

“Lo único que nos va a garantizar que los niños no sean usados en conflictos armados es que los Estados y la sociedad civil se preocupen por evitar las causas de reclutamiento y participación.”

Niños Soldados: ¿Víctimas o Victimarios?

“No hay espacios para reflexionar sobre nuestra historia; no hay proceso de duelo. Se centran en prepararnos para encajar en las normas sociales, sin entender por qué, en cierto momento, las dejamos atrás.”¹ (Testimonio de un niño desmovilizado en Colombia).

Jorge Manrique de Lara Seminario*

79

I. Introducción

Miles de niños siguen siendo secuestrados para ser utilizados como soldados, espías, mensajeros, esclavos sexuales y criados. Lo que sucede es que los niños soldados son obedientes y son baratos. Muchos de los que son obligados a luchar suelen provenir de familias pobres y ser analfabetos. Por otra parte, los que voluntariamente se unen suelen compartir un deseo de huir de la pobreza o suelen ser convencidos por ideas de grupos religiosos o políticos. Casi todos mueren y los que llegan a escapar terminan heridos físicamente y marcados psicológicamente. Lo peor es que, una vez que el conflicto armado termina, muchos suelen ser rechazados.²

La finalidad de este artículo es entender los recientes cambios que se han dado en la jurisprudencia internacional en este tema y tratar de comprender los problemas concernientes a los niños soldados para tratar de darles soluciones.

Para esto dividiremos el presente artículo en 3 capítulos. En el primero, se hará una definición de qué es un niño soldado y se explicará la ambivalencia de los niños soldados de ser víctimas y victimarios y los problemas de los programas de reinserción. En el segundo capítulo se analizará la importancia de las sentencias internacionales de Charles Taylor, Thomas Lubanga y la reciente sentencia de Germain Katanga. Al final se analizará la propuesta de ver el crimen de niños soldados como un delito de genocidio. Finalmente, en el tercer capítulo, se desarrollarán los problemas de los programas de reparación para dar al final las conclusiones.

* Estudiante de último ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y asistente del Curso de Derecho Internacional Público

¹ ICTJ “No debemos considerar a los ex niños soldado solamente víctimas” <<http://ictj.org/es/news/no-debemos-considerar-ex-ninos-soldado-victimas>>

² NACIONES UNIDAS “Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Niños y los Conflictos Armados: Niños Soldados”< <http://www.un.org/spanish/special-rep/children-armed-conflict/issues/childsoldiers.html>>

I. ¿Qué es un Niño Soldado?

Resulta complicado definir ¿qué es un niño soldado? En especial considerando que un soldado puede tener una infinidad de funciones: desde ir a atacar un objetivo militar, cocinar, enviar mensajes o tan solo limpiar el cuartel. De la misma manera, la definición de niño no ha quedado clara puesto que se vincula mucho a los ritos de iniciación para convertirse en hombre ³.

El Tribunal Penal Internacional para la Ex – Yugoslavia se enfrentó con este problema en el 2006. Fue así como en el caso Oric estableció “there is no rule in convention or customary international law against criminal liability for a war crime committed by an individual below the age of 18”. Este pronunciamiento tenía sentido porque su estatuto no establecía una edad mínima de culpabilidad; pese a ello, en su práctica nunca procesó a menores de 18 años. De la misma manera, el Tribunal Penal para Ruanda decidió no investigar ni procesar a niños por crímenes internacionales. Hoy en día, el Estatuto de Roma ha establecido que la edad mínima para ser juzgados por la comisión de crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional es la de 18 años ⁴.

Sin embargo, el Estatuto de Roma ha establecido en su artículo 8º inciso b) xxvi) e inciso e) vii) que está prohibido reclutar o alistar niños menores de 15 años o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. Con lo cual, los niños soldados son los menores de 15 años que han sido reclutados o alistados o que son usados para participar activamente en las hostilidades.

I.1. Dilema de los niños soldados y programas de reinserción

En las Cortes Internacionales se ha establecido una práctica reiterada de no juzgar a personas menores de 18 años. Sin embargo, muchos Estados, bajo el ejercicio de su soberanía, han establecido una edad inferior a los 18 años para juzgar y condenar personas. Es así que muchos Estados han estado juzgando a menores de 18 años por la comisión de crímenes internacionales ⁵.

Lo que sucede es que los niños soldados son víctimas porque son reclutados o alistados y son forzados a participar en conflictos armados, pero al mismo tiempo cometen crímenes; es decir, son victimarios. Por esto es muy difícil darles un trato especial debido a que por más que se les exima de toda responsabilidad durante su minoría de edad, apenas cumplan la mayoría de edad pasarían a ser delincuentes.

De la misma manera, no se puede asumir que van a olvidar todo su pasado apenas cumplan la mayoría de edad, es por ello que se crean programas de reinserción y reparación para ex niños soldados. Lo que se busca con estos programas es que los niños obtengan las herramientas necesarias para tomar decisiones en su vida que contribuyan a la paz.

En Colombia, por ejemplo, uno de los ex niños soldados ayudó a una familia a encontrar la fosa común donde yacían los cuerpos de sus familiares. Esto no solo ayudó a la familia sino también al niño porque le permitió aliviar el dolor de la familia y el suyo. Los programas no deben de buscar que los niños soldados olviden su pasado, porque hacerlo es intentar que olviden parte de su identidad. De hecho, muchos de los ex niños soldados desean ayudar a sus comunidades con el conocimiento aprendido y, desarrollarlo de una manera positiva debe ser el enfoque de los programas de reinserción ⁶.

Otro mecanismo que se debe de implementar en el caso de los niños soldados son los programas de desmovilización y desarme. Los cuales permiten alejar a los niños soldados de escenarios de peligros y, de esa manera, evitar el re-reclutamiento y re-alistamiento de niños soldados. Estos programas buscan reunir a los niños soldados con sus familias; sin embargo, lo que sucede es que los niños separados de sus familias tienen mayores probabilidades de ser re-reclutados. Es por esto que el ACNUR⁷, el UNICEF, el CICR⁸ y otras organizaciones despliegan sendos esfuerzos para reunir a los niños con sus familias ⁹.

³ DENOY, Myriam. “Child Soldier. Sierra Leona Revolutionary’s United Front”; Cambridge. Pag. 2 – 3.

⁴ La única excepción ha sido el Tribunal Especial para Sierra Leona, en cuyo Estatuto, se estableció la facultad de juzgar a niños que tuvieron 15 años al momento de cometer el crimen. Sin embargo, en la práctica nunca se juzgó a un niño menor de 18 años. GROVER Sonja C. “Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer. Exonerating Child Soldiers Charged with Grave Conflict – related International Crimes”, pp.Pag. 65 – 69.

⁵ GROVER, Sonja C. “Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer. Exonerating Child Soldiers Charged with Grave Conflict – related International Crimes” ,pp Pág. 80 - 81.

⁶ ICTJ. “No debemos considerar a los ex niños soldados solamente víctimas” < <http://ictj.org/es/news/no-debemos-considerar-ex-ninos-soldado-victimas>>.

⁷ ACNUR – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

⁸ CICR – Comité internacional de la Cruz Roja.

⁹ Aunque el peligro de ser re reclutados igual persiste cuando están con sus familias. NACIONES UNIDAS “Niños Soldados” <<http://www.un.org/spanish/special-rep/children-armed-conflict/issues/childsoldiers.html>>.

Es por lo antes dicho que el Centro Internacional para la Justicia Transicional está trabajando en Colombia, Uganda, Túnez y en otras zonas implementando programas con una visión más global del problema. Lo que ellos proponen es pensar que los niños son ciudadanos con el fin que las medidas de Justicia Transicional puedan funcionar en los ex niños soldados y pueda tener un efecto reconciliador. Por otro lado, no debemos de olvidar que los niños son víctimas y victimarios y por ello se deben de establecer mecanismos para que los ex niños soldados ayuden a la reconstrucción de sus comunidades y de sí mismos. Por ejemplo, el Tribunal Especial para Sierra Leona estableció que no iba a juzgar ni condenar a ningún menor de 18 años y eso incentivó a que los ex niños acudieran a contar sus historias¹⁰.

II. Casos Emblemáticos sobre niños soldados ante Tribunales Internacionales:

En esta sección se analizarán tres de los casos más recientes sobre niños soldados con la finalidad de entender la evolución que se ha dado en la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre este tema.

II.1. Charles Taylor – Tribunal Especial para Sierra Leona

Después del conflicto armado interno en Sierra Leona se instaló una Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante TESL) para juzgar los crímenes internacionales que se habían cometido. Se estimó que entre 5000 y 10000 niños soldados estuvieron envueltos en algún momento en la guerra civil de Sierra Leona; muchos de ellos solo percibían la opción de matar o ser muertos por el FRU (Frente Revolucionario Unido) o por el AFRC (El Consejo de Fuerzas Armadas Revolucionarias)¹¹.

Charles Taylor fue llevado al Tribunal Especial para Sierra Leona sin importar que fuera el ex jefe de Estado

de Liberia. Él fue declarado responsable de planificación, complicidad e instigación de crímenes cometidos por las fuerzas rebeldes en Sierra Leona¹², y por otras violaciones al derecho internacional incluyendo el reclutamiento y uso directo de niños menores de 15 años en las hostilidades¹³.

En el caso de Charles Taylor el TESL de primera instancia analizó el rol de Charles Taylor su rol en el proceso de paz a lo largo del proceso tomando en consideración su calidad de miembro en el comité de los 5 del ECOWAS (Comunidad Económica de Países Africanos del Oeste). Es de esta manera, que se demostró que, de manera secreta, él avivaba las hostilidades entre los grupos armados AFRC/RUF y las autoridades elegidas democráticamente en Sierra Leona proveyéndoles de armas de manera continua a cambio de un suministro constante de diamantes. De la misma manera; además, el TESL concluyó que Charles Taylor uso su posición y el acceso que tenía a la maquinaria y recursos del Estado para ser cómplice de los crímenes cometidos en Sierra Leona¹⁴.

La Sala de Apelación, pese a los argumentos de la defensa de Charles Taylor, concluyó que el RUF/AFRC sí tenían una estrategia criminal para cometer delitos que se prolongaron durante todo el periodo de acusación¹⁵.

De la misma manera se afirmó, por parte del Tribunal de Apelación, que encontró a los grupos RUF/AFRC responsables de actos de terrorismo, esclavismo, violencia sexual y de cometer crímenes de reclutamiento/alistamiento y uso de niños soldados entre 1996 – 2000¹⁶. Asimismo, el Tribunal de Apelación concluyó que existía un patrón institucionalizado, por parte de los grupos armados RUF /AFRC, para reclutar niños y utilizarlos activamente en las hostilidades; puesto que esto era parte de su estrategia operacional.¹⁷ De hecho, de las

¹⁰ Para saber más sobre los programas que el Centro Internacional para la Justicia Transicional ver: ICTJ "ICTJ Reporta la infancia y la juventud" <<http://www.ictj.org/es/news/ictj-reporta-la-infancia-y-la-juventud>>.

¹¹ Una de las particularidades fue que el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona estableció que las personas menores de 18 años no serían encarceladas pero estarían al frente de un tribunal de la verdad y reconciliación, narrarían sus crímenes y seguirían un proceso de rehabilitación. GROVER Sonja C. "Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer. Exonerating Child Soldiers Charged with Grave Conflict – related International Crimes" .pp.pag. 183 - 191.

¹² ICTJ. "Expertos Internacionales se reúnen en Freetown para reflexionar sobre el legado del Tribunal Especial para Sierra Leona" <<http://ictj.org/es/news/expertos-internacionales-se-reunen-en-freetown-para-reflexionar-sobre-el-legado-del-tribunal>>.

¹³ Esto calzó dentro de "otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario" Artículo 4 c) del Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona. Aunque de todas formas la prohibición de reclutar menores de 15 años fue considerada como una norma del derecho consuetudinario del Derecho Internacional Humanitario. SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE "Prosecutor vs Charles Taylor: Trial Chamber II" <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=U6xCITNg4tY%3d&tabid=107>>, p. 190.

¹⁴ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE "Prosecutor vs Charles Taylor: Trial Chamber II" <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=U6xCITNg4tY%3d&tabid=107>>. Párrafos 97 – 99.

¹⁵ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE "Prosecutor vs Charles Taylor: Trial Chamber II" <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=U6xCITNg4tY%3d&tabid=107>>. Párrafos 96 – 101.

¹⁶ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE "Prosecutor vs Charles Taylor: In the Appeals Chamber" <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=t14fFP4jJ8-&tabid=191>>, pp. Pág. 97.

¹⁷ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE "Prosecutor vs Charles Taylor: In the Appeals Chamber" <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=t14fFP4jJ8-&tabid=191>>, pp. Pág 98 - 99

pruebas se llegó a concluir que durante el año 1998, bajo el liderazgo de estos grupos, un número desconocido de niños fueron obligados a seguir un entrenamiento militar en Bunumbu y que los niños fueron usados activamente en las hostilidades en diferentes regiones¹⁸.

Además, el Tribunal de Apelaciones concluyó que los niños eran de vital importancia para el RUF/AFRC porque cumplían los mandatos que sus jefes ordenaban¹⁹. Otro punto particular es que los niños eran usados para participar directamente en las hostilidades, por ejemplo ordenándoles que mataran a alguien, y también eran usados para participar indirectamente en las hostilidades (es decir en actividades donde no tenían una función continua de combate)²⁰; por ejemplo en tareas como recolectar minerales o cuidar las minas²¹.

De la misma manera, El Tribunal de Apelación concluyó que los crímenes de reclutamiento y utilización de niños soldados fueron cometidos como parte de la estrategia del RUF/AFRC. Esto se realizó de manera tan organizada que el Tribunal de Apelación concluyó que la existencia de pequeñas unidades de combate, compuestas solo por niños, demostraba la institucionalidad del reclutamiento y utilización de niños por parte de RUF/AFRC²².

II.2. Thomas Lubanga Dyilo - Corte Penal Internacional

Thomas Lubanga estudió Psicología en la Universidad de Kisangani; años después se convirtió en el portavoz de cientos de soldados Hema del “Rassemblement Congolais” (el movimiento que a mediados del 2000 controlaba Ituri – provincia del noreste de la República Democrática del Congo). Posteriormente se convirtió; y, luego, en el representante de los intereses de su grupo étnico: Los Hema²³.

Thomas Lubanga fue uno de los primeros firmantes de

la Unión de Patriotas Congoleños (en adelante UPC) y, luego fue tiempo después, sería quien instaló el ala militar de este grupo, las denominadas Fuerzas Patrióticas para la liberación del Congo (en adelante FPLC)²⁴. Posteriormente, la UPC tomó el control de Bunia, capital de Ituri, con el apoyo de tropas Ugandesas; es en ese momento que se empezaron a desatar las masacres que trajeron como consecuencia miles de muertos y desplazados²⁵.

Es así que, dado que Thomas Lubanga era líder de la Unión de Patriotas Congoleños y comandante en jefe de su rama militar (las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo), es que este fue acusado por la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) por la comisión del crimen de guerra de alistar y reclutar menores de 15 años de edad y utilizarlos activamente en las hostilidades en Ituri (distrito ubicado al este de la República Democrática del Congo – en adelante RDC) entre septiembre de 2002 y agosto de 2003²⁶.

El caso Thomas Lubanga trajo como consecuencia la primera sentencia dictada por la Corte Penal Internacional motivo por el cual este caso es muy importante para la comunidad internacional. Es por ello que no se puede dejar de notar los grandes aportes que ha tenido en el Derecho Penal Internacional.

Unos de los aportes más importantes fue la amplitud en la definición de víctimas, puesto que la Sala no solo consideró víctimas a los niños soldados; sino que también consideró víctimas a los padres o parientes de los niños soldados (aunque vale hacer la acotación que no se incluyó a las víctimas de los niños soldados dentro del término víctimas)²⁷.

Otro aporte relacionado al Estatuto de Roma concierne a su artículo 8º inciso 2) e) vii), el cual establece como

¹⁸ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE “Prosecutor vs Charles Taylor: In the Appeals Chamber” <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=t14fjFP4jJ8=&tabid=191>>. p. 102.

¹⁹ Otro punto particular era que estos grupos suministraban narcóticos a los niños para que cometan las órdenes sin vacilar; lo cual trajo que muchos niños terminen con adicción a los narcóticos.

²⁰ La función continua de combate quiere decir que las personas tienen como función participar regularmente en las hostilidades. Para mayor información revisar CICR “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario” <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p0990.htm>>.

²¹ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE “Prosecutor vs Charles Taylor: In the Appeals Chamber” <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=t14fjFP4jJ8=&tabid=191>> Pag. 106.

²² SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE “Prosecutor vs Charles Taylor: In the Appeals Chamber” <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=t14fjFP4jJ8=&tabid=191>> 107 – 108.

²³ AFRICA “Thomas Lubanga Dyilo” <http://www.ikuska.com/Africa/Historia/biografias/l/lubanga_thomas.htm>.

²⁴ EMOL “La oscura historia de Lubanga, marcada por las violaciones a los DD.HH” <<http://www.emol.com/noticias/internacional/2012/07/10/549927/la-historia-de-lubanga-el-primero-en-ser-juzgado-por-cpi.html>>.

²⁵ Periodismo Humano “¿Quién es Thomas Lubanga?” <<http://periodismohumano.com/sociedad/libertad-y-justicia/%C2%BFquien-es-thomas-lubanga-2.html>>.

²⁶ Coalition for the International Criminal Court “Thomas Lubanga sentenciado a 14 años de prisión en el primer juicio de la CP” <http://www.iccnw.org/documents/CICC_PR_DRC_Lubanga_sentencing.pdf>, pág. 4.

²⁷ AMBOS, Kai “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (prosecutor v Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas” En: *Revista para el análisis del Derecho*, pp. 4 - 5.

punible el reclutamiento, alistamiento o utilización de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades. Esto dejaba impune todos los actos mencionados por el artículo 8 inciso 2) e) vii) del Estatuto de Roma que tenían como finalidad la no participación activa de menores de 15 años en las hostilidades, como por ejemplo llevar comida o realizar trabajos de limpieza.

Sin embargo, el artículo 4º inciso 3) c) del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra establece una cláusula abierta que abarca tanto la participación directa e indirecta de menores de 15 años. Esta también es considerada una garantía fundamental, y justamente este artículo -acompañado del respeto de la finalidad de criminalización del reclutamiento de niños soldados recogido en el artículo 8º inciso 2) e) vii) del Estatuto de Roma- hizo que la Sala concluya que toda participación (directa o indirecta) que exponga a los niños a los “riesgos de los conflictos armados” debería entenderse como participación activa²⁸.

Esto se determinó debido a que se concluyó que las actividades realizadas por las víctimas iban más allá de la calidad de combatiente, ya que se les ponía en un riesgo de morir más allá de los roles desempeñados²⁹. Considerando esto, se planteó el rol indirecto; según el cual pese a que los niños no hubiesen participado activamente en las hostilidades de igual manera terminaban estando en riesgo. Este es un gran aporte que va a servir al momento de interpretar la participación de menores de 15 años.

Además, la sanción de actos de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños y niñas soldados se ve respaldada por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (en el cual se establece que la participación en conflictos armados de niños y niñas menores de 18 años está prohibida)³⁰.

Otro aporte de este caso es que se llegó a determinar que podría existir más de un tipo de conflicto armado al mismo tiempo. Con lo cual, podría darse un conflicto armado no internacional y un conflicto armado internacional en la RDC al mismo tiempo. Sin embargo, a la Sala le interesaba la participación de la UPC/FPLC y se determinó que estas participaron en un conflicto armado no internacional contra otros grupos rebeldes como el RCD-ML /APC y FRPI. Para respaldar esto, la Sala dijo que ni Uganda ni la RDC ejercieron un control global sobre la UPC/FPLC (con lo que no se podría hablar de un Conflicto Armado no Internacional Internacionalizado y por tanto se aplicarían las normas de los Conflictos Armados No Internacionales) y que sí pudo existir un conflicto armado internacional entre la RDC y Uganda; pero esto último no era materia de análisis en el caso concreto³¹. Esto fue muy importante porque agilizó el proceso centrándolo en lo concerniente a los niños soldados.

Por otro lado, este caso demostró que este tipo de crímenes no pueden quedar impunes y que deben de ser sancionados. Asimismo, se condice con la labor realizada por organizaciones como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha considerado que tanto el reclutamiento forzoso como voluntario de niños para que participen en conflictos armados termina poniendo su vida e integridad en peligro. Además, el reclutamiento o alistamiento vulnera su derecho a la educación así como otros derechos que le son reconocidos por la Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas³².

Lo descrito en el párrafo anterior nos permite dar pie respecto a otro importante aporte de esta sentencia: la Sala llegó a afirmar que un niño no está en condiciones de dar un verdadero consentimiento en las circunstancias de un conflicto armado, con lo cual zanjó dando fin a la discusión sobre reclutamiento (acto forzado) y alistamiento (acto voluntario)³³.

²⁸ AMBOS, Kai. “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (prosecutor v Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas” En: Revista para el análisis del Derecho., Págpp. 24– 25.

²⁹ Para ser más precisos la CPI establece esto: “Todas estas actividades, que cubren tanto la participación directa como la indirecta, tienen una característica en común: el niño en cuestión es, como mínimo, un blanco potencial. Entonces, el factor decisivo para decidir si un rol ‘indirecto’ debe ser tratado como participación activa en las hostilidades es si el apoyo que el niño provee a los combatientes lo expone al peligro real de ser un blanco potencial”. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT “LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I- LE PROCUREUR c. THOMAS LUBANGA DYILO”. < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1462060.pdf>>, Párrafo 628.

³⁰ CIDH. “CIDH saluda la primera sentencia de la Corte Penal Internacional en la que se pronuncia sobre el reclutamiento de niños soldados” <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2012/031.asp>>

³¹ AMBOS, Kai. “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (prosecutor v Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas” En: Revista para el análisis del Derecho., pp. 17 – 18.

³² CIDH. “CIDH saluda la primera sentencia de la Corte Penal Internacional en la que se pronuncia sobre el reclutamiento de niños soldados” <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2012/031.asp>>.

³³ AMBOS, Kai. “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (prosecutor v Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas” En: Revista para el análisis del Derecho., pp. 22-23

De la misma manera este caso guarda concordancia con la modificación de algunas legislaciones que buscan prohibir de manera absoluta el reclutamiento de menores de 18 años en el servicio militar. Además, esta decisión es importante porque hoy en día hay una tendencia en el derecho internacional a prohibir el reclutamiento de menores de edad; salvo casos excepcionales en que se les incorpore de manera voluntaria, no participen en las hostilidades y reciban un tratamiento especial de acuerdo a su edad y necesidades. Por todo esto, este caso termina siendo una oportunidad para seguir exhortando a los Estados a que ratifiquen el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas relativo a la participación de niños en los conflictos armados y que ratifiquen el Estatuto de Roma³⁴.

Por último, es necesario recalcar que uno de los grandes problemas de esta sentencia es que solo se condenó a Thomas Lubanga por la comisión del delito de reclutamiento, aislamiento y uso de niños y niñas soldados. Sin embargo, no se consideró los demás crímenes cometidos por las FPLC bajo el mando de Thomas Lubanga. Con lo cual, crímenes como las violaciones sexuales cometidas contra mujeres y niñas no fueron sancionados y es por ello que todavía se les sigue negando a muchas víctimas el derecho a recibir una reparación³⁵.

II.2.1. *Desavenencias y críticas a la sentencia del caso Thomas Lubanga Dyilo*

La Sala tuvo que decidir si la naturaleza del “plan común” tenía que ser “intrínsecamente criminal” o si bastaba que tuviera un “elemento de criminalidad”. Frente a esto la Sala adoptó la segunda postura, sin embargo, requirió un elemento mínimo de criminalidad “como mínimo”. Esto quiere decir, que la implementación de un plan deberá incluir “un riesgo suficiente de que si los acontecimientos siguen su curso normal, un crimen será cometido”³⁶.

Sin embargo, algunos autores consideran que la posición adoptada por la Sala no es la más correcta puesto que la Sala estableció la necesidad de contar con un plan (reflejándolo en el elemento subjetivo) y por el otro lado la lectura de los artículos 25º inciso 3) a) y 30º del Estatuto de Roma (que son usados para llegar a la primera afirmación) nos inclinan a concluir que la comisión de un crimen no tiene que ser el objetivo último de los coautores. Puesto que si bien el plan siempre va a tener un lado objetivo y subjetivo siempre debe de ser interpretado en concordancia con la voluntad original de los coautores (la decisión de cometer un crimen). En consecuencia, no se evidencia como es que el elemento subjetivo puede demostrar que el plan siempre contiene un objetivo superior que va más allá de la simple comisión de un crimen.

Esto es más grave si consideramos el “elemento crítico de criminalidad” puesto que no estamos frente a cualquier plan; sino que estamos frente a un plan que forma la base para la comisión conjunta de un crimen y de la atribución mutua de los coautores. Este plan no puede ser predominantemente no criminal puesto que debe de contener como mínimo los crímenes concretos que serán cometidos, de lo contrario, no habría nada que podría ser atribuido a los coautores³⁷.

Respecto a la naturaleza de la contribución, la mayoría de los Magistrados argumentaron que esta debe de ser esencial. Por el contrario el Magistrado Fulford consideró que este término no tiene cabida dentro del artículo 25º inciso 3) a) del Estatuto de Roma puesto que no cumple con el requisito esencial de causalidad. Con lo cual se requeriría, para el Magistrado Fulford, la mera constatación que la contribución esté directa o indirectamente vinculada con el crimen. Esta posición evitaría un análisis sobre cómo se hubieran desarrollado los acontecimientos si es que el acusado no hubiera estado involucrado³⁸.

³⁴ CIDH. “CIDH saluda la primera sentencia de la Corte Penal Internacional en la que se pronuncia sobre el reclutamiento de niños soldados” <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2012/031.asp>>.

³⁵ La Sala constató que estos niños fueron sujeto de severos entrenamientos y castigos y a pesar de que se sostuvo que muchos de ellos habían sido víctimas de esclavitud sexual, estimó que su tratamiento había sido insuficiente al no estar presente este crimen en los cargos presentados por la fiscalía. Si bien hubo un reconocimiento a la existencia de este crimen, la Sala no se ocupó de él en particular, ni atribuyó responsabilidades de esta naturaleza al acusado, dejando un espacio para que la materia fuere discutida en futuros casos. Amnistía Internacional “Primera condena de la CPI: 14 años de prisión para Lubanga Dyilo”: <<https://www.amnesty.org/es/news/primera-condena-cpi-14-anos-prision-lubanga-2012-07-10>>

³⁶ AMBOS, Kai. “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”. InDret Revista para el análisis del Derecho, pp. 25 -26.

³⁷ Aunque el autor considera que esta postura podría ser comprendida si nos basamos en el enunciado de la Sala “el requisito del elemento subjetivo que el plan incluía la comisión del crimen será satisfecho si los coautores estaban conscientes de que en el curso ordinario de los acontecimientos, la implementación del plan tendría ese resultado”. AMBOS, Kai. “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas” InDret Revista para el análisis del Derecho. p. 27.

³⁸ Otra particularidad de la mayoría es que decide hacer una estructura jerárquica entre los modos de participación del artículo 25 párrafo 3 del ER. Considerando que el subpárrafo a) prevalece sobre el b) y d). Mientras que el Magistrado Fulford considera que de las diferentes formas de participación del artículo 25 no se puede distinguir claramente la existencia de una jerarquía. AMBOS, Kai. “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”. InDret Revista para el análisis del Derecho, p. 28.

II.3. Germain Katanga - Corte Penal Internacional

Germain Katanga es presuntamente el comandante de la Force de Resistance Patriotique en Ituri (en adelante FRPI) – República Democrática del Congo. Se le acusó ante la Corte Penal Internacional por la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad perpetrados en contra del poblado de Bogoro de enero a marzo de 2003³⁹.

La II Sala Preliminar encontró a Germain Katanga responsable de cometer crímenes de guerra y de lesa humanidad. Sin embargo, esta sentencia fue apelada y la Sala de la Corte Penal Internacional confirmó todos los cargos; a excepción de la responsabilidad de Katanga de usar a menores de 15 años para participar directamente en las hostilidades⁴⁰.

Para fundamentar esta postura la CPI concluyó que después del 24 de febrero 2003 no se había podido determinar que los niños que se encontraban bajo el dominio de la milicia eran menores de 15 años⁴¹.

Por otro lado, la Corte sí determinó que los menores de edad brindaron apoyo logístico a la milicia durante las hostilidades. Sin embargo, la Corte manifestó que no pudo encontrar un nexo directo que demostrara que Katanga usaba a los niños para participar en las hostilidades. No obstante lo antes dicho, la propia Corte concluyó que no se puede descartar la posibilidad que se haya usado niños en las hostilidades contra Bogoro pero no se podía probar que Katanga los haya usado directamente en las hostilidades y por tanto que sea responsable bajo el artículo 8º inciso 2) e) vii) del Estatuto de Roma⁴².

Si bien esta es la segunda sentencia de la Corte Penal Internacional, todo indica que en esta se ha alejado de lo establecido en el caso Thomas Lubanga. Esto debido a que en el caso Thomas Lubanga se estableció que toda

participación (directa o indirecta) que exponga a los niños a los “riesgos de los conflictos armados” debería entenderse como participación activa. Por tanto, el haber demostrado que los niños daban un apoyo logístico debió haber sido suficiente para atribuirle responsabilidad a Germain Katanga por el delito de utilización de menores de edad en las hostilidades recogido en el artículo 8º 2) e) vii) del Estatuto de Roma.

Es probable que la CPI se haya apartado de la postura establecida en el caso Thomas Lubanga considerando el siguiente razonamiento: puesto que el entender que todo menor de edad participa activamente en las hostilidades si está dentro de un grupo armado solo porque se pone en riesgo su seguridad traería como consecuencia que todos los menores de edad que son partes de grupos armados sean calificados como personas que participan directamente en las hostilidades o como combatientes⁴³. En consecuencia, todos los niños soldados serían calificados como objetivos militares válidos; es decir, podrían resultar muertos sin que esto genere ningún tipo de responsabilidad penal. Por tanto, se entendería que la CPI se haya alejado de la postura establecida en el caso Thomas Lubanga para proteger a los menores de edad restringiendo el artículo 8º inciso 2) e) vii) del Estatuto de Roma solo a participaciones directas en las hostilidades.

II.4. Reclutamiento y alistamiento de niños como crimen de genocidio

Se ha argumentado que el reclutamiento y alistamiento de menores de edad debería de ser considerado un crimen de genocidio. Sin embargo, esta no fue la postura adoptada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia y Herzegovina v. Serbia and Montenegro puesto que concluyó que no se probó la existencia del “dolus specialis” de destruir total o parcialmente a la población musulmán⁴⁴.

De manera más reciente la Corte Penal Internacional ha

³⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. “République démocratique du Congo: Germain Katanga” <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200107/Pages/democratic%20republic%2001%20the%20congo.aspx>

⁴⁰ FERRER, Isabel. “La Haya condena al congoleño Katanga por crímenes de guerra”. El País <http://internacional.elpais.com/internacional/2014/03/07/actualidad/139419115_530405.html>

⁴¹ CPI 2014 “Affaire Germain Katanga : Jugement, Chambre de première inst”. Consulta: 07 de marzo de 2014 <<http://www.youtube.com/watch?v=opRK6onD8M>> Minuto 35 – 37.

⁴² CPI 2014 “Affaire Germain Katanga : Jugement, Chambre de première inst”. Consulta: 07 de marzo de 2014 <<http://www.youtube.com/watch?v=opRK6onD8M>> Minuto 35 – 37.

⁴³ Las personas que participan en las hostilidades son denominados personas que participan directamente en las hostilidades si se encuentran en Conflictos Armados Internacionales y combatientes si se encuentran en Conflictos Armados No Internacionales.

⁴⁴ Incluso afirmó que la existencia de un plan concertado no era suficiente para crear certeza sobre la existencia del “dolus specialis”. Por otra parte, la CIJ sólo concluyó que Serbia había violado su obligación de prevenir y sancionar el crimen de genocidio en la zona de Srebrenica. ICJ. “CASE CONCERNING APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE (BOSNIA AND HERZEGOVINA v. SERBIA AND MONTENEGRO)”. 2007, pp. 198.

emitido la segunda orden de arresto contra el presidente de Sudan Omar Hassan Ahmad Al Bashir. La orden de arresto establece que hay pruebas suficientes para creer que el presidente de Sudan es responsable directo o indirecto de haber cometido el crimen de genocidio contra las comunidades Fur, Masalit y Zaghawa⁴⁵. Asimismo, dentro de los hechos que se le imputan está el traslado de niños⁴⁶.

En un caso anterior, Momir Nikolic, el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia consideró que el traslado forzoso de niños a otro grupo, en el contexto de la limpieza étnica, no constituía genocidio. Sin embargo, algunos autores consideran que sí se podría dar un caso de genocidio en el traslado forzoso de niños porque habría una intención de destruir total o parcialmente la visión de los niños respecto a su grupo de origen; o por lo menos esa sería la consecuencia. Además, el traslado de niños hace más difícil la reconstrucción de los grupos y al ser conocido esto por la gran mayoría de los grupos perpetradores se evidenciaría la intención genocida⁴⁷.

No obstante, la postura antes descrita es cuestionable en tanto que en el crimen de genocidio se debe de probar la existencia de un “*dolus specialis*” de destruir total o parcialmente a un grupo racial, étnico, nacional o religioso. Al respecto, considero que el uso de niños soldados por sí solo no constituye un crimen de genocidio porque la finalidad de este crimen suele ser tener más personal de combate. Sin embargo, si se dan otras circunstancias adicionales al uso de niños soldados sí se podría configurar un crimen de genocidio.

IV. Reparaciones

Las reparaciones en los crímenes internacionales tienen como finalidad tratar de reparar el daño produci-

do. Sin embargo, en el caso de los niños soldados las reparaciones suelen enfrentarse con la determinación de “víctima”. Por ejemplo, en el caso Thomas Lubanga la CPI ordenó que se reparara a los niños soldados y a sus familiares, pero muchas personas exigían que no se vea a estos como las únicas víctimas⁴⁸.

Por otro lado, las reparaciones también generan tensiones entre las víctimas oficiales y aquellas que no son consideradas así; tal y como sucedió en el caso Thomas Lubanga⁴⁹. Asimismo, otro problema se presenta con las reparaciones colectivas puesto que muchas de las víctimas sacrifican su seguridad al acudir a los órganos jurisdiccionales para dar su testimonio y este tipo de reparaciones benefician incluso a los que no realizaron esfuerzo alguno⁵⁰.

En el caso de Charles Taylor si bien el Tribunal Especial para Sierra Leona pudo congelar 8 millones de dólares, no pudo descubrir el destino final de millones de dólares que se encontraban en bancos de Liberia y en otros bancos mientras él se encontraba en el poder. Asimismo, como Charles Taylor se proclamó “parcialmente indigente”, frente a lo cual diferentes Estados tuvieron que financiar los gastos del Tribunal Especial para Sierra Leona⁵¹.

Sin embargo, pese a todos los problemas, se realizó un programa de reparaciones en Sierra Leona como parte del proceso de Reconciliación. Si bien este programa ha tenido frutos los primeros años; el apoyo financiero sigue siendo la necesidad más grande.

Por otro lado, en el caso de Katanga; todavía no se han dictado reparaciones puesto que la lectura sentencia se ha realizado el 07 de marzo de este año⁵².

⁴⁵ Coalition for the International Criminal Court “Cases & Situations - Darfur” <<http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=darfur&idudctp=124&order=authorasc>>

⁴⁶ Algunos autores consideran que el traslado forzoso de niños sea para ser usados como niños soldados, como personal con funciones no militares o simplemente para ser masacrados impide que el grupo se pueda reconstruir tal y como era. Por tanto cumple con la intención genocida de exterminio y termina generando las consecuencias propias del genocidio, consecuencias de las cuales los grupos perpetradores son conscientes. Para saber más sobre esta postura revisar: GROVER, Sonja C. “Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer. Exonerating Child Soldiers Charged with Grave Conflict – related International Crimes”, p. 205.

⁴⁷ GROVER, Sonja C. “Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer. Exonerating Child Soldiers Charged with Grave Conflict – related International Crimes”, pp. 199 - 205.

⁴⁸ BUENO, Olivia. “Local Communities Divided on the Question of Reparations in the Lubanga Case” <<http://www.lubangatrial.org/2012/11/07/local-communities-divided-on-the-question-of-reparations-in-the-lubanga-case/>>

⁴⁹ La defensa de Lubanga alegó que solo se debía reparar a las víctimas oficiales puesto que reparar a víctimas no oficiales, por ejemplo a las mujeres que sufrieron violencia sexual, supondría otorgarles la categoría de víctimas y atribuirle responsabilidad penal a Thomas Lubanga por delitos sin haber mediado proceso judicial previo.

⁵⁰ En el caso Thomas Lubanga se habló de solamente imponer reparaciones colectivas. Esto generó incomodidades puesto que según la ley de la República Democrática del Congo los jueces al momento de ejecutar la sentencia no podrían otorgar indemnizaciones personales a las víctimas. BUENO, Olivia “Local Communities Divided on the Question of Reparations in the Lubanga Case” <<http://www.lubangatrial.org/2012/11/07/local-communities-divided-on-the-question-of-reparations-in-the-lubanga-case/>>

⁵¹ SIMONS, Marlise y COWELL, Alan in The New York Times “50-Year Sentence Upheld for Ex-President of Liberia” <http://www.nytimes.com/2013/09/27/world/africa/charles-taylor-sierra-leone-war-crimes-case.html?_r=0>.

⁵² ICTJ “Report and Proposals for the implementation of Reparation in Sierra Leone” <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-SierraLeone-Reparations-Report-2009-English.pdf>>, pp. 14 - 15.

Conclusiones

Los niños son una población vulnerable, hoy en día, en cada conflicto armado que se desarrolla. No solo porque suelen ser usados como niños soldados por su facilidad en seguir órdenes sino porque después de los conflictos armados siguen estando en peligro. Esto es así porque muchas veces no se pueden llegar a reinserir en la sociedad, porque son satanizados por lo que fueron obligados a realizar o porque son víctimas de las minas antipersonales que cada año cobran la vida de cientos de niños en la etapa post conflicto armado.

El papel de los tribunales, como el del Tribunal Especial para Sierra Leona y el de la Corte Penal Internacional, ha sido emblemático en la búsqueda de justicia y en el restablecimiento de la paz en las sociedades afectadas por conflictos armados. Esto se evidencia en el tratamiento que le han dado los tribunales internacionales para sancionar el crimen de reclutamiento o utilización de niños soldados. Pero este trabajo debe de acompañarse de programas de reinserción y desmilitarización que permitan a los niños construir sobre sus experiencias y que no busquen borrar todo lo que han vivido negándolo.

No olvidemos que implementar programas de Justicia Transicional que incluyan espacios en los cuales se pueda reflexionar sobre lo sucedido, arrepentirse y perdonar son vitales para evitar el resurgimiento de conflictos que tengan como causa la existencia de resentimientos que nunca fueron solucionados. Lo antes dicho no quiere decir que haya impunidad, sino que se trata de entender que la democracia está hecha para todos y por tanto se deben también se debe proteger a las minorías y a los grupos vulnerables.

Lo único que nos va a garantizar que los niños no sean usados en conflictos armados es que los Estados y la sociedad civil se preocupen por evitar las causas de reclutamiento y participación. Es decir, que implementen mecanismos para reducir la pobreza, mejorar las oportunidades laborales y educativas, atender a las comunidades alejadas y mejorar las vías de participación juvenil en el desarrollo de sus comunidades. Todo esto supone que los Estados no se olviden que la democracia está hecha para todos y por tanto que el Estado debe de respetar y proteger los derechos de todos; derechos como el de educación, salud, trabajo, entre otros. 

Bibliografía

- AFRICA. “Thomas Lubanga Dyilo”. <http://www.ikuska.com/Africa/Historia/biografias/l/lubanga_thomas.htm>.
- AMBOS, Kai. “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (prosecutor v Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”. En: Revista para el análisis del Derecho.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. “Primera condena de la CPI: 14 años de prisión para Lubanga Dyilo” <<https://www.amnesty.org/es/news/primera-condena-cpi-14-anos-prision-lubanga-2012-07-10>>.
- BUENO, Olivia. “Local Communities Divided on the Question of Reparations in the Lubanga Case” <<http://www.lubangatrial.org/2012/11/07/local-communities-divided-on-the-question-of-reparations-in-the-lubanga-case/>>.
- CICR. “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario” <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p0990.htm>>.
- CIDH. “CIDH saluda la primera sentencia de la Corte Penal Internacional en la que se pronuncia sobre el reclutamiento de niños soldados” <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2012/031.asp>>.
- COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. “Cases & Situations - Darfur” <<http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=darfur&idudctp=124&order=authorasc>>.
- COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. “Thomas Lubanga sentenciado a 14 años de prisión en el primer juicio de la CP” <http://www.iccnw.org/documents/CICC_PR_DRC_Lubanga_sentencing.pdf>.
- CPI 2014 “Affaire Germain Katanga: Jugement, Chambre de première inst”. Consulta: 07 de marzo de 2014 <<http://www.youtube.com/watch?v=-opRK6onD8M>>.
- DENO, Myriam. “Child Soldier. Sierra Leona Revolutionary’s United Front”; Cambridge.
- EMOL. “La oscura historia de Lubanga, marcada por las violaciones a los DD.HH” <<http://www.emol.com/noticias/internacional/2012/07/10/549927/la-historia-de-lubanga-el-primero-en-ser-juzgado-por-cpi.html>>.
- FERRER, Isabel. En: El País “La Haya condena al congoleño Katanga por crímenes de guerra” <http://internacional.elpais.com/internacional/2014/03/07/actualidad/1394191115_530405.html>.
- GROVER, Sonja C. “Child Soldier Victims of Genocidal

Forcible Transfer. Exonerating Child Soldiers Charged with Grave Conflict – related International Crimes”.

- ICTJ. “No debemos considerar a los ex niños soldado solamente victimas” <<http://ictj.org/es/news/no-debemos-considerar-ex-ninos-soldado-victimas>>.
- ICTJ. “ICTJ Reporta la infancia y la juventud” <<http://www.ictj.org/es/news/ictj-reporta-la-infancia-y-la-juventud>>
- ICTJ. “Expertos Internacionales se reúnen en Freetown para reflexionar sobre el legado del Tribunal Especial para Sierra Leona” <<http://ictj.org/es/news/expertos-internacionales-se-reunen-en-freetown-para-reflexionar-sobre-el-legado-del-tribunal>>.
- ICTJ. “CASE CONCERNING APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE (BOSNIA AND HERZEGOVINA v. SERBIA AND MONTENEGRO)” 2007.
- ICTJ. “Report and Proposals for the implementation of Reparation in Sierra Leone” <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-SierraLeone-Reparations-Report-2009-English.pdf>>.
- IEI. “La corte penal internacional” <<http://www.iei.uchile.cl/noticias/83987/caso-lubanga-la-corte-penal-internacional-se-abre-camino>>.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. “LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I- LE PROCUREUR c. THOMAS LUBANGA DYILO” <<http://www.icc-cpi.int/icc-docs/doc/doc1462060.pdf>>.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. “République démocratique du Congo: Germain Katanga” <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200107/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx>.
- NACIONES UNIDAS. “Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Niños y los Conflictos Armados: Niños Soldados” <<http://www.un.org/spanish/special-rep/children-armed-conflict/issues/childsoldiers.html>>.
- PERIODISMO HUMANO. “¿Quién es Thomas Lubanga?” <<http://periodismohumano.com/sociedad/libertad-y-justicia/%C2%BFquien-es-thomas-lubanga-2.html>>.
- SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. “Prosecutor vs Charles Taylor: Trial Chamber II” <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=U6xCITNg4tY%3d&tabid=107>>.
- SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. “Prosecutor vs Charles Taylor: In the Appeals Chamber” <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=t14fjFP4jJ8=&tabid=191>>.
- SIMONS, Marlise y COWELL, Alan. En The New York Times “50-Year Sentence Upheld for Ex-President of Liberia” <http://www.nytimes.com/2013/09/27/world/africa/charles-taylor-sierra-leone-war-crimes-case.html?_r=0>.