

LA RELEVANCIA DE HABER SIDO NIÑO SOLDADO PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR CRÍMENES INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE GRUPOS ARMADOS

THE RELEVANCE OF BEING A FORMER CHILD SOLDIER ON CRIMINAL LIABILITY FOR INTERNATIONAL CRIMES COMMITTED BY ARMED GROUPS' MEMBERS

MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ SÁNCHEZ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS. DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA AL ESTATUTO DE ROMA. III. LOS EX-NIÑOS SOLDADO/COMBATIENTES: ELEMENTOS PARA LA DISCUSIÓN DE SU RESPONSABILIDAD POR CRÍMENES INTERNACIONALES. IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS EX-NIÑOS SOLDADO/COMBATIENTES ANTE LA CPI, EL CASO DE DOMINIC ONGWEN. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Pese al creciente interés de la academia por la responsabilidad penal de los niños soldados, un aspecto había permanecido en gran parte inexplorado: la relevancia de ser ex-niño soldado en la determinación de la responsabilidad penal de miembros de grupos armados por los crímenes internacionales cometidos. Los debates empezaron a tener lugar en diciembre del 2016 cuando inició el juicio contra Dominic Ongwen en la Corte Penal Internacional por crímenes de guerra y de lesa humanidad. Para la Defensa, haber sido reclutado a los 9 años por el Ejército de Resistencia del Señor en Uganda era un hecho fundamental. En este sentido, el problema jurídico planteado consistió en determinar si haber sido niño soldado es un factor relevante para la determinación de la responsabilidad como eximente, para la determinación de la pena, o si no es relevante. Este artículo tiene como objetivo dilucidar esta cuestión mediante un análisis jurídico-crítico de las recientes sentencias (condenatoria y de determinación de la pena) emitidas en este caso; con el propósito de aportar elementos a las discusiones sobre esta cuestión que se están desarrollando en apelaciones de la Corte Penal Internacional, y en tribunales nacionales como la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia.

ABSTRACT: The criminal liability of child soldiers has been extensively addressed in recent years, given the growing interest in child soldiers as a research topic. However, one aspect was relatively unexplored: the

Fecha de recepción del trabajo: 24 de febrero de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 21 de abril de 2022.

* Abogada por la Universidad Nacional de Colombia y doctoranda en Derecho Internacional en la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente, practicante en la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional (marias63@ucm.es).

relevance of being a former child soldier in the attribution of criminal liability for international crimes committed by members of an armed group. This changed when in December 2016, Dominic Ongwen's case started before the International Criminal Court for crimes against humanity and war crimes. For the Counsel for the Defence, the fact of his recruitment at age 9 by the Lord's Resistance Army in Uganda was essential. In this regard, the issue consisted in determining whether being a former child soldier is relevant for excluding criminal responsibility, as a mitigating factor for the determination of the penalty, or if it is not relevant. The purpose of this article is to elucidate this issue through a critical legal analysis of the Trial Judgment and the Sentence in this case, with the aim to contribute elements to the developing discussions in appeals before the International Criminal Court and before national tribunals as the Special Jurisdiction for Peace in Colombia.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Penal, Derecho Penal Internacional, Corte Penal Internacional, Crímenes internacionales, Niños soldado, Responsabilidad penal de ex-niños soldado, Dominic Ongwen.

KEYWORDS: *International criminal law, International Criminal Court, International crimes, Child soldiers, Former child soldiers' criminal liability, Dominic Ongwen.*

I. INTRODUCCIÓN

Pese a los múltiples esfuerzos realizados, los niños soldado siguen siendo una realidad alrededor del mundo: cerca de 300.000 según cifras del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF en adelante)¹. No ha sido suficiente ni la consagración del reclutamiento, alistamiento o uso de menores de 15 años como crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998² (ER en adelante); ni la vigencia de instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH en adelante) que instan a la toma de todas las medidas posibles para que los menores de 18 años no participen directamente en las hostilidades; así como tampoco la existencia de una opinión generalizada en la comunidad internacional que condena enérgicamente este tipo de actos³.

La complejidad del fenómeno de los niños soldado y el creciente aumento de la sensibilidad frente a este tema, ha despertado el interés por estos como objeto de estudio en distintas disciplinas⁴. En el Derecho, la mayor parte de las investigaciones académicas se han ocupado del dilema víctima/victimario y de su responsabilidad por los delitos cometidos siendo menores de edad. No obstante esta rica y fértil literatura, un aspecto subsistió en gran parte inexplorado hasta el inicio del juicio contra Dominic Ongwen ante la Corte Penal Internacional (CPI en adelante): la relevancia de haber sido niño soldado

¹ UNICEF, “Niños soldado”, 12 febrero 2021, (disponible en: <https://www.unicef.es/ninos-soldado> consultado 17/12/2021).

² CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE PLENIPOTENCIARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Documento de Naciones Unidas: A/CONF.183/9*, 17 de julio 1998.

³ DRUMBL, M.A., *Reimagining Child Soldiers*, 1ª edición, Oxford University Press, New York, 2012, p. 103.

⁴ DRUMBL, M.A., *Reimagining...op. cit.*, nota 4, p. 11.

para la determinación de la responsabilidad de los miembros de los grupos armados por los crímenes cometidos siendo mayores de 18 años.

La discusión se inició cuando el equipo de la defensa de Dominic Ongwen (la Defensa en adelante) alegó como elemento fundamental en su teoría del caso que el acusado fue reclutado por el grupo armado el Ejército de Resistencia del Señor (LRA en adelante por sus siglas en inglés) cuando tenía 9 años y se dirigía a la escuela, sometido a entrenamiento militar y socializado en un medio violento. Esta experiencia traumática generó en él unas condiciones que le eximirían de cualquier responsabilidad por los crímenes cometidos o, de haberla, reducirían su pena al mínimo.

Ocuparse integralmente de esta cuestión requeriría un abordaje de los derechos de las víctimas, la justicia transicional; incluso las implicaciones del discurso de la comunidad internacional sobre las consecuencias a medio y largo plazo que genera haber sido niño soldado o experiencias traumáticas comparables como la violencia doméstica. No obstante, el objetivo de este artículo es bastante específico: dilucidar la cuestión jurídica de si haber sido niño soldado es relevante para determinar la existencia de eximentes de responsabilidad, para la fijación de la pena, o si no es relevante. Lo anterior, mediante un análisis legal-crítico de las recientes sentencias (condenatoria y de determinación de la pena) emitidas por la CPI en el caso Ongwen⁵.

Este ejercicio académico encuentra su justificación principal en la oportunidad de aportar elementos a las discusiones que se están llevando a cabo actualmente sobre esta cuestión; especialmente, en la Sala de Apelaciones de la CPI en el caso Ongwen⁶ y en tribunales nacionales de Estados parte del ER con conflictos armados internos y procesos de justicia transicional como Colombia. En este país el reclutamiento de niños fue una práctica sistemática de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)⁷ y al momento de su desmovilización con ocasión del acuerdo de paz del 2016, el 47% de sus integrantes habían sido reclutados siendo menores de 15 años⁸. En consecuencia, una parte significativa de los acusados ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) son ex-niños soldado.

Aunque se desconoce la magnitud global de este fenómeno por ausencia de cifras, no es difícil imaginar que Ongwen es tan solo uno de los muchos ex-niños

⁵ CPI de 4 de febrero 2021, ICC-02/04-01/15, Sentencia con arreglo al art. 74 del Estatuto, asunto *Fiscalía vs. Dominic Ongwen*; CPI de 6 de mayo 2021, ICC-02/04-01/15, Sentencia, asunto *Fiscalía vs. Dominic Ongwen*.

⁶ CPI de 19 de octubre 2021, ICC-02/04-01/15, Public Redacted Version of “Defence Appeal Brief Against the Convictions in the Judgment of 4 February 2021”, filed on 21 July 2021 as ICC-02/04-01/15-1866-Conf, asunto *Fiscalía vs. Dominic Ongwen*; CPI de 31 de Agosto 2021, ICC-02/04-01/15, Public Redacted Version of ‘Corrected Version of “Defence Document in Support of its Appeal against the Sentencing Decision”, filed on 26 August 2021’, filed on 30 August 2021 as ICC-02/04-01/15-1871-Conf-Corr, asunto *Fiscalía vs. Dominic Ongwen*.

⁷ JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, “caso 07: reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado”, (disponible en <https://www.jep.govs.co/Especiales/casos/07.html> consultado 17/12/21).

⁸ FAJARDO ARTURO, L. A., *Reclutamiento de niñas y niños: como crimen internacional de las FARC en Colombia*, 1ª edición, Planeta Colombiana S.A, Bogotá, 2014, 255-260.

soldado/combatientes⁹ que existen actualmente. Lo anterior es muy probable si se piensa que cientos de niños han ingresado y siguen ingresando a los grupos armados alrededor del mundo¹⁰, que no todos mueren o se desmovilizan, y que por las actividades propias del grupo es muy factible la comisión de crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Para lograr el objetivo señalado, primero se abordará la dicotomía de los niños soldado como víctimas/victimarios desde el Derecho Internacional. Posteriormente, se analizará en términos generales la relevancia que podría tener haber sido niño soldado para la consideración de eximentes de responsabilidad y la fijación de la pena; y finalmente, en términos concretos, conforme las recientes sentencias contra Dominic Ongwen.

II. EL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS. DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA AL ESTATUTO DE ROMA

1. Los niños y su participación en los conflictos armados

Para abordar la regulación internacional vigente sobre la participación de los niños en los conflictos armados es preciso delimitar los términos “niño” y “niño soldado”. Aunque la niñez y la adultez son construcciones sociales¹¹, actualmente existe consenso en torno a la definición de *niño* recogida en el art. 1 de la Convención de Derechos del Niño de 1989 (Convención de 1989 en adelante)¹²: todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

Por su parte, el término *niño soldado* fue acuñado por primera vez en los Principios de Ciudad del Cabo de 1997¹³ para denotar “*toda persona menor de 18 años de edad que forma parte de cualquier fuerza armada regular o irregular en la capacidad que sea, lo que comprende, entre otros, cocineros, porteadores, mensajeros o cualquiera que acompañe a dichos grupos, salvo los familiares*”, consagrando así una definición amplia, que reconoce la complejidad del fenómeno de la participación de los niños en los conflictos armados pues incluye, por ejemplo, a quienes son utilizadas como esclavas sexuales¹⁴, y que supera las discusiones en torno al concepto de grupo armado.

⁹ En este artículo combatiente hace referencia a miembro de un grupo armado. En consecuencia, ex-niños soldado/combatiente denota a los miembros de grupos armados que fueron niños soldado.

¹⁰ WORLD VISION INTERNATIONAL., “COVID-19 thwarts efforts to release and reintegrate child soldiers”, 11 de febrero 2021 (disponible en <https://news.trust.org/item/20210211115755-59but> consultado 17/21/2021).

¹¹ CARLI, S., “La infancia como construcción social”, en S. Carli (comp), *De la Familia a la escuela. Infancia, socialización y subjetividad*, Santillana, Buenos Aires, pp. 11-39; HAPPOLD, M., “Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation of Children Participation in Hostilities”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 47 No 1, 2000, p. 1.

¹² ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *Documento de Naciones Unidas: A/RES/44/25*, 20 de noviembre 1989. El consenso se evidencia en la amplia ratificación de la Convención (192 Estados), convirtiéndola en el tratado de DIDH más ratificado.

¹³ Principios de Ciudad del Cabo sobre la Prevención del Reclutamiento de Niños en las Fuerzas Armadas y Desmovilización y Reintegración Social de los Niños Soldado en África, Ciudad del Cabo, 30 abril 1997.

¹⁴ DRUMBL, M.A., *Reimagining... op. cit.*, nota 4, p. 3.

La anterior definición fue recogida en los Principios de París de 2007¹⁵ (definición 2.1) bajo la denominación de “*niños asociados con fuerzas armadas o grupos armados*” y ha sido ampliamente adoptada por organizaciones no gubernamentales, agencias de Naciones Unidas, activistas y académicos¹⁶. Por su parte, la CPI en sus decisiones¹⁷ y declaraciones¹⁸ ha utilizado el término *niños soldado* para referirse tanto a todos los menores de 18 años que participan en grupos armados, como solamente a las víctimas del crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento o uso de menores de 15 años.

Este artículo recoge la definición adoptada por los Principios de París, pero restringe su uso a quienes han ingresado a los grupos armados siendo menores de 18 años (excluyendo las fuerzas armadas) sin importar cómo ni las actividades que realizan¹⁹. Así, serán ex-niños soldados quienes se desvinculen del grupo siendo aún niños y quienes cumplan 18 años dentro del grupo²⁰.

Ahora bien, la participación de los niños en los conflictos armados es un fenómeno complejo que a efectos de esta investigación puede ser analizado desde dos escenarios: la manera en la que ingresan en ellos y, una vez dentro, las tareas o actividades que realizan. En el primer escenario, dada la connotación que tienen los grupos o fuerzas armadas, la manera en la que los niños ingresan ha sido calificada de forma no uniforme como alistamiento (enlisting)²¹, reclutamiento²², reclutamiento voluntario²³ y reclutamiento obligatorio (conscripting)²⁴.

¹⁵ UNICEF, “Principios de París. Principios y Directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados”, febrero 2007.

¹⁶ DRUMBL, M.A., *Reimagining... op. cit.*, nota 4, p. 3.

¹⁷ *Vid.*, CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06, Sentencia con arreglo al art. 74 del Estatuto, asunto *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*; CPI de 8 de julio 2019, ICC-01/04-02/06, Sentencia con arreglo al art. 74 del Estatuto, asunto *Fiscalía vs. Bosco Ntaganda*; CPI de 4 de febrero 2021, ICC-02/04-01/15 ... *op. cit.*, nota 6.

¹⁸ *Vid.*, CPI, “Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the International Day against the Use of Child Soldiers: “Children’s voices and their stories of unspeakable abuses during war and conflict must not go unheard.””, 12 febrero 2021 (disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210212-prosecutor-statement> consultado 15/03/2021).

¹⁹ Esta concepción amplia de la participación en las hostilidades responde a la necesidad de expandir el ámbito de protección del DIDH a todas aquellas personas que realizan actividades para el sostenimiento del grupo. No obstante, ha sido cuestionada por reducir el ámbito de protección en el DIH, *cfr.*, DÍAS, L.A., “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”, en *En Letra*, Vol. 1, 2016, pp. 24-26.

²⁰ DRUMBL, M.A., *Reimagining... op. cit.*, nota 4, p. 4.

²¹ Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, art. 77.2; Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 38.2.

²² ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, *Documento de Naciones Unidas: A/RES/54/263*, 25 de mayo 2000, art. 2; ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA, “Carta Africana Sobre Los Derechos y el Bienestar del Niño”, *Documento de la OUA: CAB/LEG/24.9/49*, 29 de noviembre 1999, art. 4.3.c.

²³ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Protocolo ... *op. cit.*”, nota 23, art. 3.

²⁴ *Ibidem*, arts. 2 y 4; Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, 1990, art. 22.2

Por reclutamiento se entiende “cualquier mecanismo por el cual una persona se convierte en miembro de las fuerzas armadas nacionales o de un grupo armado”²⁵; por tanto, será “obligatorio” cuando se realice contra la voluntad del niño y “voluntario” cuando sea producto de una decisión autónoma alrededor de la cual existen garantías para asegurar que es genuina²⁶. Por su parte, “alistamiento” ha sido utilizado como sinónimo de reclutamiento, pero referido a las fuerzas armadas estatales, de manera que también puede ser voluntario u obligatorio.

Algunos autores han cuestionado la existencia del reclutamiento voluntario dada la incapacidad de los niños para comprender lo que significa participar en un grupo armado. Las razones que motivan su decisión normalmente están asociadas a factores externos que condicionan su elección como la precariedad de las condiciones de vida o la necesidad de protección; pero también a motivos personales como el gusto por la vida armada²⁷. Independientemente de la tesis que se adopte, lo cierto es que los niños ingresan a los grupos armados porque son reclutados a la fuerza o porque se encuentran motivados por razones relacionadas con el entorno.

En el segundo escenario, una vez dentro, la participación de los niños soldado tradicionalmente se ha entendido como directa cuando toman parte en las hostilidades a través de la lucha armada²⁸ o indirecta cuando realizan otras labores que ayudan al sostenimiento del grupo como cocinar, lavar, servir de esposas o apoyo logístico²⁹. Sin embargo, en la práctica no es fácil diferenciarlas pues “lo que inicialmente podría exigir una participación solo indirecta, más tarde podría convertirse, intencionalmente o por necesidad, en participación directa”³⁰. Esta diferenciación resulta trascendental en el Derecho Internacional Humanitario (DIH en adelante) por la aplicación del principio de distinción. En un intento por superar tal discusión y ampliar el ámbito de protección, el ER adoptó la acepción “participación activa” cuyo elemento esencial es que la actividad

²⁵ UNICEF, *Guía del Protocolo Facultativo sobre la participación de niños y niñas en los conflictos armados*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, New York, 2004, p. 15.

²⁶ *Ibíd.*, p. 16; GÓMEZ, F., *Cuaderno Deusto de Derechos Humanos, Núm 10: la participación de los niños en los conflictos armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, p. 19.

²⁷ GÓMEZ, F., *Cuaderno...*, *op. cit.*, nota 28, pp. 20-22; DRUMBL, M.A., *Reimagining... op. cit.*, nota 4, p. 22.

²⁸ La guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades, elaborada por la CICR, recoge la interpretación más aceptada actualmente sobre esta cuestión. En concreto, señala que para que la participación directa en las hostilidades tenga lugar deben concurrir tres criterios: el umbral de daño, la relación de causalidad directa entre la conducta y el daño resultante, y el nexu beligerante. MELZER N., *Guía para la interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, CICR, 2010.

²⁹ OJINAGA RUIZ, R. y ABRIL STOFFELS, R., “La protección de las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, junio 2020, p. 20.

³⁰ GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO DE ELABORAR UN PROYECTO DE PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS, “Informe sobre su segundo periodo de sesiones”, *Documento de Naciones Unidas: E/CN. 4/1996/102*, 21 de marzo 1996, p. 9.

realizada le convierta en un objetivo potencial o que exista una relación directa entre la actividad y las hostilidades, según las interpretaciones de la CPI³¹.

En términos históricos, los niños han participado en los conflictos armados a lo largo de la historia no solo como soldados sino también como vigilantes, cocineros, mensajeros o esclavas sexuales. Hoy, el reclutamiento y alistamiento de niños es una práctica sistemática y reiterada llevada a cabo principalmente por grupos armados, en menor proporción por las fuerzas armadas, que se ha agravado en los últimos años por el aumento en la intensidad y duración de los conflictos, y el carácter transnacional que estos han adquirido³². Por ello se considera como una de las seis graves violaciones contra los niños en tiempos de guerra³³.

Según los datos más recientes publicados por *Save The Children*, en el 2019 fueron reclutados y usados por fuerzas armadas 7845 niños (el 90% fue por fuerzas no estatales). De estos, el 84% eran niños, el 11% niñas y el 5% no se pudo establecer su sexo; además el 66% están en África³⁴. Por su parte, UNICEF habla de cerca de 300.000 niños soldado³⁵ y ha manifestado su preocupación por el cierre de colegios y la interrupción de los servicios sanitarios y las misiones a raíz del COVID-19. Pese al alto al fuego solicitado por el Secretario General de la ONU en marzo del 2020³⁶, los enfrentamientos no han cesado y los niños se encuentran más expuestos a los grupos armados³⁷ por el impacto socioeconómico que ha generado la pandemia, así como por el cese prolongado de las actividades escolares presenciales en varios países³⁸.

³¹ Estas dos interpretaciones han sido recogidas por la CPI en sus decisiones. *Vid.*, p. 13.

³² ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Informe de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados”, *Documento de Naciones Unidas: A/HRC/40/49*, 26 de diciembre 2018.

³³ UNICEF, “Niños en la mira: seis graves violaciones contra los niños en tiempos de guerra. Así es como los niños se han convertido en el principal objetivo de los conflictos armados”, 01 de octubre 2018, (disponible en <https://www.unicef.org/es/historias/ninos-en-la-mira-seis-graves-violaciones-contra-los-ninos-en-tiempos-de-guerra> consultado 18/12/2021)

³⁴ SAVE THE CHILDREN, “Stop the war on children”, 2020 (disponible en [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2020-11/Killed and Maimed a generation of violations.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2020-11/Killed%20and%20Maimed%20a%20generation%20of%20violations.pdf) consultado 18/12/2021).

³⁵ UNICEF, “Niños ... *op. cit.*, nota 3. Esta cifra ha sido cuestionada porque no hay conocimiento de cómo fue calculada, no se actualiza desde hace un par de años y no está claro si se refiere solamente a quienes han participado activamente en las actividades o a todos los niños vinculados a un grupo armado. *Vid.*, M. A. Drumbl, *Reimagining ... op. cit.*, nota 4, pp. 26-27.

³⁶ ONU, “Llamado del Secretario General para un alto al fuego mundial”, 23 marzo 2020 (disponible en <https://www.un.org/sg/es/content/sg/speeches/2020-03-23/secretary-general-appeal-for-global-ceasefire> consultado 21/12/2021)

³⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados”, *Documento de Naciones Unidas: A/HRC/46/39*, 23 de diciembre 2020.

³⁸ Vease ONU, “COVID fuelling risk of recruitment and use of children in conflict, UN and EU warn on International Day”, 12 febrero 2021 (disponible en <https://news.un.org/en/story/2021/02/1084502> consultado 21/12/2021); World Vision-International, “COVID-19 ... *op. cit.*, nota 10; Aldeas Infantiles, “SOS alerta de un aumento del reclutamiento de niños y niñas soldado en Colombia a causa de la pandemia” (disponible en <https://www.aldeasinfantiles.es/area-prensa/aldeas-infantiles-sos-alerta-de-un-aumento-del-reclutamiento-de-ninos-y-ninas-soldado-en-colombia-causa-de-la-pandemia> consultado 21/12/2021).

2. El reclutamiento y la participación de los niños en los conflictos armados en el Derecho Internacional

Las primeras preocupaciones de la comunidad internacional en torno a la participación de los niños en los conflictos armados se remontan a la adopción en la Sociedad de Naciones de la Declaración de Derechos del Niño en 1924. Empero, su consagración en un instrumento jurídico vinculante se produjo con el Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1949³⁹ (Protocolo I adicional en adelante).

En efecto, el art. 77.2 de este tratado se refiere a los niños diferenciando entre los menores de 15 años y aquellos entre 15 y 18 años⁴⁰. Para los primeros estableció la obligación de tomar todas las medidas posibles a fin de que no participen directamente en las hostilidades; para los segundos, señaló que las partes procurarían alistar a los de mayor edad. Así, los menores de 15 años que participaran de manera indirecta quedaron excluidos y se permitió el reclutamiento de aquellos entre 15 y 18 años. Este se conoce como el estándar mínimo de protección de los niños en los conflictos armados.

Por su parte, el Protocolo II Adicional a las Convenciones de Ginebra relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados sin carácter internacional de 1949⁴¹ (Protocolo II adicional en adelante) estableció que “*los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades*” (art. 4.3.c). Así, se consagró una obligación de doble resultado (no reclutamiento y no participación en hostilidades) para todas las partes en conflicto, sin dejar lugar a interpretaciones respecto de su alcance⁴², y superó la distinción entre participación directa/indirecta, ampliando el rango de protección.

Posteriormente, Convención de 1989 en su art. 38.2-3 estableció que los Estados Parte tenían la obligación de (i) adoptar todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades, (ii) abstenerse de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad y (iii) procurar dar prioridad a los de más edad si se alistan en sus fuerzas armadas niños mayores de 15 años pero menores de 18. Contrario a lo que se esperaba, esta disposición no aumentó el estándar de protección alcanzado en el Protocolo II adicional, sino que acogió el estándar mínimo del Protocolo I adicional.

Para solventar los problemas que pudiesen suscitar la disparidad de criterios adoptados por el Protocolo II adicional y los incisos 2 y 3 del art. 38 de la Convención de 1989, en

³⁹ Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 7 junio 1977.

⁴⁰ Art. 77.2: “*las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad*”.

⁴¹ Protocolo II Adicional a las Convenciones de Ginebra relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados sin carácter internacional, 7 junio 1977.

⁴² GÓMEZ, F., *Cuaderno...*, op. cit., nota 27, p. 42.

esta se estableció una cláusula de reenvío al DIH (art. 38.1) que se aplica a modo de *lex specialis* y una cláusula general de salvaguarda para la aplicación de cualquier régimen jurídico que sea más favorable a los intereses del menor (art. 41), incluyendo el del propio Estado Parte.

Después de la adopción de la Convención de 1989, se hizo patente la necesidad de ampliar la protección de los niños en los conflictos armados mediante el aumento de la edad de 15 a 18 años. Su consagración fue posible mediante el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados del 2000⁴³ (el Protocolo Facultativo del 2000 en adelante), el cual obliga a los Estados Parte a tomar todas las medidas para que (i) no se reclute obligatoriamente a los niños en sus fuerzas armadas (art. 2) y (ii) no participen directamente en las hostilidades aquellos entre 15 y 18 años que se alistén voluntariamente (art. 3.1)⁴⁴; además proscribía a los grupos armados el reclutamiento o la utilización de menores de 18 años en hostilidades (art. 4.1).

No obstante, este instrumento no hizo referencia a aquellos niños que pertenecen a los grupos armados, pero no son utilizados en las hostilidades sino en actividades para el sostenimiento del grupo (participación indirecta). Esta situación puede superarse mediante una interpretación amplia del término “utilización en hostilidades” que incluya todas las actividades que tienen lugar dentro de un grupo armado, estén directa o indirectamente relacionadas con las hostilidades⁴⁵. Este se considera el estándar más alto de protección de los niños en los conflictos armados.

En el sistema regional africano, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990⁴⁶ establece que niño es todo aquel menor de 18 años (art. 2) y que los Estados parte “*tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que los niños no tomen parte directamente en las hostilidades, en particular absteniéndose de reclutarlos*” (art. 22.2); consagrando así un estándar más alto que el de la Convención de 1989, pero menor que el del Protocolo Facultativo del 2000.

Esta diversidad de disposiciones que regulan el reclutamiento, alistamiento y participación de los niños en los conflictos armados en el DIH y el DIDH genera distintos niveles de protección según los instrumentos ratificados por cada Estado. En otras palabras, se trata de un régimen jurídico fragmentario y carente de perspectiva de género⁴⁷. No obstante, algunos autores y el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL en adelante) han afirmado que “la norma que recomienda a los Estados la adopción de todas las medidas posibles para que los menores de 15 años no participen directamente

⁴³ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Protocolo ... *op. cit.*, nota 23.

⁴⁴ Sobre el alcance de estas obligaciones, véase OJINAGA RUIZ, R., “Niños soldados: comentarios al protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 80, julio-diciembre 2002.

⁴⁵ *Vid.*, nota 40, 66-69.

⁴⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA, “Carta ... *op. cit.*, nota 24.

⁴⁷ OJINAGA RUIZ, R. y ABRIL STOFFELS, R., “La protección de las niñas ... *op. cit.*, nota 29, p. 4.

en un conflicto y se prohíba su reclutamiento”, recogida en el art. 38 de la Convención de 1989, es costumbre internacional al menos desde noviembre de 1996⁴⁸.

Por otro lado, el amplio número de ratificaciones del Protocolo Facultativo del 2000 (130 a la fecha) y su acogida por la ONU⁴⁹ y varias ONG⁵⁰, permiten afirmar la existencia de una tendencia actual hacia la consolidación de los 18 años como edad mínima para la participación en los conflictos armados independientemente del grado de voluntariedad y de las actividades que se realicen dentro de los grupos armados⁵¹. Así las cosas, cristalización como costumbre internacional en el futuro parece muy probable.

Por su parte, el Derecho Internacional Penal (DIP en adelante) busca perseguir y juzgar penalmente a los responsables de la comisión de los crímenes de trascendencia para la comunidad internacional por su afectación a bienes e intereses protegidos⁵². Por ello, el contenido y el alcance de los crímenes ha variado desde el Tribunal Militar Internacional de Núremberg hasta la CPI, respondiendo a las tradiciones legales y los intereses políticos de quienes han creado estos tribunales⁵³.

En este contexto, el ER fue el primer instrumento en considerar crimen de guerra el reclutamiento y la participación de niños en los conflictos armados. Aún así, las primeras decisiones se produjeron en el TESL⁵⁴, pues su estatuto también contemplaba el crimen dadas las necesidades particulares de juzgar los hechos acontecidos durante el conflicto en Sierra Leona, donde el uso de niños soldado para atacar a la población civil fue masivo⁵⁵. Por ello las sentencias emitidas por este tribunal fueron relevantes para la CPI al momento de establecer el alcance de los elementos típicos del crimen y la culpabilidad⁵⁶.

En el proceso de su adopción, el Proyecto del ER contempló tres posibilidades de tipificación: obligar a niños menores de 15 años a participar directamente en las

⁴⁸ GÓMEZ, F., *Cuaderno...*, *op. cit.*, nota 27, p. 47; TESL de 31 de mayo 2004, SCSL- 2004-14-AR72(E), Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la moción preliminar basada en la falta de jurisdicción (reclutamiento de niños), asunto *Fiscalía vs. Sam Hinga Norman*, párr. 18.

⁴⁹ *Vid.*, CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU., “Resolución 2143 (2014)”, *Documento de Naciones Unidas: S/RES/2143* (2014), 7 de marzo 2014.

⁵⁰ Entre otras: Coalition to stop the use of child soldiers, Amnistía Internacional, Save the Children.

⁵¹ OJINAGA RUIZ, R. y ABRIL STOFFELS, R., “La protección... *op. cit.*, nota 29, p. 7; AL-TESHEH, U., “Protection of Child Soldiers under International Law & The Application of Refugee Status Criteria Based on the 1951 Refugee Convention”, *Human Rights Center of University of Nottingham*, p. 10; DRUMBL, M.A., *Reimagining...* *op. cit.*, nota 4, p. 5.

⁵² ZOLO, D., *La justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 158; ER (préambulo, inciso 4).

⁵³ AMBOS, K., “El Derecho Penal Internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”, *Política Criminal*, Vol. 5, 2010, pp. 237-256.

⁵⁴ Véase TESL de 31 de mayo 2004, SCSL-2004-14-AR729E... *op. cit.*, nota 47; TESL de 20 de junio 2007, SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, asunto *Fiscalía vs. Brima et al.*, (AFRC); TESL de 22 de febrero 2008, SCSL-2004-16-A, Sentencia de apelación, caso *Fiscalía vs. asunto Fiscalía vs. Brima et al.*, (AFRC).

⁵⁵ CERONE, J., “The Special Court For Sierra Leone: Establishing A New Approach To International Criminal Justice”, *International Law Association ILA Weekend*, Vol. 8, 2001, p. 379.

⁵⁶ *Vid.*, CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 18, párr 603.

hostilidades; reclutar a niños menores de 15 años para las fuerzas armadas o utilizarlos para que participen activamente en las hostilidades; y reclutar a niños menores de 15 años para grupos armados o para las fuerzas armadas, o permitirles que tomen parte en las hostilidades⁵⁷. Además, algunos Estados propusieron que se elevara la edad del reclutamiento a los 18 años, pero no hubo consenso.

En su redacción final, el ER tipificó como crimen de guerra “*reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades*” en el contexto de un conflicto armado internacional (art. 8. 2. b) xxvi)) y “*reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades*” en los conflictos armados no internacionales (art. 8. 2 e) vii)).

Así las cosas, para que este crimen tenga lugar es preciso que la conducta reúna los elementos:

- *Contextuales del crimen de guerra*: que la conducta (i) haya tenido lugar y (ii) esté asociada a un contexto armado internacional o no internacional⁵⁸, así como (iii) la consciencia del autor de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado⁵⁹.
- *Típicos del crimen de guerra*: que la conducta se cometa como parte (i) de un plan o política, o (ii) de la comisión en gran escala de tales crímenes⁶⁰.
- *Típicos del crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas*:
 - (i) que se haya reclutado o alistado a una o más personas, o (ii) se les haya utilizado para participar activamente en las hostilidades,
 - Que esas personas sean menores de 15 años,
 - Que el autor tuviese conocimiento, o debiera haberlo tenido, de que se trataba de menores de 15 años⁶¹.

La CPI a través de sus decisiones ha interpretado los anteriores elementos típicos del crimen en los siguientes términos:

⁵⁷ CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE PLENIPOTENCIARIOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Documento de Naciones Unidas: A/CONF.183/2/Add.1*, 14 de abril 1998, pp. 21-22.

⁵⁸ CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 18, párr. 531.

⁵⁹ CPI, *Elementos de los crímenes*, Editorial PrintPartners Ipskamp, Enschede, 2011, art. 8. 2) b) xxvi), elemento 5; art. 8. 2) e) vii), elemento 5. Esta publicación es una compilación de los elementos de los crímenes contenidos en ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Elementos de los crímenes”, *Documento de la CPI: ICC-ASP/1/3*, 3-10 de septiembre 2002 y CONFERENCIA DE REVISIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Elementos de los crímenes”, *Documento de la CPI: RC/11*, 31 de mayo – 21 de junio 2010.

⁶⁰ ER art. 8.1; CPI, “Elementos ...*op. cit.*, nota 57, art. 8. 2) b) xxvi), elemento 4, art. 8. 2) e) vii).

⁶¹ *Ibidem*, art. 8. 2) b) xxvi) elementos 1-3, art. 8. 2) e) vii), elementos 1-3.

- el reclutamiento denota la incorporación coactiva de un niño menor de 15 años en el grupo armado⁶², mientras que el alistamiento hace referencia a la incorporación voluntaria⁶³. El elemento de coacción se puede demostrar mediante la existencia de una obligación legal, la fuerza bruta, amenaza de fuerza o presión psicológica⁶⁴;
- un menor de 15 años es incapaz de emitir un consentimiento genuino e informado para alistarse a un grupo armado en medio de un conflicto⁶⁵. Teniendo en cuenta que el reclutamiento y alistamiento se encuentran contemplados, la prohibición de incorporación al grupo armado de niños menores de 15 años es absoluta⁶⁶;
- el reclutamiento, alistamiento y uso activo en las hostilidades son tres conductas independientes y cualquiera de ellas configura el crimen⁶⁷;
- no son argumentos válidos para excluir la responsabilidad ni las circunstancias en que un menor de 15 años fue incorporado al grupo o fuerzas armadas, ni la voluntariedad de dicha actuación; no obstante, ello es relevante en la etapa de sentencia o reparación⁶⁸;
- el reclutamiento y alistamiento son crímenes de ejecución continuada que empiezan en el momento en el que el menor de 15 años se incorpora a las fuerzas o grupo armado, y terminan cuando los abandona o cumple 15 años⁶⁹;
- la participación activa no es lo mismo que la participación directa del DIH, pues aquella tiene un significado más amplio. Dos criterios han sido seguidos por la CPI para delimitar su contenido.

Por un lado, ha señalado que la participación activa incluye no solo la participación directa sino también todas aquellas actividades de soporte o apoyo directo a los combatientes, cuyo común denominador es que convierten al niño menor de 15 años en un “objetivo potencial” para el enemigo; en consecuencia, debe establecerse en cada caso si la actividad que realizaba el niño lo exponía a un peligro real como objetivo potencial (*test del riesgo*)⁷⁰.

⁶² CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 18, párr. 508; OFICINA DE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Política relativa a los niños”, noviembre 2016, párr. 41; HAPPOLD, M, “Child... *op. cit.*, nota 12, p. 14.

⁶³ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law Volume II*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 181; OFICINA DE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Política relativa ... *op. cit.*, nota 59, párr. 41.

⁶⁴ OFICINA DE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Política relativa ... *op. cit.*, nota 59, párr. 41

⁶⁵ CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 18, párr. 613. Esta postura de la CPI ha sido cuestionada por algunos autores, *vid.*, AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, vol. 3, 2012, p.21.

⁶⁶ CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 18, párr 607.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 609.

⁶⁸ Por esta razón, las condenas que ha impuesto la CPI por la comisión de este crimen han variado de un caso a otro. *Ibidem*, párr. 617; CPI de 10 de julio 2012, ICC-01/04-01/06, Decisión relativa a la pena en aplicación del art. 76 del Estatuto, asunto *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, párr. 98.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 618; K. Ambos, *Treatise... op. cit.*, nota 59, p. 180.

⁷⁰ CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 18, párr. 628. La Jueza Elizabeth Odio Benito en su voto separado señaló al respecto que independientemente de la tarea específica llevada a cabo el niño también puede sufrir daño a manos del propio grupo armado que lo reclutó, como en el caso de la

Por otro lado, se ha considerado que lo esencial en la participación activa es la existencia de un nexo entre la actividad desempeñada y las hostilidades que debe ser analizada caso a caso, quedando por fuera las que claramente no guardan relación con ella como la entrega de alimentos a una base o el uso en el servicio domestico de un hogar (*test del nexo*)⁷¹.

- el conocimiento o el deber de conocer que se trata de menores de 15 años implica la obligación positiva del sujeto activo de averiguar la edad de los menores, por tanto su inobservancia no elimina el conocimiento⁷².

3. La responsabilidad penal por crímenes internacionales de los niños soldado

Una vez dentro del grupo y sujetos a las dinámicas del conflicto, es muy probable que los niños soldado se vean envueltos en la comisión de crímenes internacionales. Esta situación se ha visibilizado en las últimas dos décadas, generándose discusión sobre su responsabilidad penal como dilema social. Si se afirma que los niños son sujetos de especial protección, que su desarrollo intelectual y moral no es suficiente para comprender la magnitud de sus decisiones y acciones en medio del conflicto, que son víctimas de coacción y de abusos⁷³ ... entonces surge la pregunta de si puede exigírseles responsabilidad penal por los crímenes cometidos. La respuesta varía según se aborde como jurídicamente posible o socialmente deseable⁷⁴.

Respecto de la primera cuestión, el punto de partida es que todas las personas que cometen crímenes internacionales deben ser investigadas, juzgadas y condenadas por los Estados que han ratificado el ER⁷⁵. No hay en el Derecho Internacional norma alguna que prohíba la persecución penal de niños por la comisión de crímenes internacionales o que señale la

violencia sexual por parte de los mismos combatientes, *vid.*, CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06, Voto separado de la Jueza Elizabeth Odio Benito en la Sentencia con arreglo al art. 74 del Estatuto, asunto *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, párrs. 24-26. Algunos autores y la CICR difieren de esta interpretación afirmando que “participación directa” y “participación activa” se refieren a lo mismo, *vid.*, WASCHERFORT, G., *International Law and Child Soldiers. Studies in International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 63; MELZER N., *Guía para la interpretación... op. cit.*, nota 28, p. 43.

⁷¹ CPI de 7 de marzo 2014, ICC-01/04-01/07, Sentencia con arreglo al art. 74 del Estatuto, asunto *Fiscalía vs. Germain Katanga*, párrs. 1044-1045. Desde esta aproximación, resulta muy relevante el análisis sobre las niñas soldado y las tareas que les son asignadas dentro del grupo armado, principalmente relacionadas con el sostenimiento del grupo. Véase especialmente OJINAGA RUIZ, R. y ABRIL STOFFELS, R., “La protección... *op. cit.*, nota 29; OJINAGA RUIZ, R. y ABRIL STOFFELS, R., “¿Niñas soldado o niñas asociadas a las fuerzas armadas? Reclutamiento, vínculo y labores como elementos claves para determinar su status y proceso de desvinculación”, en PEREZ VILLALOBOS, M.C. (Dir.), *La protección de la infancia en los conflictos armados. Un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los derechos humanos*, Aranzadi, pp. 1-30.

⁷² *Ibidem*, párr. 359; WERLE, G. and JESSBERGER, J., *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 467.

⁷³ DE LARA SARMIENTO, J. M., “Niños soldados, ¿víctimas o victimarios?”, *Foro Jurídico*, Vol. 14, 2015, p. 80; CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 18, párrs. 611-612.

⁷⁴ LEVEAU, F., “Liability of Child Soldiers Under International Criminal Law”, *Osgoode Hall Review of Law and Policy*, Vol. 4.1, 2013, p. 37

⁷⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg”, *Documento de Naciones Unidas: A/CN.4/368*, 13 de abril 1983, principio 1.

edad a partir de la cual esta se permite⁷⁶, pero sí existen disposiciones que regulan el proceso penal y el enfoque de la pena cuando el acusado es un niño.

En efecto, la Convención de 1989 obliga a los Estados a que establezcan en su legislación la edad mínima de responsabilidad penal (art. 40.3.a) y las Reglas de Beijing⁷⁷ indican que esta debe tener en cuenta la madurez mental, emocional e intelectual (art. 4.1). Para algunos órganos como UNICEF o el Comité de los Derechos del Niño, no es aceptable una edad mínima por debajo de los 12 años y recomiendan a los Estados seguir elevándola hasta por lo menos los 14 años, pues a esta edad existen las condiciones de madurez mental, emocional e intelectual requeridas para enfrentar este tipo de procesos⁷⁸. Así las cosas, es jurídicamente posible exigir responsabilidad penal a niños en un sistema de justicia penal juvenil, pero la edad mínima, las condiciones para ejercer la acción penal, los crímenes por los que se puede imputar y las penas a imponer variarán según la legislación de cada país.

La segunda cuestión es política y dependerá de la argumentación que se proporcione. Lo cierto es que actualmente existe un consenso tácito de la sociedad civil y las agencias de Naciones Unidas en torno a ver como inapropiado, indeseable e inútil la persecución de niños soldados por crímenes internacionales incluso en las jurisdicciones nacionales⁷⁹. En efecto, desde el paradigma actual expresado en el Derecho Internacional, los niños soldado son primero y antes que nada víctimas, no solo por el hecho mismo del reclutamiento y participación en los conflictos bajo coacción, sino también por el incumplimiento de los Estados de sus obligaciones internacionales de protección y garantía de los derechos reconocidos a los niños⁸⁰.

En otras palabras, si desde el Derecho Internacional se desestima su participación porque se considera que su capacidad es reducida para decidir en este sentido; pero luego, en violación de dichas disposiciones, su participación se produce y se cometen crímenes internacionales, su responsabilidad penal también debería ser desestimada⁸¹. Además, se

⁷⁶ QUÉNIVET, N., “Does and Should International Law Prohibit the Prosecution of Children for War Crimes?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 28. 2, 2017, p. 434

⁷⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)”, *Documento de Naciones Unidas: A/RES/40/33*, 28 de noviembre 1985.

⁷⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación General N° 10”, *Documento de Naciones Unidas: CRC/C/GC/10*, 25 de abril 2007, párr. 32; UNICEF, “Edades mínimas legales para la realización de los derechos de los y las adolescentes” (disponible en <https://www.unicef.org/lac/media/2666/file/PDF%20Edad%20m%C3%A9dima%20para%20la%20responsabilidad%20penal.pdf> consultado el 20/12/2021).

⁷⁹ DRUMBL, M.A., *Reimagining... op. cit.*, nota 4, pp. 126-127; GROSSMAN, M., “Rehabilitation or Revenge: Prosecuting Child Soldiers for Human Rights Violations”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 38, 2007, p. 327.

⁸⁰ NOBERT, M., “Children at War: The Criminal Responsibility of Child Soldiers”, *Pace International Law Review Online*, 11, 2011, pp. 33-35; HAPPOLD, M., “The Age of Criminal Responsibility in International Criminal Law”, en ARTS, K. y POPOVSKI, V. (eds), *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, Hague Academic Press, 2006, p. 9.

⁸¹ NOBERT, M., “Children at War ... op. cit.”, nota 81, pp. 37-38; OFICINA DEL REPRESENTANTE ESPECIAL DEL SECRETARIO GENERAL DE NACIONES UNIDAS PARA LOS NIÑOS Y LOS

considera desproporcionada dada la condición de víctimas. Bajo estos argumentos, se ha propugnado por privilegiar el enfoque de justicia restaurativa, incluso en los procesos de justicia transicional, a fin de que se produzca un reconocimiento tanto de la condición de víctima del niño soldado, como de los derechos de las víctimas a la justicia⁸²; así como por fomentar la persecución de los máximos responsables del reclutamiento de niños⁸³.

En este contexto, la competencia personal de los tribunales penales internacionales ha sido establecida caso a caso. Así, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para ex-Yugoslavia (TPIY en adelante)⁸⁴, Ruanda⁸⁵, así como los del Tribunal Especial para Líbano⁸⁶ y las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya⁸⁷, establecieron su competencia para juzgar a cualquier persona sin hacer referencia a la edad mínima de responsabilidad penal. Solo el TPIY tuvo que establecer si su competencia personal incluía a los niños, concluyendo que no existía ninguna regla en el derecho convencional o consuetudinario en contra de la responsabilidad internacional de un individuo menor de 18 años, por lo cual se encontraba incluida⁸⁸; no obstante, no juzgó a ningún niño.

Por su parte, el Estatuto del TESL⁸⁹ consagró expresamente su competencia personal sobre aquellos que tuviesen entre 15 y 18 años en el momento de la comisión del crimen. Además, señaló los objetivos y las condiciones bajo las cuales debería desarrollarse este procedimiento conforme los estándares de los derechos de los niños reconocidos en los tratados internacionales (art. 7). No obstante, el Fiscal declaró que los niños de Sierra Leona habían sufrido como víctimas y como victimarios, por lo cual solo estaba interesado en perseguir a los máximos responsables que forzaron a esos niños a cometer los crímenes⁹⁰. Al final, ningún niño fue investigado o acusado.

CONFLICTOS ARMADOS, “Working paper number 3: Children and Justice During and in the Aftermath of Armed Conflict” (disponible en <https://www.refworld.org/docid/4e6f2f132.html%20consultado%20el%2020/04/2022> consultado del 20/12/2021).

⁸² DRUMBL, M.A., *Reimagining... op. cit.*, nota 4, pp. 113-115; MORSS, J.R., “The Status of Child Offenders Under International Criminal Justice: Lessons from Sierra Leone”, *Deakin Law Review*, 9 (1), 2004, p. 215.

⁸³ NOBERT, M., “Children at War ... *op. cit.*”, nota 81, p. 38; DRUMBL, M.A., *Reimagining... op. cit.*, nota 4, pp. 113-116.

⁸⁴ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU, “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslavia, 2009”, *Documento de Naciones Unidas S/RES/827*, 25 de mayo 1993, art. 6.

⁸⁵ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU, “Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda”, *Documento de Naciones Unidas: S/RES/955*, 8 de noviembre 1994, art. 1.

⁸⁶ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU, “Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano”, *Documento de Naciones Unidas: S/RES/1757*, 30 de mayo 2007, art. 1.

⁸⁷ PARLIAMENT OF CAMBODIA, “Law on the establishment of extraordinary chambers in the courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of democratic Kampuchea”, *NS/RKM/1004/006*, 2004, art. 2.

⁸⁸ TPIY de 30 junio 2006, Sentencia de la Sala de Juicio II, asunto *Fiscalía vs. Naser Oric*, párr. 400.

⁸⁹ ACUERDO ENTRE LAS NACIONES UNIDAS Y EL GOBIERNO DE SIERRA LEONA ACERCA DEL ESTABLECIMIENTO DE UN TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, “Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona”, *Documento de Naciones Unidas: S/2000/915*, 4 de octubre 2000.

⁹⁰ TESL, “Special Court Prosecutor Says He Will Not Prosecute Children”, 2 de noviembre 2002 (disponible en <http://www.rscsl.org/Documents/Press/OTP/prosecutor-110202.pdf> consultado 21/12/2021).

Después de una larga discusión en torno a si la edad mínima de responsabilidad penal ante la CPI debía ser 18 años o excepcionalmente 16 años si se determinaba que el acusado era capaz de comprender la ilegalidad de su conducta en el momento de cometerla, el art. 26 del ER consagró la primera opción. Por ello, los niños soldados no pueden ser juzgados por este tribunal; no obstante, en observancia del principio de complementariedad, estos sí pueden ser juzgados por los tribunales nacionales de aquellos Estados parte del ER que contemplen una edad mínima por debajo de los 18 años.

4. Los ex-niños soldado y su responsabilidad por crímenes internacionales

Dentro de este fenómeno de los niños soldados y el DIP, subsistía hasta hace poco una cuestión inexplorada: la relevancia de ser ex-niño soldado para la determinación de la responsabilidad de los miembros de grupos armados por los crímenes internacionales cometidos siendo mayores de 18 años. En términos prácticos, no es difícil imaginar que un número significativo de miembros de grupos armados alrededor del mundo fueron niños soldado que continuaron allí después de cumplidos los 18 años⁹¹. Se trata entonces de establecer si esa condición de ex-niño soldado es relevante al analizar la existencia de circunstancias que eximan la responsabilidad del acusado por crímenes internacionales, o debe ser observada para reducir o agravar la pena.

Desafortunadamente no existen cifras globales que permitan comprender la magnitud de este fenómeno, pero estudios nacionales podrían darnos una idea. En concreto, una investigación reciente de la Universidad Sergio Arboleda en Colombia encontró que aproximadamente el 47% de los combatientes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) que se desmovilizaron fueron reclutados siendo menores de 15 años⁹². En consecuencia, es muy probable que la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)⁹³ tenga que establecer en el futuro la responsabilidad penal de estos ex-niños soldado/combatientes por los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en el marco del conflicto armado.

En el ámbito internacional, esta realidad se hizo visible cuando la Defensa de Dominic Ongwen alegó ante la CPI que haber sido reclutado a los 9 años por el LRA cuando iba para la escuela era un hecho relevante para eximir su responsabilidad penal por los crímenes de guerra y de lesa humanidad acusados, o para reducir al mínimo la pena⁹⁴. Al respecto, múltiples cuestiones pueden ser abordadas; no obstante, las páginas siguientes se limitan a analizar si jurídicamente es relevante ser ex-niño soldado al considerar la existencia de circunstancias eximentes de responsabilidad o para la imposición de la pena

⁹¹ GRANT, N., “Duress as a defence for former Child Soldiers? Dominic Ongwen and the International Criminal Court”, *International Crimes Database*, 2016; DRUMBL, M.A., *Reimagining... op. cit.*, nota 4, p. 1.

⁹² FAJARDO ARTURO, L. A., *Reclutamiento de niñas ...op. cit.*, nota 9.

⁹³ La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es el componente de justicia que se creó en Colombia tras la firma del Acuerdo de Paz entre el gobierno y la guerrilla de las FARC en el 2014. En consecuencia, tiene jurisdicción para juzgar a los miembros del grupo armado por los crímenes no amnistiados cometidos en relación con el conflicto armado con anterioridad al 1 de diciembre del 2016. Para más información, véase <https://www.jep.gov.co/Infografas/conozcalajep.pdf>.

⁹⁴ CPI de 4 de febrero 2021, ICC-02/04-01/15 ... *op. cit.*, nota 6, párr. 31.

conforme al ER y las recientes sentencias (condenatoria y de determinación de la pena emitidas) en el caso Ongwen⁹⁵.

III. LOS EX-NIÑOS SOLDADO/COMBATIENTES: ELEMENTOS PARA LA DISCUSIÓN DE SU RESPONSABILIDAD POR CRÍMENES INTERNACIONALES

El punto de partida para establecer la responsabilidad penal internacional de los ex-niños soldado/combatientes es que serán investigados, juzgados y condenados por todos los crímenes internacionales cometidos siendo mayores de 18 años, inicialmente por los Estados parte del ER y excepcionalmente por la CPI (arts. 25 y 26 del ER). El punto siguiente es establecer si haber sido niño soldado es relevante en términos de circunstancias eximentes de responsabilidad o para la determinación de la pena, o si por el contrario no es relevante.

1. Los eximentes de responsabilidad penal en el ER

En el Derecho Penal los eximentes de responsabilidad “excluyen la responsabilidad penal de una persona que satisface todos los elementos de la descripción típica de un delito, pues constituyen preceptos permisivos que autorizan la realización de un hecho, en principio prohibido (*actus reus*)”⁹⁶. En el DIP, estas han sido desarrolladas principalmente a través de las decisiones de los tribunales penales internacionales.

El ER es el primer cuerpo normativo que ha regulado los eximentes de responsabilidad en su art. 31 en los siguientes términos:

- La enfermedad o deficiencia mental cuando se pruebe (i) la existencia de una enfermedad o deficiencia mental (no psicológica, no moral) y (ii) la ausencia de la capacidad (cognitiva) para apreciar la ilicitud de la conducta o para controlarla (volitiva)⁹⁷.
- El estado de intoxicación cuando se pruebe que (i) de manera no deliberada se produjo una intoxicación de tal magnitud que suprimió su capacidad para controlar o valorar su conducta, o que (ii) habiendo sido voluntaria no era consciente del riesgo de cometer un crimen internacional⁹⁸;
- La defensa propia o de un tercero o de bienes protegidos en los crímenes de guerra, contra un uso ilícito e inminente de la fuerza en forma proporcional al grado de peligro, conocida como legítima defensa⁹⁹, la cual requiere (i) la existencia de un

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ SERVIN, C. A., “Eximentes de responsabilidad en Derecho Internacional Penal: ¿debe la Corte Penal Internacional distinguir entre causas de justificación y excluyentes de culpabilidad?”, *RECorDIP* N°1, 2020, p. 309.

⁹⁷ AMBOS, K., “Defences in international criminal law”, *Exceptions in International Law*, 1 edición, Oxford Scholarship, Oxford, 2020, p. 303.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 305.

⁹⁹ La legítima defensa ha sido considerada derecho humano en algunos tratados de DDHH, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 2); y un principio general del Derecho dado que esta reconocida en la mayoría de las legislaciones de las naciones civilizadas, o una costumbre internacional

peligro inminente sobre una persona o un bien (esencial para la supervivencia de una persona o de un tercero o para el cumplimiento de una misión militar) (ii) provocado por un uso no permitido (ilícito) de la fuerza (física o psicológica), (iii) una reacción proporcional en contra de esta para evitar el daño y (iv) que se actúe con el propósito de repeler el ataque¹⁰⁰.

- La coacción por (i) amenaza de muerte inminente o (ii) de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para sí o para otra persona, (iii) hecha por un tercero o causada por circunstancias ajenas a su control (no exponerse a sí mismo al peligro), (iv) como una razonable y necesaria reacción para evitar la amenaza (v) sin la intención de causar un daño más grave que el que se quería evitar¹⁰¹.

Adicionalmente, los arts. 32 y 33 del ER contemplan el error de hecho, de derecho y la obediencia de órdenes superiores. El error de hecho excluye la responsabilidad por ausencia del elemento intencional del crimen, es decir, por ignorancia o equivocación de los elementos factuales (descriptivos) del crimen¹⁰², mientras que el error de derecho la excluye por una errónea evaluación de los elementos de derecho contenidos en la definición del crimen¹⁰³. Por su parte, la obediencia de órdenes superiores anula la responsabilidad excepcionalmente (i) cuando la persona se encuentre bajo una obligación legal de obedecer las órdenes del gobierno o los superiores en cuestión, (ii) no conozca de la ilicitud de la orden y (iii) la orden no sea manifiestamente ilícita¹⁰⁴, es decir, que no se trate de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad.

El inciso c) del art. 31 del ER también contempla una cláusula abierta que permite a la CPI considerar una circunstancia distinta que no esté expresamente prohibida y se desprenda del derecho aplicable conforme el art. 21: los tratados, los principios y normas del Derecho Internacional, los principios del DIH y los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el del Estado que tenga competencia para juzgar el crimen concreto.

En términos procesales, la existencia de circunstancias eximentes de responsabilidad penal se discute en la etapa probatoria y su procedencia se determina en la sentencia. De esta manera, las consideraciones sobre las circunstancias relevantes para la determinación de la pena son posteriores a la declaración de culpabilidad de una persona y su cómputo se establece en la sentencia de fijación de la pena.

cristalizada en el Estatuto de Roma, *vid.* SERVIN, C.A., “La legítima defensa en Derecho Internacional Penal: análisis de sus elementos con particular referencia a los crímenes de guerra”, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 92, 2019, pp. 253-254.

¹⁰⁰ AMBOS, K., “Defences in ... *op. cit.*”, nota 98, p. 307-309; TONKIN, H., “Defensive force under the Rome Statute”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol 6 (1), 2005, p. 93.

¹⁰¹ AMBOS, K., “Defences...*op. cit.*”, nota 98, p. 317; FRANCES, C., “A perspective on the Rome’s Statute of Duress: The Role of Imminence”, *International Criminal Law Review*, 2018, p. 154.

¹⁰² AMBOS, K., “Defences...*op. cit.*”, nota 98, p. 318.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 320.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 323.

2. Las circunstancias a tener en cuenta para la imposición de la pena conforme el ER

Después de una extensa discusión sobre cómo abordar las circunstancias agravantes o atenuantes de la pena en los trabajos preparatorios para la creación de la CPI¹⁰⁵, finalmente el art. 78.1 del ER establece que al momento de imponer la pena, la Corte debe tener en cuenta la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI (Reglas de Procedimiento y Prueba en adelante)¹⁰⁶.

La regla 145 señala de manera general los factores a considerar en relación al art. 78.1 del ER, así como los agravantes y atenuantes. Adicionalmente, en sus decisiones la CPI ha señalado que para la fijación de la pena también deben observarse los artículos 23, 76, 77 y 81.2.a del ER al igual que las reglas 143 y 146. De esta manera, las circunstancias que se tendrán en cuenta deberán estar relacionadas con las pruebas practicadas y las conclusiones obtenidas durante el juicio, aunque luego se pueda adjuntar nuevo material probatorio en una audiencia posterior. De la lectura conjunta de estas disposiciones se sigue que los factores a tener en cuenta al momento de imponer la pena pueden ser de cuatro índoles diferentes: (i) relativos a la gravedad del crimen, (ii) relativos al individuo, (iii) atenuantes y (iv) agravantes.

- (i) Los factores relativos a la gravedad del crimen consideran la ilicitud de la conducta en abstracto y en concreto según las circunstancias del caso, como por ejemplo los medios empleados, el comportamiento del condenado (en particular los elementos del modo de responsabilidad)¹⁰⁷, las circunstancias de tiempo, modo y lugar o la magnitud de las víctimas y de los daños causados (regla 145.1), siempre que no constituyan otros crímenes por los que se le ha encontrado culpable, que hayan sido objetivamente previsibles por el condenado y que aquel conociera que se iban a tener en cuenta para determinar la pena¹⁰⁸. No obstante, todos los elementos que se tengan en cuenta en este sentido no pueden ser considerados como agravantes, pues no es posible observar un factor más de una vez¹⁰⁹.
- (ii) Respecto de los factores relativos al individuo, la regla 145 solo señala la edad al momento de cometer el crimen, el nivel de instrucción y su condición social

¹⁰⁵ MATUS, J. P., “Las circunstancias modificatorias de la Responsabilidad Penal en la Ley N° 20.357, a la luz del Derecho Penal Internacional”, *Light of International Criminal Law*, 2016, p. 3.

¹⁰⁶ ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Reglas de procedimiento y prueba”, *Documento de la CPI: ICC-ASP/1/3 y Corr. 1*, 10 de septiembre 2002.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párr. 52.

¹⁰⁸ CPI de 8 de marzo 2018, ICC-01/05-01/13 A6 A7 A8 A9, Sentencia de apelación contra la sentencia de la Sala VII en aplicación del art. 76 del Estatuto, asunto *Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido*, párr. 116.

¹⁰⁹ CPI de 7 de noviembre 2019, ICC-01/04-02/06, Sentencia con arreglo al art. 74 del Estatuto, asunto *Fiscalía vs. Bosco Ntaganda*, párr. 17; CPI de 10 de julio 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 69, párr. 35.

y económica. No obstante, la CPI ha considerado que estas no son taxativas sino ilustrativas¹¹⁰ y el único límite son aquellos que sí han sido explícitamente contemplados en la regla 145 y el art. 78 del ER¹¹¹. En consecuencia, otras circunstancias similares pueden alegarse y acreditarse, y los jueces determinarán si son relevantes para la imposición de la pena y en qué sentido (si aumentan el grado de reproche o lo disminuyen). Según se consideren, repercutirán en el aumento o la disminución de la pena sin ser exactamente atenuantes o agravantes.

- (iii) Como atenuantes, la regla 145 señala dos posibilidades: “las circunstancias que no lleguen a constituir eximentes de responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción” y “la conducta del condenado después del acto con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte”. En sus decisiones, la CPI no ha reconocido otras circunstancias como atenuantes.
- (iv) Como agravantes, la regla 145 contempla la existencia de una condena anterior por crímenes de competencia de la Corte o de similar naturaleza; el abuso de poder o del cargo oficial; que se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa o con especial crueldad o haya habido muchas víctimas; que esté motivado por razones que entrañen discriminación de género, edad, raza, color, idioma, religión, credo, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, el nacimiento u otra condición¹¹²; o cualquiera otras circunstancias que sean semejantes a las mencionadas como infligir castigos o violentar sexualmente a las víctimas¹¹³.

Estas circunstancias agravantes deben ser probadas más allá de toda duda razonable¹¹⁴ y no pueden considerarse como tales ni los elementos del crimen, ni el título de responsabilidad, ni las conclusiones fácticas esenciales que los sustentan¹¹⁵. Además, al no estar señaladas de manera taxativa, otorgan a la CPI un considerable grado de discrecionalidad para considerar otros factores similares¹¹⁶ que deben acreditarse sobre la base de la hipótesis más probable (“balance de probabilidades”) conforme el principio *in dubio pro reo*¹¹⁷ y no deben estar relacionados con los crímenes por los cuales fue encontrado culpable¹¹⁸.

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ CPI de 10 de julio 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 69, párr. 54.

¹¹² Causales de discriminación contenidas en el art. 21, párr. 3 del ER, por expresa referencia de la regla 145.2.b.vs. de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI.

¹¹³ CPI de 10 de julio 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 69, párrs. 57-77.

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 33.

¹¹⁵ CPI de 8 de marzo 2018, ICC-01/05-01/13 ... *op. cit.*, nota 109, párr. 128.

¹¹⁶ CPI de 6 de mayo 2021, ICC-02/04-01/15, ... *op. cit.*, nota 6, párr. 54.

¹¹⁷ CPI de 10 de julio 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 69, párr. 34.

¹¹⁸ CPI de 6 de mayo 2021, ICC-02/04-01/15 ... *op. cit.*, nota 6, párr. 54.

En términos procesales, ni el ER ni las Reglas de Procedimiento y Prueba señalan una metodología para ponderar dichas circunstancias. A través de sus decisiones, la CPI ha establecido que: primero se analizan cada uno de los factores alegados por las partes como atenuantes y relativos al individuo, y, conforme el material probatorio aportado, se determina cuáles serán tenidos en cuenta y en qué sentido. Con fundamento en lo anterior, se fija la pena máxima a imponer: 30 años o, excepcionalmente, cadena perpetua cuando la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del acusado lo justifiquen (ER, art. 77.1 a) y b)).

A continuación, se analiza cada crimen por los que fue declarado culpable el acusado. Entonces, se establecen los factores relativos a su gravedad así como los agravantes, se retoman las circunstancias del primer análisis y a cada una se le otorga un peso razonable (evitando considerarlos dos veces). Finalmente se realiza un balance teniendo en cuenta la pena máxima a imponer. De esta manera, el valor de cada factor sólo puede determinarse caso a caso y no pueden compensarse los unos con los otros.

Por último, se establece una pena única que no puede ser inferior a la pena más alta aplicada a cada uno de los crímenes individualmente considerados (ER, art 78.3) ni mayor a la pena determinada como máxima a imponer. Para ello es preciso analizar la superposición de las circunstancias relevantes entre los crímenes a fin de que la condena se corresponda con la culpabilidad del acusado por todos los crímenes cometidos¹¹⁹. De esta manera, la CPI señala en qué medida la conducta delictiva subyacente a cada uno de los delitos y la culpabilidad correspondiente expresada en las sentencias individuales relacionadas, se superponen en las circunstancias concretas o deben reflejarse (por separado) en la sentencia conjunta.

En este sentido, la asignación de la pena no responde a un método matemático (objetivo), sino a un balance que se realiza caso a caso, en el que no hay reglas preestablecidas más allá de la pena máxima¹²⁰ y la exigencia de que la condena sea proporcional al delito y la culpabilidad del condenado¹²¹; por esta razón son frecuentes las opiniones disidentes de jueces por la pena impuesta¹²².

3. Haber sido niño soldado ¿relevante para la determinación de circunstancias eximentes de responsabilidad o de la pena?

Conforme lo señalado en los dos apartados anteriores, haber sido niño soldado no está contemplado expresamente ni como circunstancia eximente de responsabilidad penal en el ER, ni como factor para la determinación de la pena. No obstante, su consideración en términos eximentes de responsabilidad podría ser relevante en tres escenarios: (i) la existencia de una enfermedad o deficiencia mental, (ii) la coacción o (iii) como circunstancia eximente autónoma.

¹¹⁹ CPI de 10 de julio 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 69, párr. 93; CPI de 8 de marzo 2018, ICC-01/05-01/13 ... *op. cit.*, nota 109, párr. 57.

¹²⁰ CPI de 10 de julio 2012, ICC-01/04-01/06 ...*op. cit.*, nota 69, párr. 94.

¹²¹ Art. 81.2 a) del ER; regla 145.1. de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI.

¹²² *Vid.*, CPI de 14 de marzo 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 18, párrs. 16-18.

En el primer escenario (i), numerosos estudios han demostrado que el reclutamiento, alistamiento o la participación de un niño en un grupo armado genera consecuencias psíquicas y psicológicas a largo plazo que pueden traducirse en desórdenes o enfermedades mentales¹²³, dependiendo de los rasgos personales y las experiencias vividas con ocasión de esta situación pues no todas son iguales¹²⁴. Por esta razón, no es plausible argumentar la existencia de una enfermedad o deficiencia mental solo por el hecho de haber sido niño soldado.

Además, es preciso que dicha condición cumpla con los elementos del art. 31.1 a) del ER, cuyo nivel probatorio es muy alto si se atiende a que: estos juicios tienen lugar muchos años después de los hechos, lo cual dificulta la prueba mediante testimonios¹²⁵; normalmente los trastornos mentales que padecen quienes participan en un conflicto armado no producen la pérdida total de la capacidad para apreciar la ilicitud o la incapacidad absoluta para auto-controlarse, pues de ser así no podrían cometer crímenes¹²⁶; y por las condiciones de los conflictos armados, es muy improbable que un miembro de un grupo armado haya asistido o tenido acceso al momento de los hechos a un médico psiquiatra que pudiese acreditar su condición mental¹²⁷.

En el segundo escenario (ii) se explora la relevancia de haber sido niño soldado para probar la coacción como circunstancia eximente de responsabilidad¹²⁸. Está documentado que los niños soldado son sometidos a tratos crueles e inhumanos para adoctrinarlos dentro del grupo y mantenidos bajo amenaza constante de muerte para sí, su familia o su comunidad en caso de fuga¹²⁹. Por ello, desarrollan una creencia arraigada de que escapar no es posible y deben actuar como les ordenen los comandantes para salvar su vida, diferenciándose de otros miembros que no han sido niños soldado.

Esta tesis encuentra dificultades para ser aplicada conforme los elementos requeridos en el art. 31.1 d) del ER¹³⁰ pues: el estándar probatorio de la existencia de una amenaza de muerte o lesiones inminentes y continuadas es muy alto (no es suficiente la existencia de una amenaza, sino que el daño a causar debe ser inminente); y aunque los niños soldado

¹²³ BETANCOURT, T., *et al.*, “Psychosocial adjustment and social reintegration of children associated with armed forces and armed groups: the state of the field and future directions”, *Psychology beyond borders*, 2008.

¹²⁴ DRUMBL, M.A., *Reimagining... op. cit.*, nota 4, p. 155

¹²⁵ En principio, dada la libertad probatoria, es posible probar la existencia de una enfermedad mental concreta mediante testimonios aunque resultaría sumamente difícil, pues la gran brecha de tiempo que existe entre los hechos y el momento en el que se recogen los testimonios dificulta la obtención de un relato completo, con detalles y recuerdos nítidos sobre sucesos relacionados con el comportamiento de una persona.

¹²⁶ SERVIN, C.A., “La incapacidad mental y el estado de intoxicación como eximentes de responsabilidad en derecho internacional penal. Un análisis de sus elementos sine qua non a la luz del estatuto de la corte penal internacional”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 12, n° 2, 2018, p.12.

¹²⁷ Pese a la existencia de libertad probatoria, la existencia de un dictamen médico en ese sentido sería muy relevante para considerarlo como muy probable.

¹²⁸ GRANT, N., “Duress ... *op. cit.*, nota 92, p. 6.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 7.

¹³⁰ *Vid.*, p. 36.

no eligieron las condiciones de su pertenencia a un grupo armado, una vez cumplidos los 18 años se entiende que tienen capacidad plena para decidir dónde quieren estar, por tanto se estarían poniendo a sí mismos en peligro continuando allí.

Además, no parece adecuado argumentar que cometer múltiples crímenes de manera sistemática o como parte de una política, durante un período de tiempo prolongado (no un solo ataque), resulta razonable¹³¹ y necesario en un caso concreto para salvar su vida, su familia o su comunidad. Por supuesto, el análisis de proporcionalidad debe realizarse caso a caso, pero en la CPI se trata crímenes internacionales de gran magnitud en los que difícilmente puede aceptarse dicha argumentación.

Finalmente (iii), la posibilidad de considerar el hecho de haber sido niño soldado como una circunstancia eximente de responsabilidad autónoma, constituye un escenario para explorar. El punto de partida es que la CPI puede tener en cuenta una circunstancia distinta de las contempladas en el ER siempre que se desprenda del derecho aplicable conforme el art. 21 (ER, art. 31.3) y que no sea incompatible ni con el mismo estatuto, el Derecho Internacional, ni con las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

En este sentido, podría ser interesante llevar a cabo una investigación que identifique si haber sido niño soldado ha sido considerada una circunstancia que exime la responsabilidad por crímenes internacionales en las jurisdicciones nacionales de los Estados Parte del ER, especialmente donde ha existido conflicto armado. En caso de encontrar que ha habido consideraciones reiteradas en un mismo sentido, sería plausible analizar si se trata de un principio general del Derecho derivado del derecho interno de estos países. Además, podría considerarse si ello contraría las normas o los estándares internacionalmente reconocidos, para finalmente concluir si podría constituir derecho aplicable por la CPI en un caso concreto.

En el escenario de fijación de la pena, haber sido niño soldado podría ser relevante en dos escenarios: como factor relativo al individuo que reduce la pena o como atenuante si se ha alegado enfermedad o defecto mental como circunstancia eximente de la pena pero no se alcanzó el estándar probatorio.

En el primer escenario es posible argumentar que haber sido niño soldado es en sí misma una condición social del individuo relevante por la manera en la que marca y modifica la vida de un niño, y porque se trata de una violación al DIH, DIP (si era menor de 15 años) así como a los DDHH (si el Estado ha ratificado el Protocolo Facultativo del 2000)¹³². Es decir, se trata de un adulto-víctima a la que, siendo sujeto de especial protección, se le vulneraron todos sus derechos reconocidos, entre otros, a la educación, salud, familia y a un desarrollo integral¹³³. Por lo anterior, esta circunstancia debe ser tenida en cuenta para reducir la pena con un peso significativo, aunque su valor sólo pueda establecerse en el caso concreto.

¹³¹ FRANCES, C., “A perspective ...*op. cit.*, nota 98, p. 175.

¹³² *Vid. supra* capítulo II.

¹³³ Convención de 1989, arts. 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 16, 19, 20, 22, 23, 24, 28, 31, 32, 34, 35, 36, 37.

Además, las consecuencias generadas en la vida de esta persona haber sido niño soldado, también podrían convertirse en circunstancias personales relevantes que reduzcan la pena. Piénsese, por ejemplo, en la ausencia de formación educativa o profesional, la existencia de trastornos psicológicos actuales (no relacionados con los eximentes de responsabilidad), o la carencia de vínculos familiares y comunitarios fuera del grupo armado.

El segundo escenario, podría tener lugar si se ha alegado en la etapa de juicio la existencia de enfermedad o defecto mental o coacción como circunstancias eximentes de la pena en los términos señalados en párrafos anteriores, pero se desestima por no alcanzar el estándar probatorio. Para que procedan como atenuantes, al momento de imponer la pena se debe establecer con cierto grado de probabilidad que la capacidad mental estaba sustancialmente reducida (en el caso de la enfermedad mental) o que la amenaza era inminente (en la coacción)¹³⁴.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS EX-NIÑOS SOLDADO/COMBATIENTES ANTE LA CPI, EL CASO DE DOMINIC ONGWEN

1. Sinopsis del caso

A petición del Estado de Uganda, la Fiscalía de la CPI inició en 2004 una investigación formal en dicho territorio. En indagaciones iniciales encontró que el grupo armado LRA, fundado por Joseph Kony (el general) en 1987, contaba con una estructura militar y había mantenido una campaña de enfrentamientos contra el gobierno mediante el uso de múltiples tácticas de terror contra la población civil que identificaban como su colaboradora. En julio de 2005 la Sala Preliminar II emitió orden de arresto contra el general y los cuatro comandantes de brigada por crímenes de lesa humanidad y de guerra.

Dominic Ongwen, uno de los comandantes, fue reclutado por el LRA a los 9 años cuando iba camino a su escuela en el norte de Uganda. Así se convirtió en niño soldado, recibió formación militar y sus actividades estaban relacionadas con la defensa armada del grupo. Como resultado de sus habilidades en este campo, fue ascendiendo en el grupo armado hasta el puesto de comandante de la Brigada Sinia, cargo que ostentó entre el 2002 y el 2005. Se entregó voluntariamente y fue transferido a la CPI en enero del 2015. El 23 de marzo del 2016 se confirmaron los cargos en su contra y en diciembre de este mismo año empezó el juicio. Entre septiembre y diciembre del 2019 tuvo lugar la etapa probatoria y en marzo del 2020 se presentaron los alegatos de conclusión. En el juicio, un total de 186 víctimas testificaron ante la Sala y 4095 participaron en el proceso a través de dos representantes legales.

En sentencia emitida el 4 de febrero de 2021, la Sala de Primera Instancia IX (la Sala en adelante) declaró a Dominic Ongwen culpable por los crímenes de lesa humanidad de: ataque contra la población civil, asesinato, tortura, otros actos inhumanos, esclavitud,

¹³⁴ CPI de 10 de julio 2012, ICC-01/04-01/06 ... *op. cit.*, nota 69, párr. 34.

persecución, tentativa de asesinato, matrimonio forzado como otro acto inhumano similar a los establecidos en el art. 7, violación, esclavitud sexual, embarazo forzado; y de guerra de: asesinato, tortura, tratos crueles, pillaje, ataque contra la población civil, ultrajes contra la dignidad personal, tentativa de asesinato, destrucción de la propiedad, violación, esclavitud sexual, embarazo forzado, reclutamiento de niños menores de 15 años y su uso para participar activamente en las hostilidades, por los ataques cometidos contra los campos de desplazados Pajule, Odek, Lukodi, Abok, que tuvieron lugar entre el 2002 y el 2005 .

Para la imposición de la pena, la Fiscalía solicitó una condena de 30 años de prisión o, en todo caso, a no a menos de 20 años. La Representación de las Víctimas pidió cadena perpetua y la Defensa solicitó alternativamente que se le permitiera al acusado participar del Sistema de Justicia Tradicional Acholi, que se le condenara a una pena igual a los años que ya había estado recluso en la Haya o, en todo caso, a no más de 15 años. En la sentencia de determinación de la pena emitida el 6 de mayo de 2021, la CPI negó las pretensiones de la Defensa y condenó a Dominic Ongwen a 25 años de prisión. Las dos sentencias fueron apeladas por la Defensa¹³⁵ y en febrero del 2022 se celebró la audiencia de apertura del procedimiento ante la Sala de Apelaciones¹³⁶.

En este caso, haber sido niño soldado fue un elemento clave en la discusión sobre la responsabilidad penal de Dominic Ongwen por los crímenes de guerra y de lesa humanidad cuando era comandante del LRA; pues la teoría del caso de la Defensa se basó en la relevancia de este factor para probar la existencia de capacidad mental reducida y coacción como circunstancias eximentes de responsabilidad, y para solicitar una pena reducida por tratarse de una condición personal que marcó el curso de vida del acusado.

2. Ser ex-niño soldado y su relevancia en términos de circunstancias eximentes de responsabilidad

En estos términos, la argumentación de la Defensa se desarrolló en dos escenarios: la capacidad mental reducida por enfermedades mentales como consecuencia del reclutamiento y la coacción permanente producto del adoctrinamiento desde que ingresó al grupo armado.

En el primer escenario, la Defensa argumentó que Ongwen fue sometido a entrenamiento militar desde el día siguiente a ser reclutado, adoctrinado incluso religiosamente para evitar que escapara, víctima de tratos crueles cuando se negaba a cumplir órdenes y obligado a ver cómo se cometían actos inhumanos contra otras personas. Todas estas situaciones vividas desde tan corta edad generaron en él enfermedades mentales que le privaron de su capacidad para apreciar la ilicitud de la conducta y, en consecuencia, se debía excluir su responsabilidad penal¹³⁷.

¹³⁵ CPI de 19 de octubre 2021, ICC-02/04-01/15... *op. cit.*, nota 7; CPI de 31 de agosto 2021, ICC-02/04-01/15... *op. cit.*, nota 7.

¹³⁶ CPI de 7 de noviembre 2021, ICC-02/04-01/15 A A2, Order scheduling a hearing before the Appeals Chamber, asunto *Fiscalía vs. Dominic Ongwen*

¹³⁷ CPI de 4 de febrero 2021, ICC-02/04-01/15 ... *op. cit.*, nota 6, párr. 2581.

Para probar lo anterior, la Defensa presentó el testimonio de víctimas y allegó los informes de dos expertos en los que se establecía que el acusado sufría de depresión grave, trastorno de estrés postraumático, trastorno disociativo (incluida la despersonalización y trastorno de identidad múltiple), ideación suicida grave, amnesia disociativa y síntomas de desorden obsesivo compulsivo¹³⁸; privándole por completo de su capacidad para comprender la ilicitud de las conductas que llevaba a cabo. En consecuencia, había lugar a la circunstancia eximente de responsabilidad penal contemplada en el art. 31.1 a) del ER.

Por su parte, la Fiscalía alegó la inexistencia de tales enfermedades mentales por falta de pruebas. Además, hizo énfasis en que los sucesos traumáticos vividos por el acusado cuando era niño no generan automáticamente una enfermedad mental y que, en todo caso, las consecuencias físicas de las enfermedades que supuestamente sufría le hubiesen impedido continuar con su vida normal, incluso llegar a ser comandante de un ejército¹³⁹. Igualmente, tachó los informes de la Defensa por deficiencia metodológica.

Así las cosas y como era previsible, el debate en este escenario no giró en torno a si haber sido niño soldado era un elemento relevante para determinar la existencia de una enfermedad mental capaz de excluir la responsabilidad penal del acusado. Se reconoció que las vivencias que tienen lugar en esta situación generan enfermedades mentales, pero el debate principal se centró en el material probatorio aportado por la Defensa. Para la Sala no se alcanzó el estándar probatorio y, además, ningún testimonio hizo referencia a algún comportamiento que pudiese evidenciar la existencia de alguna enfermedad mental¹⁴⁰.

En el segundo escenario, la Defensa alegó que Ongwen cometió los crímenes acusados porque se encontraba bajo continuas amenazas de muerte y lesiones corporales por parte del general Joseph Kony, las cuales se mantuvieron mediante una combinación de estrictas normas disciplinarias en las que el incumplimiento de órdenes era severamente castigado, una rigurosa supervisión de los comandantes y la reivindicación de sus potestades espirituales. Este último elemento se encontraba muy arraigado en Ongwen, pues al haber sido niño soldado fue socializado en que debía cumplir las órdenes, si no moriría él y su familia¹⁴¹. En consecuencia, debía excluirse la responsabilidad penal del acusado porque concurría la causal contemplada en el art. 31.1 d) del ER.

Al respecto, la Fiscalía reconoció que los miembros del LRA sufrían graves castigos cuando quebrantaban las reglas del grupo armado. Sin embargo, en este caso no había ninguna prueba que permitiera afirmar que el acusado actuó bajo coacción en el momento

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 2450.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 2472, 2473.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 2499. De esta afirmación de la CPI puede derivarse que de haber testimonios que describan conductas propias de una enfermedad mental, se superaría el estándar probatorio de este atenuante.

¹⁴¹ *Ibidem*, párr. 2586. Bajo este argumento, si Ongwen no hubiese sido un niño soldado reclutado a los 9 años, justo la edad en la que una persona empieza a consolidar la forma de ver e interpretar el mundo, seguramente Kony no hubiese podido ejercer tal coerción, pues aquel podría haber comprendido que tales amenazas no eran inminentes.

de cometer los crímenes imputados y que, en caso de haberla, escapar era la opción más razonable y posible, tal como lo habían hecho otros comandantes sin mayores repercusiones para sí o para su familia¹⁴².

La Sala consideró que alegar las situaciones vividas con ocasión del reclutamiento no tenía relevancia para determinar la existencia de coacción, pues los crímenes tuvieron lugar muchos años después del reclutamiento. En efecto, conforme el ER, las amenazas debían existir en el momento de cometer los crímenes y el daño a causar debía ser inminente (no una simple probabilidad), lo cual no fue probado durante el juicio¹⁴³. Además, quedó demostrado que Ongwen ostentaba un rango dentro de la estructura militar que le daba cierto grado de autonomía respecto de Joseph Kony¹⁴⁴, por tanto, no se encontraba siguiendo órdenes estrictas bajo amenaza de muerte.

De esta manera, la Sala dejó claro que haber sido niño soldado no es relevante para la consideración de eximentes de responsabilidad, pues entiende que con la llegada de los 18 años se adquiere capacidad plena para decidir dónde estar y escapar en caso de amenaza. Más allá de las discusiones sobre la existencia o no de una amenaza inminente, la narrativa detrás de esta afirmación desconoce las consecuencias de la socialización temprana de un niño en un ambiente que adopta como propio y que no tiene incentivos para cambiarlo porque toda su vida está dentro del grupo armado.

Para la Defensa, la inobservancia del impacto de las experiencias vividas por Ongwen como niño soldado dentro del LRA, al momento de determinar la capacidad mental reducida por enfermedades mentales y la coacción como eximentes de la pena, constituyen errores de hecho motivo de apelación por la forma en la que la Sala valoró las pruebas presentadas al respecto¹⁴⁵. Se argumenta que el comportamiento de una persona está relacionado con su pasado, especialmente con la niñez y juventud; y en este caso, lo aprendido por Ongwen dentro del grupo armado es fundamental para determinar su deficiencia mental y la coacción ejercida por Kony. Así las cosas, la Sala de Apelaciones de la CPI tendrá que pronunciarse sobre este aspecto.

Finalmente, en el juicio no se consideró haber sido niño soldado como circunstancia eximente de responsabilidad autónoma¹⁴⁶. En un intento por explicar esta situación, puede afirmarse que el terreno no está lo suficientemente abonado, pues no solo faltan investigaciones académicas sino también jurisprudencia de tribunales internacionales. En consecuencia, la posibilidad para explorar esta opción sigue abierta

¹⁴² *Ibidem*, párr. 2587.

¹⁴³ *Ibidem*, párr. 2592.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 2606-2672.

¹⁴⁵ Estos argumentos se recogen en los motivos de apelación número 27, 29, 31-32, 35-41, 33, 9 (parte), 42-43, 44, 51, 52 (parte), 53 (parte), 54 y 55 (parte). CPI de 19 de octubre 2021, ICC-02/04-01/15 ... *op. cit.*, nota 7, capítulo tercero.

¹⁴⁶ *Vid. supra*, p. 24

3. Ser ex-niño soldado y su relevancia para la determinación de la pena

Una vez declarado culpable y con el objetivo de obtener la pena más baja posible, la Defensa esgrimió la existencia de múltiples factores relativos al individuo que reducirían la pena, así como de atenuantes por disminución sustancial de la capacidad mental al momento de cometer los hechos y de emitir la sentencia¹⁴⁷, y por coacción durante todo el tiempo que estuvo en el LRA por acción espiritual y amenaza de castigos dictados por Kony¹⁴⁸.

Como factores relativos al individuo, la Defensa alegó, entre otros, los antecedentes de su infancia relativos al reclutamiento, sus circunstancias familiares actuales y su buen carácter¹⁴⁹. Respecto de su infancia, la Defensa señaló que haber sido niño soldado desde los 9 años le llevó a desarrollarse en un ambiente hostil en el desierto y bajo el control de Joseph Kony. Este fue el principal determinante para cometer los crímenes, pues si no hubiese sido reclutado ni convertido en niño soldado, seguramente su historia fuese diferente, fuera del grupo armado y de la comisión de crímenes¹⁵⁰.

La Fiscalía, por un lado, reconoció que este factor reduciría la pena en una tercera parte¹⁵¹, pues aunque no disminuyó su capacidad mental de manera significativa, sí sufrió experiencias muy traumáticas; y por el otro, solicitó que se tuvieran en cuenta los derechos de las víctimas¹⁵². Por su parte, la Representación de las Víctimas aceptó la existencia de dicha circunstancia, pero afirmó que no resultaba relevante en este caso pues los hechos los cometió siendo adulto. Además, las circunstancias que agravan esos crímenes neutralizarían el impacto de cualquier factor mitigante¹⁵³. La Sala, en un análisis muy esclarecedor para la cuestión que se aborda en este artículo, reconoció que haber sido niño soldado es una circunstancia personal del condenado que debe tenerse en cuenta para reducir de la pena y que su valor dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

Lo anterior puede considerarse positivo si se reconoce la necesidad de valorar individualmente las experiencias de los niños soldado, en contraposición al paradigma que los considera un conjunto homogéneo. Así, el peso que se otorgue a dicha condición para la reducción de la pena dependerá de la forma en la que la persona ingresó al grupo armado (reclutamiento o alistamiento), la edad (no es lo mismo 9 años que 14 años), las tareas desarrolladas (soldado, cocinero, esclava sexual), los tratos a los que fue sometido (cruels, inhumanos o degradantes), su relación con otros miembros del grupo (amistad, familia), la forma en la que se asimiló la experiencia (resiliencia, frustración), las consecuencias familiares (pérdida de todo contacto, visitas esporádicas), psicológicas y psíquicas (trastornos, enfermedades).

¹⁴⁷ CPI de 6 de mayo 2021, ICC-02/04-01/15 ... *op. cit.*, nota 6, párr. 90.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 63, 98, 106.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párrs. 63, 98, 106.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 67.

¹⁵¹ *Ibidem*, párr. 9.

¹⁵² *Ibidem*, párr. 66.

¹⁵³ *Ibidem*, párr. 68.

No obstante, la consideración de la Sala también puede estimarse negativa si se piensa que independientemente de las vivencias particulares, el reclutamiento, alistamiento y participación de menores de 18 años en grupos armados constituye una vulneración al DIDH, DIH y un crimen internacional (solo en menores de 15 años). El niño soldado era un sujeto de especial protección, es una víctima y como tal debe reconocerse. Además, un grupo armado no es de ninguna manera un espacio para la socialización de un niño y estar allí es siempre una experiencia traumática. Por consiguiente, el hecho en sí mismo tiene la suficiente entidad para ser un factor que reduzca la pena sin tener en cuenta las particularidades de las experiencias.

De la lectura conjunta de la sentencia puede afirmarse que la Sala adoptó una posición intermedia. Reconoció que haber sido niño soldado es un factor relativo al individuo que debe tenerse en cuenta para la reducción de la pena porque constituye una vulneración a disposiciones del Derecho Internacional; pero su peso en el balance de los factores responderá a las particularidades de la experiencia en el caso concreto así como las consecuencias generadas. Esto es positivo, por ejemplo, para la justicia transicional pues permite atender a los enfoques diferenciales.

En este caso, el valor otorgado a este factor se determinó teniendo en cuenta que haber sido niño soldado significó para Ongwen la interrupción de su educación, la imposibilidad de despedirse de sus padres después del violento asesinato de estos y su socialización en un ambiente de extrema violencia. Su peso concreto se determinó en cada uno de los crímenes teniendo en cuenta los otros factores relevantes. Además, la Sala: señaló enfáticamente que ni el reclutamiento ni las experiencias vividas justificaban los actos cometidos¹⁵⁴; desestimó las alegaciones de la Representación de las Víctimas de que la presencia de agravantes neutraliza la existencia de un atenuante; y consideró adecuada y razonable la propuesta de la Fiscalía de reducir la pena en una tercera parte, pero debe considerarse caso a caso¹⁵⁵.

En términos procesales, una vez determinado que haber sido niño soldado era un factor relativo al individuo a tener en cuenta para reducir la pena, la CPI procedió a determinar la pena por cada uno de los crímenes teniendo en cuenta todos los factores. Sin embargo, de manera contradictoria, en el crimen de reclutamiento, alistamiento y uso de menores de 15 años, dicha condición se consideró relevante para agravar la pena.

En efecto, la Sala argumentó que Ongwen, por su experiencia, sabía lo que significaba reclutar niños y utilizarlos en el grupo armado y, en vez de evitar estos actos, los propició y los promovió. De hecho, sometió a los niños soldado a tratos crueles para evitar su fuga, a algunos los entrenó militarmente y a otros los retuvo como sirvientes y esclavas sexuales¹⁵⁶. Por ello lo condenaron a 20 años, la máxima pena individual impuesta en comparación con los otros crímenes. Con fundamento en lo anterior, puede afirmarse que para la CPI es más grave haber reclutado y utilizado niños siendo ex-niño soldado que la comisión de otros crímenes de guerra y de lesa humanidad individualmente considerados.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 69.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 88, 89.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 369-371.

Múltiples críticas pueden hacerse sobre esta consideración; sin embargo, tres resultan relevantes a efectos del tema que aquí se aborda. Por un lado, a falta de un método matemático claramente establecido, la CPI tiene un margen de apreciación significativo para valorar las circunstancias en cada crimen. Con todo, esta apreciación resulta desproporcionada si se atiende a la gravedad de los otros crímenes cometidos en este caso y a la pena impuesta por el mismo crimen a otros condenados¹⁵⁷. Por otro lado, se estaría vulnerando el art. 78 del ER al no valorar un factor relativo al individuo que fue reconocido en el sentido de reducir la pena y fue aplicado como tal en los otros crímenes.

Como tercera cuestión, resulta cuestionable el doble rasero con el que la Sala se aproxima a la gravedad de este crimen dentro del LRA. Por un lado, reconoció factores agravantes relativos al crimen de guerra por la forma de abducción y consecuencias desastrosas que genera en la salud física, mental y psicológica de los niños soldado. Lo anterior, producto de los tratos crueles e inhumanos a los que fueron sometidos en el LRA y la socialización en un entorno violento¹⁵⁸. Sin embargo, al evaluar la existencia de dichas consecuencias en el estado de salud mental de Ongwen al momento de los hechos, estimó que estas no se producían automáticamente y que no se habían acreditado en el caso en concreto¹⁵⁹.

Ahora bien, con el objetivo de probar la existencia de atenuantes, la Defensa reiteró la argumentación desarrollada en el juicio: la experiencia vivida por Ongwen siendo niño soldado le produjo enfermedades mentales y traumas psicológicos; y la Fiscalía hizo hincapié en que no había suficiente evidencia de lo anterior. La Sala adoptó esta última tesis, pues aunque Ongwen fue sometido a tratos crueles e inhumanos después de ser reclutado por el LRA¹⁶⁰, no había elementos probatorios, ni siquiera un testimonio que evidenciara que el trauma le dejó defectos o algún desorden mental en dicho sentido¹⁶¹ y que estos existían cuando tuvieron lugar los hechos.

Por el contrario, algunos elementos permitieron afirmar que Ongwen se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales, como por ejemplo su liderazgo en los ataques y los crímenes por los que fue declarado culpable, su lucidez y buen estado de salud a lo largo del proceso, su manifestación de comprender el juicio, la coherencia de sus declaraciones y testimonios¹⁶². En particular, se hizo énfasis en un reporte de la Fiscalía que afirmaba que Ongwen tiene un alto nivel de desarrollo moral pues, aunque sufrió experiencias traumáticas, presenta un alto nivel de resiliencia¹⁶³.

¹⁵⁷ La CPI condenó por el mismo crimen a Thomas Lubanga Dylo a 14 años de prisión y a Bosco Ntaganda a 18 años.

¹⁵⁸ CPI de 6 de mayo 2021, ICC-02/04-01/15 ... *op. cit.*, nota 6, párrs. 369-371.

¹⁵⁹ Es decir, mientras la CPI, por un lado, reconoce dichas consecuencias a largo plazo en la salud mental de los niños soldados del LRA solamente basada en los testimonios de las víctimas y un informe de un perito (el profesor Michael Wessells); cuando se trata de Dominic Ongwen considera que no hay evidencia pericial o testimonio que pruebe su estado psicológico/mental al momento de cometer los hechos.

¹⁶⁰ CPI de 6 de mayo 2021, ICC-02/04-01/15 ... *op. cit.*, nota 6, párrs. 82, 83.

¹⁶¹ *Ibidem*, párr. 84.

¹⁶² *Ibidem*, párr. 104.

¹⁶³ *Ibidem*, párr. 81.

Respecto de la existencia de coacción como atenuante, la Defensa reiteró su argumentación esgrimida en el juicio y la Fiscalía remarcó que la evidencia mostraba que Ongwen tenía cierta autonomía respecto de Kony. Por su parte, la CPI nuevamente consideró que no había pruebas de la existencia de una amenaza de muerte inminente o daños corporales graves continuos o inminentes¹⁶⁴.

Finalmente, en la determinación de la sentencia conjunta la CPI señaló que aunque la cadena perpetua era la pena que más se ajustaba a la gravedad de los crímenes cometidos, la circunstancia personal de Dominic Ongwen de haber sido reclutado, convertido en niño soldado, desescolarizado, socializado en un entorno violento y sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, hacía que imponer esta condena resultase excesivo y le negara la posibilidad de reinserción, sin que ello justificase sus conductas o negase el derecho de las víctimas a recibir justicia¹⁶⁵.

En consecuencia, consideró que 25 años de prisión era un periodo de tiempo adecuado, proporcionado y justo que reflejaba todas las circunstancias relevantes del caso, ofrecía a las víctimas justicia y al condenado la posibilidad de resocializarse después de purgar una condena lo suficientemente larga¹⁶⁶.

V. CONCLUSIONES

La relevancia de haber sido niño soldado para la determinación de la responsabilidad penal de los miembros de grupos armados por los crímenes cometidos después de los 18 años fue una cuestión inexplorada hasta el inicio del caso contra Dominic Ongwen ante la CPI por los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en su calidad de comandante de la brigada Sinia del LRA. Para la Defensa, haber sido reclutado a los 9 años mientras iba para la escuela y las experiencias traumáticas vividas en el grupo armado eximían a Ongwen de los crímenes imputados y en caso de ser declarado culpable, su pena debería ser mínima.

Según la Defensa, siendo niño soldado, Ongwen fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes durante el proceso de adoctrinamiento militar y religioso, separado definitivamente de su familia y amigos, desescolarizado y socializado desde entonces en un ambiente hostil y violento; y en este contexto, solo logró sobrevivir cumpliendo órdenes hasta que fue ascendido al puesto de comandante de brigada, desde donde no tenía autonomía porque Joseph Kony le controlaba con amenazas de asesinar a él y a su familia, y además sufría enfermedades mentales producto del reclutamiento que le impidieron apreciar la gravedad de sus conductas.

En estos términos, la Sala de Primera Instancia IX de la CPI tuvo que determinar si haber sido niño soldado era un factor relevante para determinar la existencia de la enfermedad

¹⁶⁴ *Ibidem*, párrs. 111.

¹⁶⁵ *Ibidem*, párrs. 386-392.

¹⁶⁶ *Ibidem*, párr. 393.

mental o la coacción como circunstancias eximentes de la pena, si debía considerarse como un factor relativo al individuo que reduce la pena, o si por el contrario no tenía ninguna relevancia.

En términos de circunstancias eximentes de responsabilidad, la Sala consideró que haber sido niño soldado no es relevante para determinar la existencia de una enfermedad mental o de coacción, pues aunque dicha situación las hubiese causado o facilitado, lo importante es acreditar los elementos de cada eximente al momento de cometer los crímenes. Por esta razón, el debate a lo largo del juicio se centró en las pruebas aportadas, especialmente por la Defensa, para demostrar los eximentes. Al final el acusado fue declarado culpable.

Conforme lo anterior, un ex-niño soldado/combatiente puede alegar en su defensa cualquiera de estas dos circunstancias y en el relato justificar su existencia con ocasión de las experiencias vividas siendo niño soldado, pero su procedencia dependerá únicamente de que se acrediten los elementos establecidos en el ER, es decir, será una cuestión meramente probatoria. Estas consideraciones pueden verse modificadas, pues será una de las cuestiones a analizar por la Sala de Apelaciones de la CPI.

En términos de circunstancias relevantes para la imposición de la pena, la CPI de manera acertada y coherente con su propio discurso y el de la comunidad internacional, consideró que haber sido niño soldado es un factor relativo al individuo relevante que reduce la pena, pero su peso (o valor) debe ser determinado caso a caso conforme las experiencias vividas siendo niño soldado y sus consecuencias. De esta manera, no solo reconoció que se trata de una situación que vulnera disposiciones del Derecho Internacional, sino que también dejó una puerta abierta para que se aprecien las singularidades de cada historia.

En el caso de Dominc Ongwen, haber sido niño soldado fue considerado una circunstancia personal que atenuó la pena de manera significativa; de hecho, fue el factor decisivo para ser condenado a la pena máxima (25 años) y no a cadena perpetua. Además, posibilitó que por primera vez la CPI reconociera la resocialización como uno de los fines de la pena, así como la necesidad de sopesar el derecho de las víctimas a la justicia y la concurrencia de una circunstancia particular desgarradora, que no debió ni debería volver a ocurrir nunca más.

Lo anterior resulta muy relevante para los jueces nacionales de los Estados parte del ER que se encuentren llevando a cabo procesos de Justicia Transicional con responsabilidad penal, como Colombia; pues al momento de decidir esta cuestión con acusados ex-niños soldado/combatientes, podrían atribuirse un amplio margen de apreciación para decidir el valor que le dan a este factor relativo al individuo que reduce la pena y establecer una que les parezca razonada y proporcional entre los crímenes cometidos, los derechos de las víctimas, la resocialización del condenado y la construcción de memoria y de paz. Por supuesto, la pregunta que subsiste es ¿cómo lograrlo? Veremos en los próximos años cómo se aborda.

No obstante, contradiciendo el ER y su propio procedimiento para la determinación de la pena, en el crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento y uso de menores de 15 años

para participar activamente de las hostilidades, haber sido niño soldado no redujo la pena. Por el contrario, fue objeto de mayor reproche porque Ongwen sabía por experiencia propia lo que significaba vivir dentro del LRA siendo un niño, y, en vez de evitarle el sufrimiento a otros niños, lo propició. Por ello lo condenó a 20 años por este crimen, la máxima pena individual impuesta en comparación con los otros crímenes. En este sentido, para la Sala es más grave reclutar niños soldado habiendo sido uno de ellos que el resto de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos.

Teniendo en cuenta el escrito presentada por la Defensa, la Sala de Apelaciones revisará nuevamente la cuestión de la relevancia de haber sido niño soldado para determinar la existencia de la enfermedad mental y la coacción como eximentes de responsabilidad o atenuantes de la pena. En este sentido, el debate sigue abierto y a la espera de que la sentencia final proporcione nuevos elementos de análisis o nuevas consideraciones sobre la cuestión aquí planteada. No obstante, esta decisión también será muy significativa para resolver otros interrogantes, como por ejemplo la interpretación de los elementos de estas dos eximentes conforme el ER o la posibilidad de considerar otras experiencias traumáticas (no relacionadas con los niños soldado) como factores relativos del individuo que permitirían una reducción de la pena.