacional estatal.¹¹⁶ Esta no resulta ser, en consecuencia, una discusión meramente académica, sino que trasciende a la esfera de seguridad jurídica, acentuada en función del dualismo incorporado en la tipificación de los crímenes de guerra en el ECPI, aspecto que se aborda colateralmente en la sección siguiente.

Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 2004, p. 467 (con referencia a la sentencia de primera instancia en *Tadić; Kupreskic et al; Strugar; Kordic & Cerkez; y Limaj et al.*).

¹¹² *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 676.

¹¹³ *Ibidem*, § 869.

¹¹⁴ Kevin Gray, "Evidence before the ICC", en Dominic McGoldrick et al. (eds.): *The Permanent International Criminal Court – Legal and Policy Issues*, 2004, p. 296.

¹¹⁵ Ambos, nota supra 5, p. 152.

¹¹⁶ Ventura elabora al respecto, con referencias al trabajo previo de Cassese, quien aboga por la aplicación única, y en consecuencia extensiva, del test de control global/general a ambos tipos de responsabilidad internacional. Nota supra 103.

4. Sobre el dualismo en la tipificación de los crímenes de guerra

El crimen de “niños soldados” constituye un claro reflejo de las dificultades o problemáticas que presenta el modelo de dualismo adoptado por el artículo 8 del ECPI, es decir, la clasificación de los crímenes de guerra según se hubieran cometido en un CAI o un CANI. La formulación del crimen de “niños soldados” en el ECPI responde a su fuente convencional en el derecho internacional humanitario: en el ámbito del CAI, el artículo 77.2 PA I a los Convenios de Ginebra y el artículo 4.3.c PA II a los Convenios de Ginebra, que recoge dicha prohibición en la esfera del CANI.

La modificación de la imputación de la Fiscalía por parte de la SCP I a tiempo de la confirmación de los cargos probablemente no habría suscitado mayor polémica si la tipificación del crimen en cuestión fuera idéntica en ambos tipos de conflicto armado, pero ese no es el caso. En tanto que el artículo 8.2.e.vii ECPI criminaliza el reclutamiento o alistamiento de niños en las fuerzas armadas o *grupos*, el artículo 8.2.b.xxvi ECPI lo hace con relación solo a *fuerzas armadas nacionales*. En consecuencia, si el conflicto armado se clasifica como uno de carácter internacional, la responsabilidad penal individual de Lubanga por el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las FMLC resultaría atípica, toda vez que, como se ha comentado, la FMLC —ala política de un partido de oposición— no podía ser considerada una fuerza armada nacional. Es más, se ha considerado que el lenguaje del artículo 8.2.b.xxvi se referiría a las fuerzas armadas estatales de una parte del conflicto (*in casu*, Congo o Uganda).¹¹⁷ Los Elementos de los Crímenes, por su parte, se limitan a reiterar la terminología empleada, objeto de cuestionamiento. Ante tal dificultad, la SCP I se planteó la interrogante de si el término *fuerzas armadas nacionales* abarcaba solo a las *fuerzas armadas gubernamentales*.¹¹⁸

La SCP I absolvió la interrogante de manera negativa, en el sentido de que el término en cuestión no se limita a las fuerzas armadas de un Estado,¹¹⁹ considerando que la definición de *fuerzas armadas nacionales* que establece el artículo 43 del PA I es lo suficientemente amplia como para no impedir una interpretación en ese sentido.¹²⁰ Asimismo, se apoyó en la jurisprudencia del TPIY, que ha interpretado el término *nacional*

¹¹⁷ Matthew Happold, “Prosecutor v. Thomas Lubanga, Decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court, 29 January 2007”, *International and Comparative Law Quarterly*, 56, 2007, p. 721.

¹¹⁸ Decisión de confirmación de los cargos, nota supra 3, § 275.

¹¹⁹ *Ibidem*, § 285.

¹²⁰ *Ibidem*, § 271 y 273.

en el sentido de no circunscribirse a la nacionalidad propiamente dicha, sino también al hecho de pertenecer —por otros vínculos, como los étnicos— a la parte contendiente.¹²¹ Dicha interpretación tuvo como propósito superar la incongruencia jurídica que se generaría al interpretar el término de manera literal; es decir, que situaciones como el caso en cuestión no serían objeto de responsabilidad penal individual si se cometieran en el marco de un CAI.¹²² Sin embargo, el hecho de que el mismo crimen se definiera de distinta manera, aunque sutilmente, según el tipo de conflicto armado parece indicar que la intención de los redactores del ECPI fue otorgar distintas consecuencias a ambos casos¹²³ (al haber optado por seguir el modelo del DIH convencional, que se erigió sobre esa lógica).¹²⁴ Precisamente, la inexistencia de mayor consideración a los *travaux préparatoires* del ECPI, así como el haber apelado a la interpretación del término *nacional* por parte de la jurisprudencia del TPIY, que la emitió en un contexto completamente distinto —esto es, en el sentido del artículo 4.1 del IV Convenio de Ginebra—,¹²⁵ y el hecho de la incompatibilidad aparente de la interpretación expansiva con el principio *nullum crimen* (artículo 22 ECPI, en particular el párrafo 2, prohibición de analogía), fue observada por Ambos.¹²⁶ Nótese que la Sala de Juicio no tuvo que pronunciarse a favor o en contra de la cuestionada interpretación de la SCP I, al haber limitado el análisis de la responsabilidad penal de Lubanga al contexto del CANI.

Cabe notar que las dificultades intrínsecas al dualismo adoptado en la tipificación de los crímenes de guerra del ECPI —puestas de manifiesto en *Lubanga*— no se manifestaron en el caso de los tribunales *ad-hoc*,¹²⁷ cuyos estatutos contemplaron fórmulas

¹²¹ La Sala se refiere a los casos *Tadić* y *Delalić*.

¹²² SCP-I, nota supra 3, § 284.

¹²³ En este sentido, Kunt Dormann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ginebra: ICRC, 2003, p. 471. El autor indica que la diferencia terminológica tuvo como propósito que el crimen en cuestión se aplicara también a las fuerzas rebeldes en el marco del CANI. Considerando que la distinción terminológica a tiempo de la negociación del ECPI no fue casual sino que tuvo su motivación, aunque carente de una buena razón, veáse Happold, nota supra 117, p. 722.

¹²⁴ Parte de una investigación previa de la autora, véase Elizabeth Santalla Vargas, "Convergencias y divergencias: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con Relación al Conflicto Armado", en Oficina de Derecho Internacional, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Secretaría General de la OEA (ed.): *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, Washington: OEA, CICR, 2007, pp. 60-66.

¹²⁵ A efectos de la determinación de la calidad de persona protegida respecto de una potencia ocupante.

¹²⁶ Kai Ambos, "The First Confirmation Decision of the International Criminal Court: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo", en Kotsalis et al. (eds.), *Essays in Honor of Argyrios Karras*, Atenas, 2010, pp. 992-4.

¹²⁷ Ventura, nota supra 103.

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

generales: en el caso del TPIY, “violaciones a las leyes o costumbres de la guerra” (artículo 3 Estatuto) y, en el caso del TPIR, “violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios” (artículo 4 Estatuto). Esto, en opinión de la autora, no necesariamente significa que ese sea el modelo preferible de tipificación de los crímenes de guerra; es más, ha sido considerado no como una tipificación propiamente dicha sino un listado de crímenes del derecho internacional a efectos jurisdiccionales de los tribunales *ad-hoc*.¹²⁸ En todo caso, la descripción más detallada de los crímenes de guerra que contempla el artículo 8 ECPI es ciertamente loable, pero su circunscripción al sistema dualista del DIH convencional puede, y argumentablemente debe, ser superado en tiempos en que los conflictos armados normalmente presentan caracteres mixtos, por un lado, y, por otro, cuando el carácter consuetudinario de los crímenes de guerra es cada vez más aceptado también respecto del CANI. Esto es desde luego más sencillo de efectuarse a nivel nacional (en los procesos de implementación del ECPI),¹²⁹ mas necesario, o al menos deseable, de considerarse en el marco de las enmiendas del propio ECPI. Si bien el sistema de enmiendas hace que no sea una tarea sencilla imprimir modificaciones al ECPI, es probable que la jurisprudencia paulatinamente ilustre mayores dificultades inherentes al sistema dualista (en el propio marco del ECPI), como lo evidencia el caso *Lubanga*.

5. Consideraciones finales

La primera sentencia de la CPI, y de modo más general el caso *Lubanga*, puso de manifiesto las dificultades —de índole teórica y práctica— que presenta el modelo dualista en el que se inscribe la tipificación de los crímenes de guerra del ECPI. El crimen

¹²⁸ Por ejemplo, en el caso del TPIY, varios casos han interpretado el artículo 3 de su Estatuto como una “cláusula residual”, al otorgarle jurisdicción sobre graves violaciones al DIH no cubiertas por los artículos 2 (graves violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949), 4 (genocidio) y 5 (crímenes de lesa humanidad). Véase, TPIY, *Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al., Judgment*, 3 de abril de 2008 (IT-04-84-T), § 33 (citando a *Tadić* y *Čelebići*).

¹²⁹ Al respecto, Santalla Vargas, nota supra 123, p. 61. Con relación específica al caso boliviano y el proyecto de ley de implementación de 2005 (con legislación comparada), véase Elizabeth Santalla Vargas, “Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Bolivia: Análisis del Ordenamiento Jurídico Interno y de los Procesos de Implementación en la Legislación Comparada”, en Defensor del Pueblo (ed.): *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, 2005. También, Elizabeth Santalla Vargas, “Informe Bolivia”, en Ambos et al. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma: Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2006, pp. 99-137.

de *niños soldados* es elocuente al respecto. En ese marco, adquiere relevancia la determinación de los adecuados estándares que conducen a la determinación de la existencia y la naturaleza del conflicto armado, aspecto que, si bien se ha iniciado, requiere un mayor andamiaje. Esta dinámica conlleva adicionalmente la importante reflexión sobre la compatibilidad y la congruencia de los sistemas de responsabilidad internacional en cuanto a la participación de actores no estatales se refiere, tarea que constituye aún un desafío para el derecho internacional. De manera particular conduce al escrutinio de la coexistencia congruente de ambos tests de control y de su pertinencia desde un punto de vista jurídico y de *policy choice*.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, “The First Confirmation Decision of the International Criminal Court: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo”, en KOTSALIS et al. (eds.): *Essays in Honor of Argyrios Karras*, Atenas, 2010.
- “The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): a Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, *International Criminal Law Review*, 12, 2012.
- *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, Oxford University Press, 2014.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- BITTI, Gilbert, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten STAHN y Göran SLUITER (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009.
- CASSESE, Antonio, “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law* 18, 2007.
- CULLEN, Anthony, “The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the ICC: an Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)”, *Journal of Conflict and Security Law*, 2008.
- CULLEN, Anthony, y Marco Divac OBERG, “Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.: the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Threshold of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law”, en *Asil Insights* 12(7), de 23 de abril de 2008, <<http://www.asil.org/insights080423.cfm>>.
- DÖRMANN, Kunt, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ginebra: ICRC, 2003.
- DÖRMANN, Kunt, en OTTO TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observer’s Notes, Article by Article* (2008).
- GRAY, Kevin, “Evidence before the ICC”, en Dominic McGOLDRICK et al. (eds.): *The Permanent International Criminal Court – Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, 2004.

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

- GOLDSTONE, Richard, y Rebecca HAMILTON, “Bosnia v Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Leiden Journal of International Law*, 21(1), 2008.
- HAPPOLD, Matthew, “Prosecutor v. Thomas Lubanga, Decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court, 29 January 2007”, *International and Comparative Law Quarterly*, 56, 2007.
- HERNÁNDEZ, Gleider, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- KLAMBERG, Mark (ed.), *The Commentary on the Law of the International Criminal Court*: www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clico.
- MERON, Theodor: “Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court”, en Herman VON HEBEL et al. (eds), *Reflections on the ICC* (1999).
- MUGWANYA, George William, “Recent Trends in International Criminal Law: Perspectives from the UN International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6(3), 2008.
- NERLICH, Volker, “The Status of the ICTY and ICTR Precedent in Proceedings before the ICC”, en Carsten STAHN y Göran SLUITER (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (2009).
- ROBINSON, Peter, *Summary of Decisions of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 2014. www.peterrobinson.com/Research%20Tools/Research%20Tools.html.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth, “Convergencias y divergencias: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con Relación al Conflicto Armado”, en Oficina de Derecho Internacional, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Secretaría General de la OEA (ed.): *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, Washington: OEA, CICR, 2007.
- “Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Bolivia: Análisis del ordenamiento jurídico interno y de los procesos de implementación en la legislación comparada”, en DEFENSOR DEL PUEBLO (ed.): *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, 2005.
- “Informe Bolivia”, en Ambos et al. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma: Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2006.
- SASSÒLI, Marco, y Antoine BOUVIER, *Hos Does Law Protect in War?*, Ginebra: ICRC, (vol. I, 2), 2006.
- VENTURA, Manuel J.: “Two Controversies in the *Lubanga* Trial Judgment of the International Criminal Court: the Nature of Co-Perpetration’s Common Plan and the Classification of the Armed Conflict”, en S. CASEY-MASLEN (ed.), *The War Report 2012*, Oxford: Oxford.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803-tEN).
- 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).
- Sala de Juicio I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the status before Trial Chamber of the evidence heard by the Pre-Trial Chamber and the decisions of the Pre-Trial Chamber in the trial proceedings, and the manner in which evidence shall be submitted*, 13 de diciembre de 2007 (ICC-01/04-01/06-1084).
- Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006*, 14 de diciembre de 2006 (ICC-01/04-01/06-772).
- Sala de Juicio I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarize Witnesses for Giving Testimony at Trial*, 30 de noviembre de 2007 (ICC-01/04-01/06-1049).
- Fiscal, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber I's 29 January 2007 "Décision sur la Confirmation des Charges,"* 5 de febrero de 2007 (ICC-01/04-01/06-806).
- Sala de Cuestiones Preliminares II, *Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009 (ICC-01/05-01/08-424).

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

- Prosecutor v. Dusko Tadić*, Judgment (on appeal), 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A).
- The Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a "Dule", Appeal Judgment, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-I-A).
- TPYI, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić, Judgment*, 15 de Julio de 1999 (IT-94-1-A).
- Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al., Judgment*, 3 de abril de 2008 (IT-04-84-T).
- Prosecutor v. Mile Mrkšić et al., Judgment*, 27 de septiembre de 2007 (IT-95-13/1-T).
- Prosecutor v Fatmir Limaj et al., Judgment*, 30 de noviembre de 2005 (IT-03-66-T).
- Prosecutor v. Lujbe Bošković and Johan Tarčulovski, Judgment*, 10 de julio de 2008 (IT-0482T).
- Prosecutor v. Vlastimir Dordević, Judgment*, 23 de febrero de 2011 (IT-05-87/1-T).

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

Sala de Juicio II, *The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Judgment*, 1 de septiembre de 2004 (IT-99-36-T).

Corte Internacional de Justicia

Case Concerning the Military and Paramilitary in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, 27 de enero de 1986, ICJ Reports, 1986.

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda), Merits, Judgment, 19 de febrero de 2005, ICJ Reports, 2005.

Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Merits Judgment, 26 de febrero de 2007, ICJ Reports, 2007.