
EL VOTO DE LA JUEZA ELIZABETH ODIO BENITO EN EL CASO LUBANGA: UNA CRÍTICA LIBERAL A SU CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN ACTIVA EN LAS HOSTILIDADES*

*Leandro Alberto DIAS***

Resumen:

El día 14 de marzo de 2012, la Sala de Primera Instancia I emitió la primera sentencia en la historia de la Corte Penal Internacional, condenando a Thomas Lubanga Dyilo, un líder rebelde en la República Democrática del Congo (RDC). Allí se discutió, entre otras cuestiones, el concepto de “participación activa en las hostilidades”, como un elemento objetivo del tipo penal consistente en reclutar o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas armadas nacionales –o grupos armados– o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. En una fuerte opinión disidente y separada, la jueza Elizabeth ODIO BENITO criticó a la posición que supo adoptar la mayoría sobre el tema, debido a que los actos sexuales que habían sido forzados a realizar niños y niñas por los miembros de un grupo armado no fueron considerados como una participación activa en las hostilidades. En el siguiente artículo se criticará este enfoque pro-víctimas, y el autor intentará demostrar que la postura de ODIO BENITO violenta dos principios jurídicos básicos del derecho penal internacional: los principios de legalidad y culpabilidad.

Fecha de recepción: 17 de diciembre de 2013.

Fecha de aprobación: 5 de enero de 2014.

* Un primer acercamiento al tema fue presentado el día sábado 12 de noviembre de 2011 en el marco del IV Coloquio sobre Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal, organizado por el Centro de Estudios en Derechos Humanos, a través de una ponencia titulada: “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en la primera sentencia condenatoria de la Corte Penal Internacional: O cómo el activismo judicial y una concepción punitivista de los Derechos Humanos fomentan la fragmentación del Derecho Internacional”.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Ayudante alumno de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (cátedra Dr. Marcelo A. SANCINETTI). Investigador estudiante y Becario de Inicio DeCyT (Programación 2012-2014). Investigador estudiante y becario CIN (Convocatorias 2012 y 2013). El autor desea agradecer al Prof. Dr. Marcelo A. SANCINETTI por los valiosos comentarios realizados a una versión preliminar del artículo. El agradecimiento debe hacerse extensivo a Noelia MATALONE, María Cecilia ERCOLE, Pablo CANO, Carla CANNIZZARO y Lucía FILIPPELLI COLETTA.

Palabras Clave:

Caso *Lubanga* – Corte Penal Internacional – Participación directa en las hostilidades – Participación activa en las hostilidades – Derechos del imputado – ODIO BENITO – Principio de legalidad – Principio de culpabilidad – Derecho Penal Internacional – Derecho Internacional Humanitario.

Abstract:

On March 14, 2012, ICC Trial Chamber I issued the first judgment in the history of the International Criminal Court, convicting Thomas Lubanga Dyilo, a rebel in the Democratic Republic of the Congo (DRC). It was discussed in the judgment, among other issues, the concept of 'active participation in the hostilities', as an objective element of the offense consisting of conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces –or armed groups– or using them to participate actively in hostilities. In a strong separate and dissenting opinion, Judge Elizabeth ODIO BENITO criticized the view on the issue adopted by the majority, because the sexual acts that boys and girls had been forced to do by the members of an armed group were not considered as an active participation in the hostilities. In the following article this pro-victims approach will be criticized, and the author will try to demonstrate that ODIO BENITO's opinion infringes two basic legal principles of international criminal law: the legality and culpability principles.

Key words:

Lubanga case – International Criminal Court – Direct participation in the hostilities – Active participation in the hostilities – Rights of the accused – ODIO BENITO – Legality principle – Culpability principle – International Criminal Law – International Humanitarian Law.

“En vista de la creación de un crimen internacional no sólo nuevo, sino también de otra índole, se vigoriza la fuerza del principio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’. Esta es no sólo una frase del derecho positivo vigente, sino también una máxima moral y de derecho natural a la que el ciudadano, que no ha participado en las atrocidades, puede apelar incondicionalmente”. (SCHMITT, 1994: 214)

“This discretion is a judicial one and does not permit arbitrary action, but should be exercised in accordance with well-settled legal principles, one of the most important of which is that criminal guilt is personal, and that mass punishments should be avoided”¹

I. Introducción

Casi diez años después de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma (en adelante, el “Estatuto” o “ER”), la Corte Penal Internacional finamente emitió su primera sentencia condenatoria contra Thomas Lubanga Dyilo, en el marco de la situación en la República Democrática del Congo.² En el caso en cuestión se discutieron los alcances del término “participar activamente en las hostilidades”, debido a que la Sala de Cuestiones Preliminares I decidió, el día 29 de enero de 2007, confirmar cargos contra el señor Lubanga Dyilo con respecto a los crímenes de guerra consistentes en reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales –o grupos armados– o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, tanto durante un conflicto armado de carácter internacional –artículo 8(2)(b)(xxvi) del ER–, como durante un conflicto armado de carácter no internacional –artículo 8(2)(e)(vii) del ER–.³

Un detalle controversial, que no puede ser dejado de lado, se relaciona con la ausencia de crímenes sexuales en la imputación realizada por el fiscal, y luego confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares I. A pesar de que durante las distintas etapas del procedimiento se presentaron indicios relacionados con la comisión de esta clase de delitos por parte de los integrantes de la Unión de Patriotas Congoleños, cuyo líder supuestamente era Lubanga, los cargos no fueron modificados (MEROPE, 2011: 313). También fue discutida la posibilidad de que la Sala de Primera Instancia aplicase la norma 55 del Reglamento de la Corte,⁴ a

¹ TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL, “Judgment”, en *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945-1 October 1946. Volume I, Official Text in the English language. Official Documents.* Nuremberg, 1947, p. 256.

² CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012.

³ CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007. De todos modos, en la sentencia condenatoria, el señor Lubanga solamente fue condenado a partir del artículo 8(2)(e)(vii) del ER, en tanto se consideró que los crímenes fueron cometidos en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional.

⁴ Reglamento de la Corte, Aprobado por los magistrados de la Corte el día 26 de mayo de 2004, quinta sesión plenaria La Haya, 17- 28 de mayo de 2004. Documentos oficiales de la Corte Penal Internacional, ICC-BD/01-01-04. Norma 55: “Autoridad de la Sala para modificar la tipificación jurídica de los

partir de una petición de los representantes de las víctimas, para modificar la tipificación en la sentencia, sin excederse de los hechos y circunstancias descritos en los cargos. Esto dio lugar a una decisión por mayoría, con una fuerte disidencia de juez Adrian FULFORD, en la que se decidió que los hechos y circunstancias establecidos en los cargos contra Lubanga, así como la evidencia aparecida en el juicio, podían establecer los elementos materiales de otros dos crímenes, como los de esclavitud sexual y otros tratos crueles e inhumanos (MEROPE, 2011: 313). La decisión fue apelada tanto por la defensa como por la Oficina del Fiscal, y tras una decisión de la Sala de Apelaciones,⁵ la Sala de Primera Instancia I decidió descartar la posibilidad de una nueva calificación legal de los hechos.⁶

Esta situación generó que gran parte de la discusión en el caso Lubanga estuviese centrada en el crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades. Y es que como ningún crimen sexual fue imputado, ni la Sala de Primera Instancia realizó una modificación de la tipificación jurídica, la única forma de poder juzgar al señor Lubanga por esta clase de hechos punibles en la situación de la República Democrática del Congo consistió en la inclusión de los actos de violencia sexual cometidos contra los niños alistados o reclutados en el grupo armado como participación activa en las hostilidades. Esa ha sido, sin ir más lejos la postura adoptada por la jueza Elizabeth ODIO BENITO en su opinión separada y disidente.⁷

hechos. 1. En su fallo conforme al artículo 74, la Sala podrá modificar la tipificación jurídica de los hechos para que dé cuenta tanto de delitos conforme a los artículos 6, 7 u 8 como de una forma de participación del acusado conforme a los artículos 25 y 28, siempre que no se excedan los hechos y las circunstancias descritos en los cargos y en cualquier modificación de los cargos. 2. Si en cualquier momento durante el juicio la Sala considera que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios, la Sala deberá notificar dicha posibilidad a los participantes y, una vez practicadas las pruebas, en la etapa procedente del procedimiento, dará a los participantes la oportunidad de realizar observaciones verbales o escritas en tal sentido. La Sala puede suspender una audiencia para asegurar que los participantes tengan tiempo y medios adecuados para realizar una preparación eficaz o, de ser necesario, puede ordenar que se celebre una audiencia para considerar todas las cuestiones inherentes al cambio propuesto. 3. A los efectos del numeral 2, la Sala deberá en particular asegurarse de que el acusado: a) Disponga del tiempo y los medios adecuados para preparar eficazmente su defensa según se establece en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 67 y b) Tenga oportunidad, de ser necesario, de interrogar o hacer interrogar nuevamente a un testigo anterior, convocar a nuevos testigos o presentar otras pruebas admisibles conforme al Estatuto según se establece en el apartado e) del párrafo 1 del artículo 67.”

⁵ CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled ‘Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court’”, ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, 14 de marzo de 2012, 8 de diciembre de 2009.

⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the Legal Representatives’ Joint Submissions concerning the Appeals Chamber’s Decision on 8 December 2009 on Regulation 55 of the Regulations of the Court”, ICC-01/04-01/06, 8 de enero de 2010. Un análisis crítico del tema puede encontrarse en: (JACOBS, 2013: 205 ss.)

⁷ CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012. Opinión separada y disidente de la jueza ODIO BENITO, párrafos 15-21.

En el presente trabajo se intentará establecer que la inclusión de estos crímenes sexuales dentro de la categoría de “participación activa en las hostilidades”, genera contradicciones con determinados principios del derecho penal internacional. Para eso, en primer lugar se analizará el concepto de participación activa en las hostilidades, para luego señalar por qué debe realizarse una crítica liberal basada en los principios de legalidad y culpabilidad. En última instancia se aplicarán los mencionados principios a la postura que considera, en la opinión disidente, que los actos sexuales cometidos ilegítimamente por los miembros de un grupo armado contra niños deben ser subsumidos en la conducta típica de utilización de niños menores de quince años para participar activamente en las hostilidades.⁸

II. La participación activa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario

El concepto de participación directa/activa en las hostilidades ha sido altamente debatido en el seno del derecho internacional humanitario (SOLIS, 2010: 202), y no precisamente para delinear los límites del crimen por el que se lo ha condenado a Thomas Lubanga Dyilo. Sin ir más lejos, al establecerse el crimen de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños menores de quince años para participar activamente de las hostilidades se codificó lo que se conoce como un “nuevo crimen” (SCHABAS, 2010: 195), que sólo recientemente ha emergido como norma consuetudinaria (KONGE, 2010: 56).⁹

Por el contrario, los problemas de interpretación de este término se derivan, fundamentalmente, del hecho de que los civiles pierden su protección contra ataques y otros efectos de las hostilidades al participar directamente en las hostilidades, y mientras dure tal participación (BOUVIER, SASSÒLO y QUINTIN, 2011; SCHMITT, 2010: 698; SOLIS, 2010: 202). Se trata de una regla consuetudinaria que parte de principio de distinción entre combatientes y población civil (DOSWALD-BECK y HENCKAERT, 2005: 22; SCHMITT, 2010: 700-2; URBAN, 2012; VITÉ, 2013: 77), y que puede encontrarse, a su vez, en el artículo 51(3) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, en el artículo 13(3) del Protocolo Adicional

⁸ La mayoría de la Corte Penal Internacional ha considerado que en los artículos 8(2)(b)(xxvii) y 8(2)(e)(vii) del Estatuto de Roma se tipifican tres infracciones distintas: el reclutamiento, el alistamiento, y la utilización para participar activamente en las hostilidades: CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, párr. 759. A pesar de ello, en este artículo se considerará que no se trata de ilícitos distintos, sino de tres conductas típicas alternativas, tal como considera la jueza ODIO BENITO en el párrafo sexto de su opinión disidente. Si bien no se abordará en profundidad el problema, se ha señalado que esta posición tiene la ventaja de no confundir el concepto de ilícito –y que consiste en una serie de elementos objetivos y subjetivos–, con el de las conductas típicas particulares como elementos objetivos del mismo tipo penal (AMBOS 2012: 133).

⁹ Resulta interesante para el abordaje del tema la opinión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, que consideró que ya en noviembre de 1996 existía una norma consuetudinaria que prohibía esta práctica, aunque con una disidencia del juez Robertson: TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Apelaciones, *Prosecutor against Sam Hinga Norman*, “Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)”, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 de mayo de 2004, párrafo 8 y ss., y opinión disidente del juez Robertson.

Il a los Convenios de Ginebra de 1949, así como en distintos manuales militares.¹⁰ Pero más importante aún, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 da cuenta de la protección de las personas que no participan directamente de las hostilidades. Sin embargo, aquí surge un problema, debido a que la versión en inglés de los cuatro Convenios utiliza el término *taking no active part in hostilities*, mientras que en los Protocolos Adicionales se modifica la terminología por *take a direct part in hostilities*. Tal como se verá más adelante, esto puede llevar a pensar que participación activa y participación directa marcan dos estándares distintos de intervención en las hostilidades.

Sin embargo, ambos términos suelen considerarse como sinónimos (GRAF, 2012: 963; URBAN, 2012), y prueba de esto es el hecho de que el igualmente auténtico texto francés de los Convenios utiliza la frase *participant directement*,¹¹ sin divergencias con el texto de los Protocolos (MELZER, 2008: 1013). Y en lo que se refiere a la problemática puntual de los niños soldados resulta relevante (URBAN, 2012), el hecho de que el artículo 77(2) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1979 y el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño hacen referencia también a una participación directa, cuando estipulan que los Estados –u otras partes de conflictos armados internacionales– tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades.¹² Por lo tanto la cuestión esencial no se centra en una artificial distinción entre participación directa y activa en las hostilidades, sino en los límites de la participación directa. Esta visión ha sido respaldada por un *leading case* dentro del derecho penal internacional, como lo es el caso Akayesu de Tribunal Penal Internacional para Ruanda,¹³ y luego ratificada por la Sala de Apelaciones en el caso Strugar del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.¹⁴

¹⁰ Véanse las referencias a manuales militares norteamericanos y británicos realizada por SCHMITT en: (SCHMITT: 2010: 703).

¹¹ Véase el texto en francés del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, del artículo 51(3) del Protocolo Adicional I, y el artículo 13(3) del Protocolo Adicional II.

¹² Señala VITÉ la importancia del artículo 4(3) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, en tanto al prohibir la participación de menores de quince años en las hostilidades hace referencia a una participación directa (VITÉ, 2013: 71).

¹³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala de Juicio I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, “Judgment”, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 629. Esta posición fue luego ratificada en posteriores sentencias del mismo tribunal: Sala de Juicio I, *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, “Judgment”, ICTR-1993-3-T, 6 de diciembre de 1999, párrafos 99-100; Sala de Juicio I, *The Prosecutor v. Alfred Musema*, “Judgment and sentence”, ICTR-96-13-T, 27 de enero de 2000, párrafos 276-279; Sala de Juicio III, *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, “Judgment”, ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, párrafos 363-366.

¹⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, “Judgment”, IT-01-42-A, 17 de julio de 2008, párr. 173. De todos modos, ya en 1995 la Sala de Apelaciones, en la emblemática decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadić*, había hecho avances en este sentido, y su interpretación de la resolución 2675 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas parecía partir de una equiparación entre participación activa y participación directa en las hostilidades: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Duško Tadić*, “Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction”, IT-94-1, 2 de octubre de 1995, párrafos 111-9. Coincidente con esta perspectiva: (HAPPOLD, 2009: 594)

En cuanto al contenido, podría decirse que se está en presencia de un concepto central para determinar la protección de los miembros de la población civil durante un conflicto armado. Aquellos civiles que participan de modo directo en las hostilidades se convierten en blancos militares legítimos por el tiempo que dure su participación, y por lo tanto pueden ser atacados, no entran en consideración en los cálculos de proporcionalidad y no necesitan ser tenidos en cuenta al momento de minimizar los daños a la población civil (SCHMITT, 2010: 702).¹⁵ Lo fundamental para determinar la pérdida de esa protección está dado por la diferenciación entre una participación directa, por oposición a una indirecta (MELZER, 2008: 1013), y es allí donde se producen las mayores divergencias.

Los Estados han tendido a relegar la diferenciación entre actos de participación directa e indirecta a un análisis de los casos concretos, sin ofrecer mayores parámetros, y a nivel académico también se ha debatido ampliamente el concepto (SCHMITT, 2010: 702; SOLIS, 2010: 202). Suele considerarse en este último ámbito que el adjetivo “directa” no ofrece demasiadas bases para determinar los límites a la participación en las hostilidades, y también se ha recurrido ampliamente a un análisis casuístico (DINSTEIN, 2004; SCHMITT, 2010: 709). Para arribar a soluciones se han recurrido por lo general a dos criterios expuestos en el Comentario al Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (SOLIS, 2010: 203), más allá de su carácter no vinculante: la presencia de actos de guerra que por su naturaleza o finalidad pueden causar un daño actual a personal o equipamiento enemigo, y una relación causal directa entre la actividad realizada y el daño al enemigo en tiempo y lugar donde se produce esa actividad (SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMAN, 1987: 519, 619).

Estos parámetros orientadores fueron tenidos en cuenta para el desarrollo de un estudio profundizado del tema, organizado en conjunto por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el instituto de investigación T.M.C. Asser, y que incluyó la colaboración de casi cincuenta expertos durante cinco reuniones entre 2003 y 2008 (SCHMITT, 2010: 712; SOLIS, 2010: 203). El resultado final consistió en un documento a cargo del jurista Nils MELZER, conocido como “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario”, y que fue adoptado por la Asamblea General de la Cruz Roja el 26 de febrero de 2009. Si bien este documento no puede ser considerado como una norma derivada de una fuente formal de derecho internacional, sí ofrece una importante guía de interpretación, al provenir de una organización imparcial, neutral e independiente, que cuenta con el mandato de la comunidad internacional de promover y trabajar por un mejor entendimiento del derecho internacional humanitario (MELZER, 2008: 992). De más está decir que no se trata ni de un estudio perfecto (SOLIS, 2010: 203), ni de una visión que pueda ser considerada unánime, siquiera entre quienes participaron en su formación (SCHMITT, 2010: 698), pero al menos ofrece tres elementos constitutivos capaces de proporcionar reglas generales para poder determinar cuándo se produce una participación directa en las hostilidades.

¹⁵ En un mismo sentido, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 55/97, Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párr. 178.

Según esta guía, tres requisitos deben presentar las conductas en cuestión. El primero de ellos es la superación de un cierto *umbral de daño*, según el cual deben haber probabilidades de que un acto específico afecte adversamente las operaciones militares o la capacidad militar de una parte en un conflicto armado o, alternativamente, cause muertes, lesiones, o destrucción en personas u objetos protegidos contra ataques directos (MELZER, 2008: 1016). A su vez, debe haber una relación de causalidad directa entre la conducta y el daño que pueda resultar de esa conducta, o de la operación militar coordinada de la que constituya una parte integral (MELZER, 2008: 1019). Finalmente, debe existir un *nexo beligerante*, mediante el cual el propósito específico del acto debe ser el de causar de modo directo el umbral de daño exigido en apoyo de una parte del conflicto y en detrimento de otra (MELZER, 2008: 1025). Estos tres elementos deben reunirse acumulativamente en el acto para ser considerado como participación directa en las hostilidades (MELZER, 2008: 1016), y el análisis de los casos particulares en el documento permite resolver distintos ejemplos controvertidos. No es el objeto de este trabajo realizar una crítica de estos tres requisitos y sus particularidades, pero sí pueden establecerse algunas conclusiones generales. Por un lado, a partir de estos tres supuestos se generan límites que previenen abusos, que podrían darse a través de interpretaciones extensivas. Porque en definitiva la población civil contará con protección del derecho internacional humanitario, *a menos que se cumplan con los tres requisitos establecidos de modo general para todos los casos*. Pero por otro lado, no se limita la participación directa a las actividades realizadas en el frente de combate, sino que incluyen otros ejemplos, como el sabotaje, la interferencia electrónica mediante computadoras, e incluso el análisis y transmisión de inteligencia táctica a fuerzas atacantes (MELZER, 2008: 1017-8 y 1023), que podrían generar la pérdida de protección a los civiles que realizasen esas conductas. De ese modo, estamos en presencia de un concepto con límites, pero que a su vez abarca situaciones propias de los conflictos asimétricos actuales (SOLIS, 2010: 205), y ofrece un grado de flexibilidad suficiente como para no transformar en irrisoria su aplicación en un conflicto armado.

III. Las posiciones adoptadas por la Sala de Primera Instancia I en el caso *Lubanga*

A. La tesis mayoritaria –jueces Fulford y Blattmann

Estos esfuerzos realizados en el marco del derecho internacional humanitario por establecer un concepto unitario de participación en las hostilidades no han tenido recepción en el caso *Lubanga*.¹⁶ La mayoría de la Corte distingue entre participación activa y directa, considerando a la primera como inclusiva de participación directa –actividades realizadas en el frente de batalla– e indirecta –otras actividades que sometieron al participante a un

¹⁶ Resulta extraño que ni siquiera se haga mención al trabajo realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, "CICR"), en especial porque gran parte de la argumentación de la defensa estuvo centrada en la aplicación de ese documento. De esta manera, la Corte desaprovechó una interesante oportunidad, no sólo para sentar una postura clara sobre el tema, sino también para clarificar la función que pueden llegar a tener ciertos documentos del CICR dentro del sistema de fuentes y derecho aplicable del Estatuto de Roma. Véase: CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, párr. 585.

riesgo consistente en poder ser considerado al menos como un blanco potencial para el grupo contrario-, y que por lo tanto el tipo penal incluiría ambos conceptos.¹⁷

Esta interpretación resulta mucho más amplia del concepto de participación en las hostilidades que la establecida por el derecho internacional humanitario, estableciéndose que la participación activa sería un equivalente a una participación en las hostilidades *per se* (HAPPOLD, 2009: 594).

La posición que se describe está amparada en un documento que forma parte de los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma,¹⁸ y que se presenta como una *petitio principii* o argumento circular: se determina que una persona participa activamente en las hostilidades cuando se ve sometida al riesgo real de ser considerada al menos como un blanco eventual por el grupo enemigo,¹⁹ pero justamente esto sucede cuando se participa –¡directamente!– en las hostilidades.²⁰ Por lo tanto, lo que la Sala de Primera Instancia considera esencial para determinar si un rol indirecto en las hostilidades de todos modos puede configurar una participación activa,²¹ requiere la previa constatación de cuándo el menor ha realizado un acto que objetivamente pueda haberlo convertido en un blanco potencial. Y esto sucede, se repite, cuando se produce una participación directa en las hostilidades, según el derecho internacional humanitario.

En lo que se refiere al principio de legalidad, podría decirse que se realiza una interpretación extensiva del tipo penal, que intenta abarcar dentro de un concepto discutido una serie de actos que, en principio, no se corresponderían con la concepción de participación directa del derecho internacional humanitario.²² Para esta postura el único límite parecería

17 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, párr. 627-628.

18 Draft Statute for the International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. UN doc. A/CONF.183/2Add.1, 14 de abril de 1998, página 21, pie de página 12. A su vez, el Tribunal Especial para Sierra Leona previamente había adoptado una posición similar en los casos AFRC, CDF y RUF: TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)*, “Judgment”, SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, párrafos 736-737; Sala de Juicio I, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Fondewa (CDF case)*, “Judgment”, SCSL-04-14-T, 20 de junio de 2007, párr. 193; Sala de Juicio I, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (RUF case)*, “Judgment”, SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, párrafos 1710-1743. Con posterioridad, el TESL también trató el tema en la sentencia a Charles Taylor: TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)*, “Judgment”, SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, párrafos 444, 1457-1607.

19 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, párr. 628. Se trata de una versión un tanto modificada del test propiciado por el Tribunal Especial para Sierra Leona, con algunos cambios sutiles, pero relevantes. Para un análisis comparativo, véase: (TAN, 2013: 128/129, 135)

20 En un mismo sentido: WAGNER (2013: 179).

21 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, párr. 628.

22 Paradójicamente, y como ya supo señalarse, la participación directa en derecho internacional humanitario abarca más que las actividades realizadas en el frente de batalla, a pesar de lo que concluye

estar centrado, como señala la Sala de Cuestiones Preliminares I, en aquellas actividades claramente sin relación con las hostilidades,²³ como sería el transporte de alimentos o el trabajo como personal doméstico (WERLE, 2007: 417; AMBOS 2012: 137; JØRGENSEN, 2012: 671). A los fines de este trabajo, entonces, basta decir que la Corte se ha apartado del derecho internacional humanitario, y que en definitiva toda actividad en un conflicto armado estaría abarcada por el concepto de participación activa, a menos que aparezca como desvinculada de las hostilidades de modo ostensible. En otros términos, se genera una categoría intermedia: más amplia que una participación directa, pero no lo suficiente como para incluir formas de apoyo a fuerzas armadas o grupos que estén claramente desligadas de las hostilidades (VITÉ, 2013: 76-7).

Sin embargo, en cuanto a los crímenes sexuales, la mayoría no se expide sobre la posibilidad de que fuesen considerados como participación activa en las hostilidades, y resuelve la cuestión –correctamente– expresando que los hechos relativos a violencia sexual no fueron incluidos en la decisión de confirmación de cargos, y que por lo tanto la Corte no podría basar su decisión en hechos introducidos durante la etapa de juicio, tal como expresa el artículo 74(2) del Estatuto.²⁴ Si bien se trata de un argumento de índole procesal vinculado con el debido proceso (DRUMBL, 2013: 104), podría considerarse que los actos sexuales cometidos por miembros de un grupo armado contra menores en principio serían actividades sin relación con las hostilidades. Un ejemplo puede ayudar a entender la situación. El obligar a un menor para realizar actividades de espionaje en contra de un grupo contrario, puede ser considerado como una utilización ilegítima de un menor de quince años. Quien utilizó al niño efectivamente lo puso en riesgo de poder ser considerado como un blanco legítimo, y por lo tanto parecería razonable que el autor respondiese penalmente por su acto. Pero si el mismo autor lo obliga a realizar actos sexuales, en principio no lo somete a un riesgo de ser considerado un blanco legítimo por el enemigo. Si en ese instante ingresasen a la habitación una serie de miembros del grupo armado contrario, no estarían habilitados a atacar al menor, justamente porque sus actos de contenido sexual no implican una participación –ni activa, ni directa– en las hostilidades. Esta consideración no implica promover la impunidad para esta clase de actos, sino establecer que su disvalor no está dado por su entidad para configurar una participación activa en las hostilidades, sino por configurar crímenes sexuales, específicamente tipificados en el Estatuto de Roma, y que protegen bienes jurídicos distintos.²⁵

la Sala de Primera Instancia I (VITÉ, 2013: 79).

²³ CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Lubanga”, Decisión de Confirmación de Cargos, 29 de junio de 2007, párr. 262.

²⁴ CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, párr. 630. Una afectación de la base fáctica en la sentencia condenatoria generaría una afectación al principio de congruencia, con repercusiones negativas en el derecho de defensa del imputado. En sentido similar: (GRAF, 2012: 966). Escéptico, (JACOBS, 2012)

²⁵ En un mismo sentido: (TAN, 2013: 141-3).

B. El voto disidente de Elizabeth ODIO BENITO

La postura disidente de la jueza Elizabeth ODIO BENITO, que enfoca el caso desde una perspectiva fuertemente pro-víctimas y anti positivista (MCBRIDE, 2013: 193), ofrece algunas particularidades con respecto a la opinión mayoritaria en el tema de análisis, y que se vincula con los crímenes de violencia sexual. En primer lugar, coincide con la decisión de incluir los actos de participación indirecta dentro de los alcances del término “participación activa”.²⁶ Aun así, disiente en el riesgo al que deben ser sometidos los niños, que no abarcaría únicamente a la posibilidad de ser considerados un blanco potencial por el “enemigo”, sino también a los daños que puedan sufrir por parte de los miembros del grupo que supo reclutarlos de forma ilegítima.²⁷ Señala la jueza que los niños están protegidos de un reclutamiento no sólo porque pueden llegar a ser considerados como un blanco legítimo, sino también por el riesgo de ser sometidos a entrenamientos brutales, torturas y malos tratos, violencia sexual, y otras actividades y condiciones de vida contrarias a sus derechos fundamentales.²⁸

Para llegar a estas conclusiones, previamente la magistrada decidió recurrir a distintas normas no vinculantes del derecho internacional de los derechos humanos, que en principio ampararían su posición.²⁹ Este recurso fue justificado a partir del siguiente argumento: ante la ausencia de una definición expresa de la conducta típica del crimen imputado a Lubanga, pueden aplicarse de forma directa los mencionados instrumentos de *soft law*, a partir del artículo 21(3) del Estatuto de Roma.³⁰ Más adelante en esta investigación se desarrollarán los inconvenientes de esta forma de argumentar, pero por el momento basta decir que ya la estructura del artículo 21 indica que el inciso tercero se encuentra por fuera de lo que sería el derecho directamente aplicable para la Corte Penal Internacional.

A su vez, ODIO BENITO ofrece, en los párrafos seis a ocho, otros argumentos vinculados al objeto y fin del Estatuto de Roma y a la eventual violación a los derechos humanos

26 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012. Opinión separada y disidente de la jueza ODIO BENITO, párrs. 15-21.

27 *Ibidem*, párr. 18.

28 *Ibidem*, párr. 19.

29 Esos instrumentos son los Principios de Ciudad del Cabo sobre la prevención del reclutamiento de niños y niñas en las fuerzas armadas y desmovilización y reintegración social de los niños y niñas soldados en África (UNICEF, 1997), los Principios y Directrices de París sobre los Niños Asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados (UNICEF, febrero de 2007), y la Solemne Declaración sobre Igualdad de Género de la Unión Africana (junio de 2006).

30 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012. Opinión separada y disidente de la jueza ODIO BENITO, párrafo 6. El artículo 21(3) del Estatuto de Roma, expone lo siguiente: Este artículo menciona lo siguiente: “La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.”

internacionalmente reconocidos. Sin embargo, estos argumentos no fueron esgrimidos para propiciar la utilización de ciertas fuentes del derecho, sino para hacer ingresar a la decisión las conductas de violencia sexual que fueron dejadas de lado por la mayoría de la Sala de Primera Instancia por no haber formado parte de la base fáctica que fundamentó la imputación contra el señor Lubanga. Agregó, a su vez, que sería discriminatorio no definir los conceptos, y dejar la cuestión librada a un análisis casuístico.³¹

ODIO BENITO no oculta su interés por introducir dentro del concepto de participación activa en las hostilidades distintos actos de violencia sexual que podrían haber llegado a sufrir los menores utilizados por grupos armados. Sin ir más lejos, considera que las niñas utilizadas como esclavas sexuales o “esposas” de miembros de grupos armados proveen un apoyo esencial a las hostilidades, que al mismo tiempo les acarrearán daños considerables, y que se generan consecuencias vinculadas en específico con su género, como pueden ser los embarazos no deseados.³² Se ha considerado a esta teoría como el test del “apoyo esencial” al grupo armado, cuyo contenido sería mucho más amplio no sólo con respecto al establecido en el derecho internacional humanitario, sino también con la intención de los redactores del Estatuto de Roma a la que hace referencia el voto de la mayoría (TAN, 2013: 130 y 133) Por lo tanto, y esto es lo que interesa a los fines del artículo, la utilización de niñas para realizar actos sexuales constituiría una acción subsumible en el tipo penal que prohíbe la utilización de niños para participar activamente en las hostilidades, con independencia de que también pueda configurar otro crimen.

En el último apartado se desarrollarán en profundidad algunos aspectos de la argumentación de la jueza, por lo que de momento basta decir que su interpretación amplía los alcances del tipo penal, por encima incluso de lo determinado por la mayoría.³³ Será cuestión de determinar si esa interpretación, en definitiva, se adecua a los principios liberales que se tratarán a continuación.

³¹ Este último argumento es interesante, en tanto siempre resulta bienvenida una clarificación del derecho aplicable de manera general, para de ese modo evitar arbitrariedades en la aplicación caso por caso, y para generar previsibilidad. Lo que no puede realizarse es el objetivo al que en verdad parecería apuntar la jueza, y es a violentar garantías vinculadas al debido proceso del imputado –como lo sería una afectación al principio de congruencia, ya que se analizarían hechos que no formaron parte de la hipótesis acusatoria–, mucho menos realizándolo a través de una argumentación basada en los derechos humanos –soslayando que las garantías procesales también son derechos humanos fundamentales–. Debe recordarse, que la Corte Penal Internacional no fue creada con el único propósito de generar un rol restaurativo y psicológico respecto de las víctimas de crímenes internacionales. Una perspectiva de esta clase no sólo genera falsas expectativas en las víctimas (JACOBS, 2012), sino que además deja de lado los derechos de la defensa y desatiende que esta Corte permanente fue creada, por sobre todas las cosas, para ofrecer una función imparcial y equitativa (MCBRIDE, 2013: 194)

³² CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012. Opinión separada y disidente de la jueza ODIO BENITO, párrafo 20.

³³ JØRGENSEN sostiene, a su vez, que es dudoso que el fin de estas previsiones de derecho penal internacional vaya tan lejos, y considera que el test basado en el riesgo al que se somete al niño, utilizado por la mayoría de la Sala de Primera Instancia, aparentemente excluye los actos de violencia sexual. Véase: (JØRGENSEN, 2012: 682).

IV. Lineamientos para una crítica liberal

A. Una aproximación cosmopolita liberal

En el marco del derecho penal internacional, pueden apreciarse al menos tres esquemas de pensamiento, que al mismo tiempo podrían ubicarse en etapas temporalmente distintas. El primero de ellos, se centraba en argumentos en principio formalistas, pero que al mismo tiempo se veían complementados por un enfoque teleológico para garantizar la expansión del alcance del régimen (ROBINSON, 2013: 128). Se trató de un proceso legislativo, judicial y académico que debió ser realizado en escaso tiempo y de forma apresurada, para construir un sistema jurídico a partir de fragmentos poco explorados con anterioridad.³⁴ Esta etapa coincidió con la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, durante la década del noventa, que generó una nueva era de responsabilidad en el marco de la comunidad internacional, y dio lugar al área del derecho internacional con más rápido desarrollo (SCHARF y DAY, 2011: 62).

Con posterioridad, surgió la crítica liberal al derecho penal internacional, que hizo hincapié en demostrar que este nuevo sistema jurídico proclamaba el cumplimiento ejemplar de ciertos principios liberales, como el de legalidad y el de culpabilidad, pero que en la práctica solían verse vulnerados (ROBINSON, 2013: 128). Se trató de un primer intento por analizar cuestiones que en distintos sistemas jurídicos internos podrían ser consideradas como evidentes o superadas, pero que todavía no habían alcanzado un mismo grado de desarrollo en el marco de esta nueva disciplina.

Por último, puede observarse la llamada crítica de la crítica liberal, y que considera que los presupuestos y principios del derecho penal interno no puede ser aplicables o apropiados en un contexto distinto, como es el que da lugar a crímenes internacionales, o al menos no de modo automático (ROBINSON, 2013: 128). Por lo tanto, se le critica al pensamiento liberal que no tiene en cuenta, por ejemplo, los contextos de criminalidad sistemática, en los que muchas veces incluso se ve involucrado el Estado, y que se diferencian de la criminalidad tradicional que puede encontrarse en un sistema interno.

Dentro de este contexto, de posturas aparentemente contrapuestas, puede pensarse en una cuarta forma de argumentar, basada en una aproximación liberal cuidadosa, que ROBINSON ha denominado como una explicación liberal cosmopolita del derecho penal internacional. Esta tendencia no consistiría en proyectar principios nacionales de modo directo al plano internacional, sino que la tarea debería realizarse teniendo en cuenta los contextos especiales de acciones masivamente colectivas, criminalidad estatal y creación de derecho por vías no legislativas (ROBINSON, 2013: 129). A lo que se haría referencia con el término liberal cosmopolita es a dos ideas humanísticas. La palabra “liberal”, se utiliza

³⁴ Se ha considerado que esta primera etapa estuvo caracterizada por un “activismo judicial”, para de ese modo desarrollar normas de derecho penal internacional cuya dirección no estaba explícitamente establecida por el derecho vigente, en flagrante violación al principio de legalidad y los derechos de la defensa (JACOBS, 2012).

en un sentido minimalista, en tanto un sistema de justicia implica ciertas limitaciones en la persecución del fin de protección social, basadas en principios no consecuencialistas (ROBINSON, 2013: 133). La idea básica dentro de este esquema se centra en considerar que la justicia se encuentra condicionada por el respeto de la autonomía, dignidad y capacidad moral de los seres humanos sometidos al sistema, remarcándose la característica aberrante de la imposición de castigos no merecidos, y por lo tanto injustos (ROBINSON, 2013: 132). Por otro lado, el respeto por el individuo como un agente con autonomía y dignidad debe estar acompañado por un respeto por todos los seres humanos como fines para el derecho, reduciéndose el énfasis en el Estado y sus límites (ROBINSON, 2013: 138). Esta consideración de aspectos globales es lo que le agrega el tinte cosmopolita a la concepción, y termina de sentar las bases para esta aproximación, que será adoptada en el presente artículo.

Respecto de la Corte Penal Internacional, se ha considerado que algunos de sus defensores podrían pensar que un tribunal internacional está exento de cumplir con las garantías de un debido proceso y las derivadas del principio legalidad. OHLIN y FLETCHER señalan que ese argumento, independientemente de la condena a la impunidad que el propio Preámbulo al Estatuto de Roma declara, parte de un concepto equivocado sobre la tarea y propósito de la justicia penal internacional. En ese sentido, afirman que el desvío de los principios de debido proceso y legalidad por parte de la Corte generaría un gran daño al mundo, y que si el derecho penal internacional aspira a ser penal, además de internacional, debe mantenerse fiel a ciertos principios (FLETCHER y OHLIN, 2005: 540).³⁵ Por lo tanto, si el derecho penal internacional desea instaurar el valor de que los seres humanos deben ser tratados como agentes morales poseedores de dignidad, debe también realizar esta tarea en los hechos (ROBINSON, 2013: 133-135). Por lo tanto, e independientemente de que se tengan en cuenta las características del contexto particular en que se cometen los crímenes internacionales, ciertos principios liberales deben ser respetados, en tanto resultan indispensables para considerar a un sistema de justicia criminal como justo. Se trata, ni más ni menos, que de los principios de legalidad, culpabilidad, e imparcialidad (AMBOS, 2013: 88). En los siguientes párrafos se hará hincapié en los primeros dos, al ser ambos principios sustantivos, con el fin de intentar determinar hasta qué punto el voto de la jueza ODIO BENITO logra tenerlos en cuenta y respetarlos.

B. El principio de legalidad en derecho penal internacional

Respecto del llamado principio de legalidad en derecho penal internacional, podría decirse que requiere de la existencia de una norma –escrita o no–, a partir de la que pueda derivarse la criminalidad de un acto (WERLE, 2007: 37; SATZGER, 2012: 220). Se trata de un producto de la Ilustración, y más allá de sus antecedentes en la historia, cuenta con una triple fundamentación. La primera de ellas, proveniente en particular del derecho continental europeo y basada en la división de poderes en una sociedad democrática, es la que resulta más

³⁵ Coinciden en el análisis: (AMBOS, 2013: 87; DANNER–MARTINEZ, 2005: 82). Las razones por la que se hace hincapié en que se trata de un sistema penal, además de internacional, se deben a que el derecho penal internacional está preparado para penar individuos, siendo la pena privativa de la libertad la principal forma de castigo a la que se ha recurrido en los últimos tiempos.

complicada de trasladar al marco del derecho internacional. Esto se debe a la ausencia tanto de una democracia global, como de una legislatura centralizada y tribunales universales. Sin embargo, el principio de legalidad también tiene un fundamento basado en la función de la pena de prevención general negativa, y que establece que si la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delinquentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida. Caso contrario no se podría producir el efecto intimidatorio porque nadie sabría si su conducta puede acarrear una pena (ROXIN, 1994: 88). La formulación también puede plantearse en términos de la moderna teoría de la prevención general positiva, en el sentido de que la conminación e imposición de penas también contribuye a estabilizar la fidelidad al derecho y a construir la predisposición a comportarse de acuerdo a las normas, y ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible (ROXIN, 1994: 88). Incluso más persuasiva aparece la fundamentación que se vincula con el principio de culpabilidad: sólo podrá hablarse de una conducta culpable si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la posibilidad de averiguar que su conducta estaba prohibida, lo que presupone una determinación de la criminalidad previa a la comisión del crimen (ROXIN, 1994: 88).

Está claro que las leyes en sentido formal, tal como son aplicadas en derecho penal interno, no existen en derecho internacional, pero la determinación del derecho penal internacional sustantivo de todos modos puede realizarse de un modo similarmente estricto, de acuerdo a sus reglas (JESCHECK, 2004: 40). Es por ello que este principio ha sido reconocido consuetudinariamente (WERLE, 2007: 37; SATZGER, 2012: 220),³⁶ no sólo en general, sino también en lo que respecta a la prohibición de retroactividad *-lex praevia-* y al mandato de establecer la prohibición de forma clara y sin ambigüedades *-lex certa-* (AMBOS, 2013: 89-90). El primero de esos últimos supuestos se encuentra establecido de modo expreso por el Estatuto de Roma en los artículos 22(1) y 24, con independencia de las limitaciones al alcance de la prohibición de retroactividad que suelen señalarse ya no en el marco de la Corte Penal Internacional, sino del derecho penal internacional general.³⁷ Respecto del elemento de ley cierta,³⁸ se ha dicho que la norma al menos debe poder ser determinada de modo suficiente de acuerdo a los estándares del derecho internacional (SATZGER, 2012: 221). Esta derivación del principio de legalidad, además, recibió una enorme contribución por parte de los redactores del Estatuto de Roma, quienes intentaron definir los crímenes de la manera más precisa posible, incluso avanzando por sobre el derecho consuetudinario vigente en ese momento (CASSESE *et al*, 2013: 29).

Sin embargo, el Estatuto de Roma va un poco más allá del derecho penal internacional general, adhiriendo también a los requisitos de *lex scripta* o escrita, y de la prohibición

³⁶ Señalan DANNER y MARTÍNEZ, con razón, que la prohibición de penas *ex post facto*, así como otras doctrinas que nacieron en los sistemas de derecho interno, claramente encuentra recepción en el derecho penal internacional, en especial a través de distintos casos de los tribunales *ad hoc* (2005: 83 y ss).

³⁷ Sobre el tema: (CASSESE *et al*, 2013: 30-3).

³⁸ Algunos autores, hablan de especificidad al referirse a esta derivación de principio de legalidad, por ejemplo: (CASSESE *et al*, 2013: 27-9).

de analogía, o *lex stricta* (AMBOS, 2013: 90). Respecto de la ley escrita, su necesidad ha sido puesta en duda en un sistema que carece de una legislatura, y en ese sentido se la ha considerado como una técnica no esencial (ROBINSON, 2013: 149). En los sistemas jurídicos internos, este elemento acarrea la prohibición de punición a través del derecho consuetudinario, lo cual entraría en contradicción con el hecho de que la costumbre aparece como derivación de la principal fuente del derecho internacional, y de la cual se ha nutrido el derecho penal internacional (SATZGER, 2012: 220-1). Esto obliga a un replanteo, que podría señalarse de la siguiente forma: desde una aproximación liberal cosmopolita se permite la ratificación de la vigencia de la legalidad, pero teniendo en cuenta que no resulta posible asignarle el mismo alcance que en derecho interno. Eso no debe verse como una solución de compromiso, sino de la respuesta ante un sistema de fuentes distinto. Al ser las normas consuetudinarias una derivación de la principal fuente dentro del derecho internacional, parecería razonable considerar que en casos de crímenes internacionales puede aceptarse la punición por derecho consuetudinario, siempre y cuando este último se encuentre vigente.

De todos modos, y como supo señalarse, el Estatuto de Roma establece una jerarquía de fuentes distinta a la que puede encontrarse en el derecho penal internacional general, en su artículo 21. Allí se obliga a la Corte Penal Internacional a aplicar las previsiones del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes por sobre otra fuente de derecho internacional (JESCHECK, 2004: 41). No sólo eso, sino que luego establece en el artículo 23 que quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. Por lo tanto, podría decirse que incluso el principio de ley escrita ha sido reeptado, al menos en el subsistema que se desprende del Estatuto de Roma, y que ofrece las pautas para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional.³⁹

Y en lo que respecta a la *lex stricta*, suele considerarse que su principal consecuencia, al menos en los sistemas jurídicos de *civil law* –por oposición al *common law*–, es la prohibición de analogía. El Estatuto de Roma no sólo establece esta prohibición en su artículo 22(2), sino que va más allá, al incluir el principio de interpretación estricta de los elementos del tipo penal, e incluso más favorable al imputado en caso de duda.⁴⁰ A partir de lo expuesto puede considerarse que el principio de legalidad, en sus distintas derivaciones, resulta de aplicación obligatoria para los jueces de la Corte Penal Internacional.

³⁹ A su vez, según el artículo 9, las normas del Estatuto de Roma tienen preeminencia por sobre los Elementos de los Crímenes. A partir de lo expuesto, y del artículo 23 del Estatuto, podría considerarse que no puede ser criminalizada una conducta por fuera de lo establecido en el Estatuto, con independencia de que el derecho consuetudinario pueda ser aplicable por la Corte Penal Internacional en otros temas –como en el análisis de cuestiones de cooperación internacional, por ejemplo–. Por otro lado, y como se menciona en el artículo 10, las disposiciones del Estatuto de Roma no se interpretarán de modo que limiten o menoscaben normas preexistentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del Estatuto. En ese sentido, otros tribunales, distintos a la Corte Penal Internacional, podrán juzgar a personas por crímenes distintos a los establecidos en el Estatuto de Roma –que incluso pueden tener carácter consuetudinario–, sin perjuicio de que eso no sea posible en la Corte Penal Internacional.

⁴⁰ Puede decirse que el clásico principio procesal de *in dubio pro reo* adquiere un aspecto sustantivo en el marco de la Corte Penal Internacional (SATZGER, 2012: 221).

C. El principio de culpabilidad en derecho penal internacional

Finalmente, los tribunales penales internacionales han reconocido que toda responsabilidad penal presupone la existencia de culpabilidad, lo que genera que los medios y medidas de castigo deban estar basados en la convicción de un tribunal de que el defendido es personalmente reprochable por el crimen que ha cometido (AMBOS, 2013: 93; JESCHECK, 2004: 44). Ya durante los llamados juicios de Núremberg se consideró que uno de los principios jurídicos más importantes se vincula con el hecho de que la culpabilidad penal es individual, lo que conllevaría a la proscripción de castigos colectivos.⁴¹ De este principio se deduce que la pena presupone siempre culpabilidad, por lo que quien actúa sin ella no puede ser castigado –prohibición de la responsabilidad por el resultado–, y que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad –determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad– (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 24-5).

La esencia de la culpabilidad podría definirse, entonces, a partir de la afirmación de que responsabilidad penal individual sólo puede extraerse de las conductas de una persona, y no de su personalidad (AMBOS, 2013: 93), o mera pertenencia (JESCHECK, 2004: 45; DANNER y MARTÍNEZ, 2005: 85). A su vez, el acusado debe haber tenido al menos la oportunidad de motivarse por la norma jurídica en última medida infringida, por lo que debe ser responsable no sólo en sentido objetivo, sino también subjetivo (AMBOS, 2013: 94). Aparece aquí nuevamente la vinculación con el principio de legalidad, debido a que para poder determinarse la culpabilidad de una persona por la violación de una norma, la misma debe haber sido establecida con claridad antes de la comisión del hecho. Caso contrario, el acusado no habría tenido la oportunidad de actuar conforme a derecho.

En lo que se refiere a la jurisprudencia más reciente, ya en el año 1999 la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia señalaba, en el caso Tadić que nadie puede ser responsabilizado penalmente por actos que no haya entablado de forma personal o en los que haya participado de algún otro modo.⁴² Puede observarse, entonces, cómo el derecho penal internacional ha adoptado compromisos filosóficos clave de los sistemas jurídicos internos, siendo el más importante de ellos el énfasis en el ilícito personal como requisito necesario para la imposición de una pena (DANNER y MARTÍNEZ, 2005: 82). Esto tiene vinculación con las distintas doctrinas que se han creado en el marco de este régimen autónomo del derecho internacional, debido a que sin dudas presuponen la noción de responsabilidad moral y penal solamente por decisiones individuales contrarias

41 TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL, "Judgment", en *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945-1 October 1946. Volume I, Official Text in the English language. Official Documents.* Nuremberg, 1947, p. 256.

42 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Duško Tadić*, "Judgment", IT-94-1, 15 de julio de 1999, párr. 186. De todos modos, señala AMBOS que esto podría observarse como una mera declaración de principios, a partir de la expansión de la responsabilidad penal realizada por los tribunales *ad hoc*, en especial en lo que se refiere a las doctrinas de la Empresa Criminal Conjunta y de la Responsabilidad del Superior (AMBOS, 2006: 671 y ss). Analiza también estas contradicciones ROBINSON en: (ROBINSON, 2008).

a una norma jurídica (DANNER y MARTÍNEZ, 2005: 86).⁴³

Antes de comenzar el análisis de la disidencia de la jueza Elizabeth ODIO BENITO, debe mencionarse que si bien el principio de culpabilidad no se encuentra expresamente establecido en el Estatuto de Roma, de todos modos puede derivarse a partir de sus fuentes como principio de derecho internacional o como principio general del derecho (AMBOS, 2013: 94), y también a partir de las referencias que hace el artículo 30 respecto del elemento subjetivo general que se requiere para la comisión de un crimen de competencia de la Corte (JESCHECK, 2004: 45).

V. Análisis crítico del voto disidente

Los dos principios desarrollados, y que deben ser considerados como nucleares en un derecho penal internacional liberal, no han sido tenidos en cuenta en el voto disidente de Elizabeth ODIO BENITO, en caso *Lubanga*. En primer lugar, la jueza reconoce el problema de legalidad que genera la tipificación del crimen en cuestión, al no ofrecer una definición concreta de la conducta típica consistente en participar activamente en las hostilidades.⁴⁴ Para complementar este elemento normativo del tipo decide recurrir a otras fuentes del derecho aplicable, lo que a priori sería correcto en el análisis de elementos extrapenales, respecto de los cuales el derecho penal es subsidiario (AMBOS, 2011: 107). Sin embargo, la jueza no busca completar el tipo a partir del ordenamiento jurídico al que se hace referencia cuando se introduce el término “para participar activamente en las hostilidades”, como es el derecho internacional humanitario, sino al derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁵ Esto aparece como problemático debido a que el derecho internacional humanitario consuetudinario resulta derecho aplicable por la Corte en virtud del artículo 21(1)(b) del Estatuto,⁴⁶ y de la cláusula general establecida en los Elementos de los Crímenes,⁴⁷ mientras que la aplicación directa de disposiciones sobre derechos humanos es, al menos, controvertida.

⁴³ Debe aclararse que estos autores hacen hincapié en la responsabilidad por decisiones tendientes a dañar a otros. No se ha utilizado esta terminología en el artículo, en tanto el hecho de centrar el eje de la responsabilidad penal en resultados dañosos genera múltiples inconvenientes para la construcción de una dogmática racional, y concordante con el mismo principio de culpabilidad. Por cuestiones de brevedad, no se abordará en mayor medida el tema, aunque se recomienda la lectura de las siguientes investigaciones, desarrolladas por dos autores de culturas jurídicas diferentes: (SANCINETTI, 1991; FEINBERG, 2003: 77 y ss.).

⁴⁴ CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012. Opinión separada y disidente de la jueza ODIO BENITO, párrafo 6.

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ Artículo 21. Derecho aplicable. 1. La Corte aplicará: [...] b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados.

⁴⁷ En el segmento introductorio del artículo 8 de los Elementos de los Crímenes, se establece lo siguiente: “Los elementos de los crímenes de guerra de que trata el párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto serán interpretados en el marco establecido del derecho internacional de los conflictos armados con inclusión, según proceda, del derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar”.

Podrían ser derivadas ciertas normas de derechos humanos del artículo 21(1)(b), en tanto tratados aplicables o principios y normas de derecho internacional,⁴⁸ pero la jueza ODIO BENITO decide recurrir al artículo 21(3). Es decir, no centra sus argumentos en el derecho aplicable por la Corte –artículo 21(1)–, sino en un mandato de compatibilizar con los derechos humanos tanto la aplicación como la interpretación del mismo (FLETCHER y OHLIN, 2005: 552). Por lo tanto, e independientemente de los alcances del artículo 21(3), la jueza intenta extraer derecho de un artículo que justamente presupone su existencia, con el fin de ampliar los alcances de la norma, en contra del acusado. Debe recordarse que el inciso en cuestión ha generado muchísimo debate en cuanto a sus alcances (STAHN y VAN DEN HERIK, 2012: 68), pero al menos debería tenerse en cuenta la posibilidad de que se trate de una referencia a los derechos del acusado, y no de una puerta abierta hacia una persecución penal más agresiva en pos de proteger los derechos de las víctimas (FLETCHER y OHLIN, 2005: 552). La interpretación *pro reo* del artículo 21(3) a su vez se ampara en los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, y más precisamente en una nota al pie de página del artículo 20 del informe final del Comité Preparatorio de 1998.⁴⁹ Allí incluso se llegó a mencionar que el respeto por los derechos humanos internacionalmente reconocidos requiere que la interpretación de la Corte sea consistente con el principio de legalidad –*nullum crimen sine lege*– (SCHABAS, 2010: 398).⁵⁰

Pero ese no es el único inconveniente, porque además ODIO BENITO recurre a tres instrumentos de derechos humanos no vinculantes, que carecen de un status jurídico formal y que de ninguna manera pueden ser considerados como normas de derecho internacional de las que pueda derivarse responsabilidad individual (WAGNER, 2013: 194).⁵¹ Por lo tanto, aun si se entiende a la *lex scripta* como capaz de incluir a normas válidas de derecho internacional ajenas al Estatuto de Roma –lo que sin embargo estaría vedado por el artículo 23 del mencionado instrumento–, ODIO BENITO la estaría vulnerando, porque los instrumentos que cita no lo son, ni forman parte siquiera del derecho aplicable según el artículo 21.⁵² Vinculado con este tema, debe señalarse a su vez que la ampliación de la prohibición de utilización de niños para participar activamente en las hostilidades a través de normas no vinculantes, también da lugar un tipo penal incierto –vulnerándose la *lex certa*–, cuya delimitación queda librada sin más a la voluntad del intérprete.

⁴⁸ En sentido similar: WAGNER (2013: 194).

⁴⁹ Draft Statute for the International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. UN doc. A/CONF.183/2Add.1, 14 de abril de 1998, página 47, pie de página 63.

⁵⁰ Resulta al menos contradictorio que se adhiera al voto de la mayoría en lo que se refiere al concepto general de participación activa en las hostilidades, y que se basa en gran medida en trabajos preparatorios, pero que luego no se le de importancia a dichos trabajos para el análisis del artículo 21(3). De todos modos, la posibilidad de recurrir a los trabajos preparatorios para interpretar disposiciones del Estatuto de Roma es un tema problemático, que no se pretende resolver en este artículo.

⁵¹ Incluso quienes reconocen el valor profesional, operativo y político de estos instrumentos, afirman que en definitiva señalan de *lege ferenda* (DRUMBL, 2013: 90).

⁵² Se ha considerado, de forma similar a la expuesta, que la utilización de instrumentos no vinculantes, a pesar de dar un paso hacia delante en el tratamiento del fenómeno de los niños soldados, tiende a distorsionar el posible contenido del derecho penal (JØRGENSEN, 2012: 681).

Por otro lado, la interpretación debería haberse realizado de conformidad con la *lex stricta*. Recuérdese que el Estatuto de Roma, en su artículo 22(2), señala en específico no sólo la prohibición de ampliar por analogía los tipos penales, sino que también impone la obligación tanto de interpretarlos de modo estricto, como de resolver las cuestiones dudosas a favor del imputado. Por eso resulta contra intuitivo que la magistrada, tras aceptar la concepción de participación activa de la mayoría, considere que los niños están protegidos de reclutamiento no sólo por el hecho de poder ser considerados un blanco potencial por el “enemigo”, sino también porque podrían correr el riesgo de ser sometidos a condiciones incompatibles con sus derechos fundamentales, como la violencia sexual.⁵³ Estos actos sexuales, además, serían un elemento intrínseco de la conducta criminal de “utilización para participar activamente en las hostilidades”, según la jueza.⁵⁴ Sobre esto debe decirse que el daño al que pueden ser sometidos los civiles por parte de los miembros de un grupo armado se encuentra abarcado por otros tipos penales. En ese sentido el Estatuto de Roma tipifica de modo detallado un importante número de crímenes sexuales, tanto específicos –como el de violación–, como subsidiarios –cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable–, cometidos en el marco de un conflicto armado o de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. La violencia sexual es, entonces, un elemento intrínseco de los crímenes contra la integridad sexual de competencia de la Corte, y no del que criminaliza el reclutamiento, alistamiento y utilización de menores de quince años.

En el caso de la utilización, el elemento esencial radica, como explicaron los jueces de la mayoría, en la desprotección a la que se ven sometidos los niños al participar de las hostilidades y poder ser considerados como un blanco legítimo. Esta conclusión se ve amparada por el hecho de que considerar, por ejemplo, a las violaciones sufridas por los niños en un campamento militar como participación activa en las hostilidades, tiene como consecuencia que en ese preciso instante el menor pueda ser atacado por el grupo contrario, reduciéndose la protección que otorga el derecho internacional humanitario (MCBRIDE, 2013: 197; WAGNER, 2013: 203; URBAN, 2012). Sobre esta clase de interpretaciones en extremo extensivas del concepto de participación activa en las hostilidades se ha considerado, con razón, que lo que se da con una mano se quita con la otra (SIVAKUMARAN, 2010: 1019; URBAN, 2012), porque el aumento de la punibilidad reduce el resguardo del niño que se vio involucrado en el acto. Se recuerda que la *ratio legis* de la prohibición de utilizar a niños para participar en las hostilidades es el sometimiento al riesgo de ser considerados un blanco potencial, y eso solamente se produce, en derecho internacional humanitario, cuando se participa directamente, no activamente de forma indirecta.⁵⁵ Pero retomándose el análisis en torno al principio de legalidad, ODIO BENITO incluye en un elemento normativo que se interpreta restrictivamente según las reglas del derecho aplicable a los conflictos armados,

53 CORTE PENAL INSTITUCIONAL, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012. Opinión separada y disidente de la jueza ODIO BENITO, párrafo 19.

54 *Ibidem*, párrafo 20

55 Es por ello que se considera que si bien puede ser deseable interpretar la participación activa como más amplia que la directa, la posibilidad de que los niños puedan ser considerados como blancos legítimos de ataques ayuda a restringir el ámbito de la participación activa y a dejar fuera a las niñas utilizadas como esclavas sexuales. (JØRGENSEN, 2012: 683-4).

actividades que ni siquiera forzando el tipo penal pueden ser abarcadas. Pareciera ser acertado, por lo tanto, el análisis del profesor AMBOS, quien considera que las conclusiones a las que llega la jueza violan el requisito de construcción estricta de los tipos penales, y da lugar a una analogía prohibida (AMBOS, 2012: 115 y 137).

Una última vulneración al principio de legalidad puede vislumbrarse si se considera que dos de los tres instrumentos internacionales que la jueza utiliza para completar el tipo no habían sido siquiera creados ni al momento de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, ni al de comisión de los hechos. Y es que los llamados Principios y Directrices de París sobre los Niños Asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados fueron adoptados en febrero de 2007, y la Solemne Declaración sobre Igualdad de Género de la Unión Africana lo fue en junio de 2006. Debe recordarse que el Estatuto de Roma no sólo establece el principio de irretroactividad *ratione personae* en su artículo 24, sino que incluso se ha negado la posibilidad, a través del pie de página 22 de los Elementos de los Crímenes, de aplicar la normativa hacia hechos pasados en el caso del crimen de desaparición forzada de personas (OLÁSOLO, 2007: 307). Por lo tanto, parecería un contrasentido que pudiesen ser aplicadas “normas” no vinculantes retroactivamente, cuando el derecho aplicable del Estatuto resulta irretroactivo.

Por otro lado, la falta de adecuación del razonamiento de la jueza con el principio de culpabilidad aparece como manifiesta a partir de la violación a las cuatro derivaciones de principio de legalidad: se aplica una norma penal de instrumentos internacionales no vinculantes, que no forman parte de derecho aplicable por la Corte y establecen prohibiciones abiertas –violación a la *lex scripta* y a la *lex certa*–, que se aplica retroactivamente –violación a la *lex praevia*–, y se interpreta de forma analógica –violación a la *lex stricta*–. Por lo tanto el acusado de ningún modo pudo haber motivado su conducta de acuerdo a esta norma no escrita, incierta, interpretada analógicamente y no vigente al momento de los hechos. Además, en caso de que Lubanga hubiese motivado su conducta de acuerdo al derecho internacional humanitario, y por ende evitado utilizar a niños para participar *directamente* en las hostilidades, de todos modos podría haber sido condenado.⁵⁶ Como supo explicarse, el derecho de los conflictos armados prohíbe la utilización de niños para participar directamente en las hostilidades, pero no de manera indirecta. Por lo tanto, el acusado podría haber utilizado a los niños legítimamente durante el conflicto, pero luego ser condenado, porque esa participación indirecta permitida luego se convertiría en una participación activa prohibida para el derecho penal internacional. Esto último genera una contradicción entre dos regímenes especializados del derecho internacional a partir del conflicto entre dos normas (URBAN, 2012), cuya solución excede los límites de este artículo, pero que de todos modos requiere de un mínimo tratamiento.

Algunos autores (GRAF, 2012: 963-4; APTEL, 2012) intentan resolver este inconveniente a partir de considerar que los fines del derecho internacional humanitario son distintos a los del derecho penal internacional, y que por lo tanto deberían separarse ambas prohibiciones.

⁵⁶ Lo mismo puede decirse, de todos modos, respecto de la posición de la mayoría. En otras palabras, este problema no es privativo de la disidencia de ODIO BENITO.

Esto no puede ser así, en tanto el crimen de guerra de utilización de niños menores de quince años para participar activamente en las hostilidades debe tener un correlato en el derecho internacional humanitario. Esto cobra relevancia si se tiene en cuenta que el “*chapeau*” correspondiente al artículo 8(2)(e)(vii) considera que los crímenes señalados resultan violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, *dentro del marco establecido de derecho internacional* (VITÉ, 2013: 77; TAN, 2013: 139). Justamente un crimen de guerra es por definición una violación al derecho internacional humanitario, y el derecho penal internacional solamente es subsidiario en esta relación. Si se establece una conminación penal al incumplimiento de normas que hacen al *jus in bello* es porque la entidad de esa violación es tal, que debe prohibirse en todo contexto. El considerar que ambos sistemas pueden separarse, al menos en este aspecto, daría lugar a situaciones absurdas en las que un líder militar pudiese utilizar niños para participar indirectamente en las hostilidades durante el conflicto, pero luego sería condenado por esa utilización permitida (VITÉ, 2013: 78).⁵⁷

VI. Reflexiones finales

No puede negarse que resultan loables los intentos de la jueza para que se tengan en cuenta los actos aberrantes cometidos contra niños y traídos a colación durante el proceso. Puede hablarse incluso de un mensaje dirigido contra el Fiscal de la Corte Penal Internacional, quien no presentó cargos por crímenes sexuales contra Thomas Lubanga Dyilo. Sin embargo, esta posición genera una serie de contradicciones con los principios de legalidad y culpabilidad, ambos reconocidos en derecho penal internacional, de imposible solución.

La más clara aparece con el recurso a disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, para ampliar pretorianamente un tipo penal que debe interpretarse de forma estricta. La utilización de estas “normas”, que ni siquiera podrían ser consideradas como derivaciones de fuentes formales del derecho internacional y cuya obligatoriedad no puede afirmarse, pierde de vista que la persecución penal de un acusado tiene lugar en el contexto de un tribunal penal internacional, donde adquieren vital importancia las garantías de imputado a un juicio justo, y no en un tribunal de derechos humanos (TAN, 2013: 143). En este contexto, el concepto de participación activa en las hostilidades establecido en los artículos 8(2)(e)(vii) y 8(2)(b)(xxvi) no puede ser considerado como una panacea capaz de integrar a todo maltrato al que puedan ser sometidos los niños en un conflicto armado (TAN,

⁵⁷ Esta tensión se potencia si se analiza que el Estatuto de Roma tipifica otros crímenes que cuentan con el elemento normativo de participación directa, en las hostilidades. El ejemplo más claro viene dado por los artículos 8(2)(b)(i) y 8(2)(e)(i), que criminalizan el dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades. Tanto la posición mayoritaria como minoritaria de la Sala de Primera Instancia I asocian a la participación directa en las hostilidades con las actividades realizadas en el frente de batalla, cuando esto no es así en el derecho internacional humanitario general, ni siquiera para el CICR. Por lo tanto, un líder militar podría atacar de forma intencional a civiles que según el derecho internacional humanitario se encontrarían participando directamente en las hostilidades, pero luego podrían ser juzgados y condenados por la Corte Penal Internacional. (VITÉ, 2013: 80).

2013: 149).

A su vez, si se aspira a obtener justicia a nivel internacional, por oposición a una venganza sin control, determinados principios liberales, que actúan como garantías básicas del imputado, no deben ser ignorados. Los jueces de tribunales internacionales, que en muchos casos suelen identificarse con movimientos de derechos humanos (DEGUZMAN, 2012: 51-3), no pueden desconocer que las limitaciones al poder punitivo internacional tienen una razón de ser. La alternativa a un derecho penal internacional liberal es la generación de un derecho penal del enemigo a nivel internacional, como considera JAKOBS que efectivamente sucede (2003: 51-5), que en definitiva trataría de modo diferencial a ciertas personas –los acusados de cometer crímenes internacionales– a través de un relajamiento, e incluso de la derogación de principios de garantía de los derechos fundamentales de la persona (PASTOR, 2006: 123).

A esto se le suma otra situación incongruente, ya que la extensión de un concepto propio del derecho internacional humanitario (GRAF, 2012: 960), para aumentar la punibilidad de una conducta en un juicio posterior, genera una mayor desprotección para los niños durante el conflicto armado. En estos contextos, los niños que participan de modo indirecto en las hostilidades –aunque activamente según la concepción de la Corte–, no se ven sometidos a peligros en sentido jurídico, por el hecho de que siguen estando protegidos por el derecho internacional humanitario, y no pueden ser atacados. Pero si se considera a la participación directa como activa, se corre riesgo de flexibilizar una noción estricta, tendiente a la protección de los civiles, y bajar la protección de personas que no merecen perderla, como son los niños que se ven involucrados en un conflicto armado (MCBRIDE, 2013: 202; TAN, 2013: 132; VITÉ, 2013: 78). Uno debería preguntarse si resulta apropiado pagar estos costos con el fin de poder aplicar más pena, en especial si se tiene en cuenta que, en palabras de WELZEL, cuando el derecho penal entra en acción por lo general ya es demasiado tarde (1969: 19).

En lo que se refiere a los crímenes de violencia sexual, la solución resulta más sencilla de lo que aparenta: basta con que el fiscal impute crímenes sexuales, que entrarán en concurso con el crimen de guerra de utilización de menores de quince años para participar activamente en las hostilidades.⁵⁸ Por otro lado, la conducta típica de “reclutamiento”, establecida también los artículos 8(2)(e)(vii) y 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto de Roma, incluye toda conscripción ilegítima a un grupo armado, por lo que podrían abarcarse todas las acciones que se den en ese entorno (JØRGENSEN, 2012: 682-3; MCBRIDE, 2013: 188; TAN, 2013: 119 y 146), sin siquiera recurrir a la conducta de utilización para participar activamente en las hostilidades. Acusando de alguna de estas dos formas se podría hacer responsable a quienes cometieron actos de violencia sexual, pero al mismo tiempo respetando sus derechos sustantivos y procesales.⁵⁹ En el hipotético caso de que se obtuviese una condena

⁵⁸ En un mismo sentido APTEL (2010: 12); JØRGENSEN (2012: 684); TAN (2013: 142-3).

⁵⁹ De todos modos, una subsunción de hechos en principio no considerados en la acusación dejaría vigente el problema procesal relativo a la violación del derecho de defensa al afectarse la congruencia entre la acusación y el fallo condenatorio. Es por ello que además deberían particularizarse los hechos

en estos casos se estaría produciendo verdadera justicia, respetuosa del debido proceso, sin la necesidad de recurrir a construcciones de dudosa legitimidad, y que además cuentan con la potencialidad de disminuir la protección de los civiles.

En definitiva, le asiste razón a la magistrada al afirmar que la violencia sexual contra niños y niñas soldados no debe ser invisibilizada. Pero no tiene en cuenta que los derechos y garantías de los acusados, también deben hacerse visibles, y cumplirse en los hechos de forma plena. Esa es la única forma de poder generar un derecho penal internacional legítimo, y de fortalecer un Estado de Derecho a nivel global.⁶⁰

Bibliografía

AMBOS, K. (2006) *Remarks on the General Part of International Criminal Law*, en JICJ, vol. 4, n° 4, 2006.

— (2011), *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

— (2012), *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*, en *International Criminal Law Review*, vol. 12, n° 2, 2012.

— (2013) *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

APTEL, C. (2010), *Children and Accountability for International Crimes: The Contribution of International Criminal Courts*, Innocenti Working Paper No. 2010-20, en UNICEF Innocenti Research Centre.

— (2012), *Lubanga Decision Roundtable: The Participation of Children in Hostilities*, consultado en [<http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-the-participation-of-children-in-hostilities/>] el 15/12/2013.

BOUVIER, A., SASSÒLI, M. y QUINTIN, A. (2011), *How Does Law Protect in War?*, 3rd edition, Ginebra, ICRC, 2011.

CASSESE, A. et al (2013), *Cassese's International Criminal Law. Third Edition*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

COTTIER, C. "War Crimes" (2008), en Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München/Oxford/Baden-Baden, C.H.Beck/Hart/Nomos, 2008.

DANNER, A. M. y MARTINEZ, J. S. (2005) *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, en *Cal. L. Rev.*, vol. 93, n° 1, 2005.

DEGUZMAN, M. (2012), *How Serious are International Crimes? The Gravity Problem in*

de acuerdo a los requisitos del artículo 74 del Estatuto de Roma (TAN, 2013: 142).

⁶⁰ Coincide en la conclusión: (JACOBS, 2012).

- International Criminal Law*”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51, n^o1, 2012.
- DINSTEIN, Y. (2004), *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- DOSWALD-BECK, L. y HENCKAERTS, J. (2005), *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Buenos Aires, CICR, 2007.
- DRUMBL, M. (2013), “*Between Consolation and Innovation: The International Criminal Court’s Trial Chamber Judgment in the Lubanga Case*”, en GILL, T. D. et al (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15, 2012.
- FEINBERG, J. (2003), “*Criminal Attempts. Equal Punishments for Failed Attempts*”, en FEINBERG, J., *Problems at the Roots of Law. Essays in Legal and Political Theory*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- FICHELBERG, A. (2008), “*Liberal Values in International Criminal Law. A critique of Erdemović*”, en *JICL*, vol. 6, n^o 1, 2008.
- FLETCHER, G. y OHLIN, D. J. (2005) “*Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case*”, en *JICL*, vol. 3, n^o 3, 2005.
- GRAF, R. (2012) “*The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga judgment*”, en *JICJ*, vol. 10, n^o 4, 2012.
- HAPPOLD, M. (2009), “*Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court*”, en DORIA, J., GASSER, H. y BASSIOUNI, M. C. (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- JACOBS, D. (2012), *Lubanga Decision Roundtable: Lubanga, Sexual Violence and the Legal Re-Characterization of Facts*, consultado en [<http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-lubanga-sexual-violence-and-the-legal-re-characterization-of-facts/>] el 15/12/2013.
- (2013), “*A Shifting Scale of Power: Who is in Charge of the Charges at the International Criminal Court and the uses of Regulation 55*”, en SCHABAS, W., HAYES, N., y MCDERMOTT, Y., (eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Surrey/Burlington, Ashgate, 2013.
- JAKOBS, G. (2003), “*Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.
- JESCHECK, H. (2004), “*The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*”, en *JICJ*, vol. 2, n^o 1, 2004.
- JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (1996), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada, Comares, 2002.
- JØRGENSEN, N. H. B. (2012), “*Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*”, en *Chinese Journal of International Law*, vol. 11, n^o 4, 2012.
- KONGE, P. (2010) “*International crimes & child soldiers*”, en *Southwestern Journal of International Law*, vol. 16, n^o 1, 2010.
- MCBRIDE, J. (2013), *The War Crime of Child Soldier Recruitment*. T.M.C. Asser Press/Springer, The Hague, 2013.

- MELZER, N. (2008), *"Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law"*, en *IRRC*, n° 872, 2008.
- MEROPE, S. (2011), *"Recharacterizing the Lubanga case: regulation 55 and the consequences for gender justice at the ICC"*, en *Criminal Law Forum*, vol. 22, n° 3, 2011.
- OLÁSULO, H. (2007), *"A note on the evolution of the principle of legality in international criminal law"*, en *Criminal Law Forum*, vol. 18, n° 3-4, 2007.
- PASTOR, D. (2006), *"El derecho penal del enemigo en el espejo de poder punitivo internacional"*, en PASTOR, D., *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2009.
- ROBINSON, D. (2008), *"The Identity Crisis of International Criminal Law"*, en *LJIL*, vol. 21, n° 4, 2008.
- (2013), *"A Cosmopolitan Liberal Account of International Criminal Law"*, en *LJIL*, vol. 26, n° 1, 2013.
- ROXIN, C. (1994), *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2da. Edición. Madrid, Civitas, 1997.
- SANCINETTI, M. A. (1991), *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. y ZIMMERMAN, B., eds. (1987), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff/CICR, 1987.
- SATZGER, H. (2012), *International and European Criminal Law*. München, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2012.
- SCHABAS, W. (2010), *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SCHARF, M. P. y DAY, M. (2011), *"The ad hoc international criminal tribunals: launching a new era of accountability"*, en SCHABAS, W. y BERNAZ, N. (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*. London/New York, Routledge, 2011.
- SCHMITT, C. (1994), *El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"*. Buenos Aires, Hammurabi, 2006
- SCHMITT, M. (2010), *"Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements"*, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n° 3, Spring 2010, 2010.
- SIVAKUMARAN, S. (2010), *"War Crimes before the Special Court of Sierra Leone"*, en *JICJ*, vol. 8, n° 4, 2010.
- SOLIS, G. (2010) *The Law of Armed Conflict. International Humanitarian Law in War*. New York/Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. (2012), *"'Fragmentation', Diversification and '3D' Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-The-Box"*, en STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

TAN, Joe. (2013), "*Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga*", en Gill, T. D. et al (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15, 2012.

URBAN, N. (2012), *Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC's decision in Lubanga*, consultado en [<http://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/>] el 15/12/2013.

VITÉ, S. (2013), "*Between Consolation and Innovation: The International Criminal Court's Trial Chamber Judgment in the Lubanga Case*", en GILL, T. D. et al (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15, 2012.

WAGNER, N. (2013), "*A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: child soldiers and direct participation*", en *Criminal Law Forum*, vol. 24, n° 2, 2013.

WELZEL, H. (1969), *Derecho Penal Alemán*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

WERLE, G. (2007), *Principles of International Criminal Law. Second Edition*. The Hague: T.M.C./Asser Press, 2009.