

Volume/Volumen **1**

ISSNe: 2711-4236

ILCR

INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS

Informes de la Clínica Jurídica Internacional

Director

Héctor Olasolo

Editors/Editores

R.J. Blaise MacLean

Clara Esperanza Hernández Cortés

Andrés Sánchez Sarmiento



Universidad del
Rosario



ILCR

INTERNATIONAL LAW
CLINIC REPORTS

Informes de la Clínica Jurídica Internacional

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
BOGOTÁ, D.C.
2020

ILCR International Law Clinic reports = Informes de la Clínica Jurídica Internacional / R.J. Blaise MacLean, Clara Esperanza Hernández Cortés, Andrés Sánchez Sarmiento, editores. -- Bogotá: Universidad del Rosario, 2020. 146 páginas (Volumen 1, julio 2020). Incluye referencias bibliográficas. ISSN: 2711-4236

Palabras claves: 1. Derecho penal internacional --informes. 2. Derecho internacional humanitario. 3. Justicia internacional 4. Corte Penal Internacional – informes 5. Jurisprudencia. 6. Derecho penal. 7. Crímenes de lesa humanidad.

Autores: I. Benjumea, William. II. Bonilla, Vanessa. III. Bosdriesz, Hanna. IV. Buck, Kerrin. V. Buitrago, Lina. VI. Caballero, Lina M. VII. Cabrales, Andrea. VIII. Canosa, Jannluck. IX. Castillo, María A. X. Celedón, Fabiola. XI. González, Laura D. XII. González, Yuri. XIII. Guadarrama, Andrea. XIV. Guerra, María E. XV. Herrera, Lorena. XVI. Jácome, Carlos G. XVII. Jaramillo, Álvaro. XVIII. López, María P. XIX. Mácher, Melissa. XX. Mané, Carmen S. XXI. Martínez, Agustín. XXII. Quijano, Laura M. XXIII. Ramírez, Karen. XXIV. Restrepo, Bernardo. XXV. Restrepo, Laura M. XXVI. Rodríguez, Ana L. XXVII. Rodríguez, Daniela. XXVIII. Serrano, Juan C. XXIX. Suárez, Daniela. XXX. Tole, Juan S. XXXI. Urrea, Juan S. XXXII. Villarraga, Luisa. XXXIII. Wirken, Sander. XXXIII. Universidad del Rosario.

341.77 SCDD 20

Catalogación en la fuente -- Universidad del Rosario. CRAI

JAGH

agosto 10 de 2020

ILCR INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS Informes de la Clínica Jurídica Internacional

Content and scope of the war crime of ordering an act of displacement of the civilian population under Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute

Contenido y alcance del crimen de guerra de ordenar un acto de desplazamiento de la población civil conforme al artículo 8(2)(e)(viii) del Estatuto de la CPI

Are girls under the age of 15, who are taken as wives or partners by members of an armed group participating in a non-international armed conflict, protected from sexual violence perpetrated against them by their partners or by other members of the armed group to which they belong?

¿Se encuentran protegidas las esposas o compañeras menores de 15 años de los miembros de las partes en un conflicto armado no internacional frente a la violencia sexual ejercida por sus propias parejas o por otros miembros del grupo al que pertenecen?

Does the practice by the Lord's Resistance Army of abduction of children constitute the crime against humanity of torture, persecution or other inhuman acts under the Statute of the International Criminal Court?

¿Es la práctica del secuestro de niños por el Ejército de Liberación del Señor un crimen de lesa humanidad de tortura, persecución u otros tratos inhumanos conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional?

Epilogue: Evidence of facts underlying the contextual elements of crimes against humanity in ICC decisions on the confirmation of charges

Epílogo: La prueba de los hechos subyacentes a los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad en las decisiones de confirmación de cargos de la CPI

ILCR

INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS

Informes de la Clínica Jurídica Internacional

Director

Héctor Olasolo

Editors/Editores

R.J. Blaise MacLean

Clara Esperanza Hernández Cortés

Andrés Sánchez Sarmiento

Authors/Autores

William Benjumea, Vanessa Bonilla, Hanna Bosdriesz, Kerrin Buck, Lina Buitrago, Lina M. Caballero, Andrea Cabrales, Jannluck Canosa, María A. Castillo, Fabiola Celedón, Laura D. González, Yuri González, Andrea Guadarrama, María E. Guerra, Lorena Herrera, Carlos G. Jácome, Álvaro Jaramillo, María P. López, Melissa Mácher, Carmen S. Mané, Agustín Martínez, Laura M. Quijano, Karen Ramírez, Bernardo Restrepo, Laura M. Restrepo, Ana L. Rodríguez, Daniela Rodríguez, Juan C. Serrano, Daniela Suárez, Juan S. Tole, Juan S. Urrea, Luisa Villarraga, Sander Wirken

Forward / Prólogo

Sylvia H. Steiner

Judge/Jueza (2003-2016)

International Criminal Court/Corte Penal Internacional

ILCR
INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS
Informes de la Clínica Jurídica Internacional

ISSNe: 2711-4236
https://doi.org/10.12804/issne.2711-4236_10336.25448_fdj

Director

Héctor Olasolo (Spain / España)
Chair in International Law, Universidad del Rosario
(Colombia) / Chairman, Ibero-American Institute of
The Hague for Peace, Human Rights and International
Justice (The Netherlands)

Editors/Editores

R. J. Blaise MacLean (Canada / Canadá)
Adjunct Professor of International Law, Universidad del
Rosario (Colombia)

Clara Esperanza Hernández Cortés (Colombia)
Research Assistant, Universidad del Rosario (Colombia)

Andrés Sánchez Sarmiento (Colombia)
Research Assistant, Universidad del Rosario (Colombia)

Editorial Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia

Fredy Johan Espitia Ballesteros
Diseño carátula y diagramación

Primera edición: agosto de 2020

* Las opiniones de los artículos solo comprometen a los
autores y en ningún caso a la Universidad del Rosario.
No se permite la reproducción total ni parcial sin la
autorización de los autores.

Todos los derechos reservados



Universidad
del Rosario

Principal
José Alejandro Cheyne

Vice-Principal
Sergio Andrés Pulgarín Molina

Treasurer
Miguel Francisco Diago Arbeláez

Registrar
Catalina Lleras Figueroa

Dean of the Faculty of Law
José Alberto Gaitán Martínez

Vice-Dean of the Faculty of Law
Laura Victoria García Matamoros

Office of Public Counsel for
Victims (OPCV)

Principal Counsel
Paolina Massidda

Ibero-American Institute of
The Hague (IIH)

Chairman
Héctor Olasolo

Registrar
Romina Catera

Treasurer
Piet Williams

Contents

Director.....	11
Editors / Editores	12
Authors / Autores.....	13
Table of Abbreviations / Índice de abreviaturas	16
The International Law Clinic / La Clínica Jurídica Internacional...	20
The relevance for victims of the Lubanga and Ntaganda cases / La importancia de los casos Lubanga y Ntaganda para las víctimas.....	24
Foreword / Prólogo.....	36

PART I: ENGLISH VERSION

1. Content and scope of the war crime of ordering an act of displacement of the civilian population under Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute.....	41
1.1. Introduction	41
1.2. Ordering the displacement of the civilian population as a punishable preparatory act, and its relation to the crime against humanity of forcible displacement.....	41
1.3. Objective and subjective elements.....	45
1.4. Capacity to cause the displacement of the civilian population through the order	47

1.5. Lack of justification on the ground of civilian security or military necessity	48
1.6. Table of jurisprudence.....	50
1.7. Doctrine	51
1.8. Resolutions, reports and other documents.....	52
2. Are girls under the age of 15, who are taken as wives or partners by members of an armed group participating in a non-international armed conflict, protected from sexual violence perpetrated against them by their partners or by other members of the armed group to which they belong?	53
2.1. Introduction	53
2.2. Is there any limitation to IHL protection of the civilian population in NIACs because of affiliation to a party to the conflict?	55
2.3. Are girls who act as ‘wives’ or ‘partners’ of members of the parties to a NIAC members of these groups?	56
2.4. Do ‘wives’ or ‘partners’ of members of the parties to a NIAC carry out activities of direct participation in hostilities?	58
2.5. The scope of the special protection of girls under 15 years of age in NIACs	61
2.6. Conclusion	64
2.7. Table of jurisprudence.....	65
2.8. Doctrine	66
2.9. Resolutions, reports and other documents.....	67
3. Does the practice by the Lord’s Resistance Army of abduction of children constitute the crime against humanity of torture, persecution or other inhuman acts under the Statute of the International Criminal Court?.....	69
3.1. Introduction	69

3.2. The specific elements of the crime against humanity of torture under Article 7(1)(f) and (2)(e) of the ICC Statute and the EC.....	73
3.3. The specific elements of the crime against humanity of persecution under Article 7(1)(h) of the ICC Statute and EC	77
3.4. The specific elements of the crime against humanity of other inhumane acts under Article 7(1)(k) of the ICC Statute and the EC.....	80
3.5. Conclusion	82
3.6. Table of jurisprudence.....	82
3.7. Doctrine	84
3.8. Resolutions, reports and other documents.....	84
Epilogue.....	86
Evidence of fact unerlying the contextual elements of crimes against humanity in ICC decisions on the confirmation of charges	86
The ICC Pre-Trial Chamber I’s decision on the confirmation of charges against Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui	86
The ICC Pre-Trial Chamber II’s decision on the confirmation of charges against Jean Pierre Bemba.....	87
The ICC Pre-Trial Chamber II’s decision on the confirmation of charges against William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang	88
The ICC Pre-Trial Chamber II’s decision on the confirmation of charges against Uhuru Muigai Kenyatta	89
Conclusion	89
Table of jurisprudence.....	90

PART II: SPANISH VERSION

Contenido

Director.....	11
Editors / Editores	12
Authors / Autores.....	13
Table of Abbreviations / Índice de abreviaturas.....	16
The International Law Clinic / La Clínica Jurídica Internacional...	20
The relevance for victims of the Lubanga and Ntaganda cases / La importancia de los casos Lubanga y Ntaganda para las víctimas.....	24
Foreword / Prólogo	36

PARTE I: VERSIÓN EN INGLÉS

PARTE II: VERSIÓN EN ESPAÑOL

4. Contenido y alcance del crimen de guerra de ordenar un acto de desplazamiento de la población civil conforme al artículo 8(2)(e)(viii) del Estatuto de la CPI.....	92
4.1. Introducción.....	92
4.2. Ordenar el desplazamiento de la población civil como un acto preparatorio punible, y su relación con el crimen de lesa humanidad de desplazamiento forzado	93
4.3. Elementos objetivos y subjetivos.....	96
4.4. La capacidad de provocar el desplazamiento de la población civil a través de la orden.....	98

4.5. La ausencia de justificación por razones de seguridad de las personas civiles o por necesidad militar.....	100
4.6. Índice de jurisprudencia	102
4.7. Doctrina	103
4.8. Resoluciones, informes y otros documentos	104
5. ¿Se encuentran protegidas las esposas o compañeras menores de 15 años de los miembros de las partes en un conflicto armado no internacional frente a la violencia sexual ejercida por sus propias parejas o por otros miembros del grupo al que pertenecen?	105
5.1. Introducción.....	105
5.2. ¿Existe alguna limitación en la protección del DIH a la población civil en los CANIs por razón de su filiación a alguna de las partes en el conflicto?	107
5.3. ¿Son las niñas que actúan como ‘esposas’ o ‘compañeras’ de quienes integran las partes en un CANI miembros de las mismas?	108
5.4. ¿Desarrollan las esposas o compañeras de los miembros de las partes en un CANI actividades de participación directa en las hostilidades?	110
5.5. Alcance del régimen de protección especial de las niñas menores de 15 años en los CANIs.....	113
5.6. Conclusión	117
5.7. Índice de jurisprudencia	118
5.8. Doctrina	119
5.9. Resoluciones, informes y otros documentos	120
6. ¿Constituye la práctica del secuestro de niños por el Ejército de Liberación del Señor un crimen de lesa humanidad de tortura, persecución u otros tratos inhumanos conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional?	122
6.1. Introducción.....	122

6.2. Los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de tortura conforme al artículo 7(1)(f) y (2)(e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los EC	126
6.3. Los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de persecución conforme al artículo 7(1)(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los EC	131
6.4. Los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos conforme al artículo 7(1)(k) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los EC.....	134
6.5. Conclusión	136
6.6. Índice de jurisprudencia	136
6.7. Doctrina	138
6.8. Resoluciones, reportes y otros documentos	138
Epílogo.....	140
La prueba de los hechos subyacentes a los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad en las decisiones de confirmación de cargos de la CPI....	140
La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I relativa a la confirmación de cargos contra Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui.....	140
La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II relativa a la confirmación de cargos contra Jean-Pierre Bemba	141
La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II relativa a la confirmación de cargos contra William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang.....	142
La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de confirmación de cargos contra Uhuru Muigai Kenyatta	143
Conclusión	144
Índice de jurisprudencia	144

Director

Héctor Olosolo (Spain / España)

Law Degree, Salamanca University (Spain); LL.M. in Law, Columbia University (USA); Ph.D. in Law, Salamanca University (Spain). Prof. Olosolo is the chairman of the Ibero-American Institute of The Hague for Peace, Human Rights and International Justice (“IIH”) and holds the chair in International Law at *Universidad del Rosario* (Colombia), where he is also the director of the International Law Clinic, the *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (Ibero-American Yearbook of International Criminal Law) and the Postgraduate Programs (Specialization and Master) in International Law. Prof. Olosolo previously held the chair in International Criminal Law at the Utrecht University in The Netherlands (2010–2012) and served as legal officer in chambers of the International Criminal Court (2004–2010) and the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (2002–2004). He was also a legal adviser to the Spanish Delegation to the Preparatory Commission for the International Criminal Court (1999-2002).

Licenciado en Derecho, Universidad de Salamanca (España); LL.M. en Derecho, Universidad de Columbia (EE. UU.); Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). El Prof. Olosolo es presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (‘IIH’), y se desempeña como profesor titular de carrera de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde es también el director de la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y los programas de postgrado (Especialización y Maestría) en Derecho Internacional. El Prof. Olosolo ha ocupado anteriormente la cátedra de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht en los Países Bajos (2010–2012) y se ha desempeñado como letrado de la Corte Penal Internacional (2004–2010), asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2002–2004) y asesor jurídico de la Delegación Española ante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002).

Editors / Editores

R. J. Blaise MacLean (Canada/á)

BA. Acadia University, Wolfville, Nova Scotia (Canada); LL.B. (Law Degree) Dalhousie University, Halifax, Nova Scotia; B.Ed. York University, Toronto, Ontario, (Canada); Adjunct Professor of International Law, Faculty of Law, *Universidad del Rosario* (Colombia); Member of the International Law Association (Colombia Branch); Member of the Nova Scotia Bar / *BA. Universidad de Acadia, Wolfville, Nueva Escocia (Canadá) / Pregrado en Derecho, Dalhousie University, Halifax Nova Scotia (Canadá); B.Ed. Universidad de York, Toronto, Ontario (Canadá); Profesor Adjunto de Derecho Internacional, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario (Colombia); Miembro de la Asociación de Derecho Internacional (Colombia); Miembro del Colegio de Abogados (Bar) de Nueva Escocia.*

Clara Esperanza Hernández Cortés (Colombia)

International Relations and Law Degrees, *Universidad del Rosario* (Colombia); Research Assistant, Faculty of Law, *Universidad del Rosario / Pregrados en Relaciones Internacionales y Derecho, Universidad del Rosario (Colombia); Joven Investigadora, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.*

Andrés Sánchez Sarmiento (Colombia)

Law Degree, *Universidad del Rosario* (Colombia); Research Assistant, Faculty of Law, El Rosario University / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario (Colombia); Joven Investigador, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.*

Authors / Autores

William Benjumea de Lima (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Lina Marcela Buitrago Valderrama (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Vanessa Bonilla Tovar (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Hanna Bosdriesz (The Netherlands / Países Bajos)

Visiting Researcher / *Investigadora Visitante*, *Leiden University* (The Netherlands)

Kerrin Buck (Ireland / Irlanda)

Visiting Researcher / *Investigador Visitante*, *Network of Humanitarian Action*,
University College Dublin (Dublin, Ireland)

Lina María Caballero Martínez (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Andrea Catalina Cabrales Villamizar (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Jannluck Canosa Cantor (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

María Alejandra Castillo Montilla (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Fabiola Celedón Fernández (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Laura Daniela González Guerrero (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Yuri Katherine González Herrera (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Andrea Guadarrama Prado (México)

Visiting Researcher / *Investigadora Visitante*, *University of Notre Dame* (USA)

María Elvira Guerra Cújar (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Lorena Herrera Santamaría (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Carlos Gabriel Jácome Romero (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Álvaro Pío Jaramillo García (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

María Paula López Velásquez (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Melissa Mácher Reyes (Perú)
Visiting Researcher / *Investigadora Visitante, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)*

Carmen Suleika Mané Granados (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Agustín Eugenio Martínez Elías (México)
Visiting Researcher / *Investigador Visitante, Universidad Santo Tomás de Aquino* (Bogotá, Colombia)

Laura Marcela Quijano Ortiz (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Bernardo Restrepo Noriega (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Karen Johana Ramírez González (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Laura María Restrepo Acevedo (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Daniela Rodríguez Cuenca (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Ana Lucía Rodríguez Mora (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Juan Camilo Serrano Uribe (Colombia)
Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia)

Daniela Suárez Vargas (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

Juan Sebastián Tole Ramírez (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

Juan Sebastián Urrea Rodríguez (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

Luisa Fernanda Villarraga Zschommler (Colombia)

Law Degree / *Pregrado en Derecho*, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

Sander Wirken (The Netherlands / Países Bajos)

Visiting Researcher / *Investigador Visitante*, Amsterdam University (Amsterdam, The Netherlands)

Table of Abbreviations

AC	Appeals Chamber
ALC	<i>Armée de Liberation du Congo</i>
AP I	Additional Protocol I to the Geneva Conventions
AP II	Additional Protocol II to the Geneva Conventions
APs	Additional Protocols to the Geneva Conventions
CAH	Crime(s) Against Humanity
CAR	Central African Republic
CCVS	Centre for Children in Vulnerable Situations
DRC	Democratic Republic of the Congo
EC	Elements of the Crimes of the International Criminal Court
ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
ECtHR	European Court of Human Rights
Ed(s).	Editor(s)
GC(s)	Geneva Convention(s)
FNI	<i>Front des Nationalistes et Intégrationnistes</i>
FPLC	<i>Forces Patriotiques pour la Libération du Congo</i>
FRPI	<i>Force de Résistance Patriotique d'Ituri</i>
IAC	International Armed Conflict
IACtHR	Inter-American Court of Human Rights
ICC	International Criminal Court
ICL	International Criminal Law
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IHL	International Humanitarian Law
IHRL	International Human Rights Law
IIH	Ibero-American Institute of The Hague for Peace, Human Rights and International Justice
ILC	International Law Clinic

LRA	<i>Lord's Resistance Army</i>
MLC	<i>Mouvement pour la Libération du Congo</i>
MONUC	United Nations Mission in the Democratic Republic of Congo
NGO	Non-Governmental Organization
NIAC	Non-International Armed Conflict
No.	Number
ODM	<i>Orange Democratic Movement</i>
OPCV	Office of Public Counsel for Victims of the International Criminal Court
p./pp.	Page(s)
para(s).	Paragraph(s)
PNU	<i>Party of National Unity</i>
PTC	Pre-Trial Chamber
SCSL	Special Court for Sierra Leone
SGBV	Sexual and Gender-Based Violence
STDs	Sexually Transmitted Diseases
TFV	Trust Fund for Victims of the International Criminal Court
TC	Trial Chamber
UPDF	<i>Uganda People's Defence Force</i>
UN	United Nations
UPC	<i>Union des Patriotes Congolais</i>
Vol.	Volume

Índice de abreviaturas

ALC	<i>Armée de Liberation du Congo</i>
CAI	Conflicto Armado Internacional
CANI	Conflicto Armado No Internacional
CICR	Comité Internacional para la Cruz Roja
CLH	Crímenes de Lesa Humanidad
CPI/ICC	Corte Penal Internacional
CG(s)	Convención(es) de Ginebra
CJI	Clínica Jurídica Internacional
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIP	Derecho Internacional Penal
EC	Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
Ed(s).	Editor(es)
FNI	<i>Front des Nationalistes et Intégrationnistes</i>
FPLC	<i>Forces Patriotiques pour la Libération du Congo</i>
FRPI	<i>Force de Résistance Patriotique d'Ituri</i>
IIH	Instituto Ibero-americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional
LRA	<i>Lord's Resistance Army</i>
MLC	<i>Mouvement pour la Libération du Congo</i>
MONUC	Misión de la Organización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo
No.	Número
NU/UN	Naciones Unidas
ODM	<i>Orange Democratic Movement</i>
ONG	Organización No-Gubernamental

OPCV	Oficina de Defensoría Pública de Víctimas de la Corte Penal Internacional
p./pp.	Página(s)
PA I	Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra
PA II	Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra
PAs	Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra
para(s)	Párrafo(s)
PNU	<i>Party of National Unity</i>
RCA	República Centroafricana
RDC	República Democrática del Congo
SA	Sala de Apelaciones
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SETC/ECCC	Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya
SPI	Sala de Primera Instancia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TESL/SCSL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TFV	Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional
TPIR/ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY/ICTY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
UPC	<i>Union des Patriotes Congolais</i>
UPDF	<i>Uganda People's Defence Force</i>
Vol.	Volumen

The International Law Clinic

The International Law Clinic (ILC) is held annually in collaboration with the Office of Public Counsel for Victims (OPCV) of the International Criminal Court (ICC) and the Ibero-American Institute of The Hague for Peace, Human Rights and International Justice (IIH). Over a year the members of the ILC undertake intensive training and form a research group, which is devoted to respond to one or several legal problems raised by the OPCV. Once the research work is finished, the results are translated into English and put in a report that is sent and presented orally to the OPCV in The Hague (The Netherlands).

The comprehensive training project of the International Law Clinic revolves around the ILC members, who become the central figure in the training process, which is based on the understanding that knowledge is obtained mainly through observation, experimentation and reasoning. In this process of a non-directive nature, the main function of the professor is to raise problems and put forward various possible alternatives to address them, which will have to be resolved jointly by ILC members through teamwork. The ILC training process also aims at providing tools to those who participate in it to articulate a coherent way of being in and understanding the world, by discussing human and social values and problems, and fostering the dream of young people for a different international society that makes life meaningful to them (the Pedagogical Project of the International Law Clinic can be consulted at: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Proyecto-Pedagogico/>).

The International Law Clinic was started in the second half of 2011 by Prof. Héctor Olasolo, with the collaboration of Profs. Andrea Mateus and Mauricio Vanegas, as well as then research assistant Andrés Contreras. As of the first semester of 2013, Prof. Olasolo became a full-time career professor at *Universidad del Rosario* (Colombia) and director of the International Law Clinic. Since then, the ILC has been developed under his direction and with the collaboration of an excellent group of research Assistants acting as supervisors of the members of the ILC.

In 2013, the ILC became an annual programme with a semester of training and another of research and report writing. In 2014, the ILC initiated the International Internship Program for undergraduate students coming from universities outside Colombia. Interns spend 10 weeks in Bogotá, and then travel to the Hague with the other ILC members to present their report(s) orally

to the OPCV staff members and to participate in the Ibero-American Week of International Justice, which is organized every year by the IIH. Moreover, since 2015, the ILC International Research Stays Program provides the opportunity to postgraduate students, doctoral candidates and professors coming from universities outside Colombia to participate in the ILC. More information on these programs can be found at: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Convocatoria-Fuera-de-Colombia/> and at <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/clinica-internacional-sobre-derecho-internacional-penal-y-humanitario>).

Héctor Olasolo

Director, International Law Clinic

La Clínica Jurídica Internacional

La Clínica de Derecho Internacional (CJI) se realiza anualmente en alianza con la Oficina de Defensoría Pública para las Víctimas (OPCV) de la Corte Penal Internacional (CPI) y el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH). Durante un año, los miembros de la CJI realizan una capacitación intensiva y forman un grupo de investigación dedicado a responder a uno o varias cuestiones jurídicas planteadas por la OPCV. Una vez finalizado el trabajo de investigación, los resultados se traducen al inglés y se incluyen en un informe que se envía y presenta oralmente a los miembros de la OPCV en La Haya (Países Bajos).

El proyecto de capacitación integral de la Clínica de Derecho Internacional gira en torno a los miembros de CJI, que se convierten en la figura central en el proceso de formación, el cual se basa en la comprensión de que el conocimiento se obtiene principalmente a través de la observación, la experimentación y el razonamiento. En este proceso de naturaleza no directiva, la función principal del profesor es plantear problemas y presentar varias alternativas posibles para abordarlos, que deberán ser resueltos conjuntamente por los miembros de CJI a través del trabajo en equipo. El proceso de capacitación de la CJI también se dirige a proporcionar herramientas a aquellos que participan en él para articular una forma coherente de estar y comprender el mundo, discutiendo los valores y problemas humanos y sociales, y fomentando el sueño de los jóvenes de una sociedad internacional diferente que les dote de sentido a la vida (el Proyecto Pedagógico de la Clínica de Derecho Internacional se puede consultar en: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Proyecto-Pedagogico/>).

La CJI se inició en la segunda mitad de 2011 por el Prof. Héctor Olasolo, con la colaboración de la Prof. Andrea Mateus y del Prof. Mauricio Vanegas, así como del entonces joven investigador Andrés Contreras. A partir del primer semestre de 2013, el Prof. Olasolo asumió su actual posición de profesor titular de carrera a tiempo completo en la Universidad del Rosario (Colombia) y director de la Clínica Jurídica Internacional. Desde entonces, la CJI se ha desarrollado bajo su dirección, y con la colaboración de un excelente grupo de jóvenes investigadores que han actuado como supervisores de los miembros de CJI.

Desde 2013, la CJI se convirtió en un programa anual con un semestre de formación y otro de investigación y redacción de informes. En 2014, se abrió el Programa de Pasantías Internacionales de la CJI para estudiantes universitarios

provenientes de universidades de fuera de Colombia. Los pasantes pasan 10 semanas en Bogotá, y luego viajan a La Haya con los otros miembros de CJI para presentar sus informes oralmente a los funcionarios internacionales de la OPCV y participar en la Semana Iberoamericana de Justicia Internacional, que organiza cada año el IIH. Así mismo, desde 2015, el Programa Internacional de Estancias de Investigación en la CJI brinda la oportunidad a estudiantes de postgrado, doctorando y profesores provenientes de universidades de fuera de Colombia para participar en la CJI. Mayor más información sobre estos programas se puede encontrar en: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Convocatoria-Fuera-de-Colombia/> y en <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/clinica-internacional-sobre-derecho-internacional-penal-y-humanitario>).

Héctor Olasolo

Director, Clínica Jurídica Internacional

The relevance for victims of the Lubanga and Ntaganda cases*

The Lubanga proceedings and its implications for victims

On 14 March 2012 Trial Chamber I of the International Criminal Court (ICC) delivered its judgment in the case of Mr. Thomas Lubanga Dyilo, former President of the *Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (UPC/FPLC). Lubanga was found guilty of conscripting and enlisting children under the age of 15 and using them to participate actively in hostilities in the Ituri region in the Democratic Republic of the Congo (DRC) between 2002 and 2003. On 10 July 2012, Lubanga was sentenced to 14 years of imprisonment. The judgment and sentence have been confirmed on appeal.

This case is particularly significant for the development of jurisprudence concerning child soldiers. It builds upon relevant decisions of other tribunals and sets a very high standard for the prohibition of the use of child soldiers. It applies even if, for example, their families support their actions due to the circumstances of the conflict. A high threshold for accountability is also established in relation to children who played an ‘indirect role’ (who were forced to carry out daily activities which might not necessarily require the use of weapons or combat). Indeed, in examining the level of danger to which the child was exposed, the judges “[f]ound that both the ‘child’s support and this level of consequential risk’ meant that a child could be actively involved in hostilities even if he or she was absent from the immediate scene of the conflict”.

While the judgement marked a significant step against the punishment of crimes of conscripting and enlisting children under the age of 15 and using them to participate actively in hostilities, it was also criticized for its overly narrow focus. In particular, sexual and gender-based violence (SGBV) crimes were not included in the charges despite the notorious fact that such crimes were committed as part of the recruitment practice, as shown during the trial by numerous witnesses who testified to this effect. This was at best inconsistent

* The views expressed in this piece are solely the ones of the author and should in no way be attributed to the International Criminal Court.

with a growing appreciation that crimes and human rights violations specific to women are not just a casualty of conflicts, but a deliberate tool thereof.

The exclusion of sexual and gender-based violence (SGBV) crimes led to disappointment among victims who considered that the presentation of the Prosecution case did not fully consider what happened to them and the extent of their victimization. In turn, the choice by the Prosecution to not charge any gender-based crimes limited the possibility for victims to assert reparations claims for the damages suffered. This is in contrast to the increasing international recognition that justice demands the strengthened implementation of gender-sensitive reparations schemes.

The Lubanga case was also the first proceeding in which the reparations procedure was triggered. On 7 August 2012, the Trial Chamber issued its decision establishing principles and procedures to be applied to reparations. The judges indicated two goals of reparations, namely, to oblige perpetrators to “repair the harm” caused, and “to ensure that offenders account for their acts”. The Chamber considered it unnecessary to remain seized throughout the reparations proceedings and refrained from issuing a reparation order against Lubanga in light of his indigence. It found, instead, that reparations should be awarded “through” the Trust Fund for Victims and tasked the Fund with the dual mandate to determine and apply the appropriate forms of reparation.

This approach caused disappointment among victims and triggered several appeals. In particular, victims questioned the fact that the convicted person was not considered liable for reparations, that the Chamber only adopted a collective approach to reparations and that judicial functions were delegated to the Trust Fund.

On 3 March 2015, the Appeals Chamber reversed the Trial Chamber’s decision issuing an Amended Order for Reparations.

The Appeals Chamber’s most important conceptual clarification was the establishment of the principle of accountability of the convicted person towards victims which complements the punitive dimensions of the ICC. In particular, the Chamber recognized a “principle of liability to remedy harm”, which flows “from the individual criminal responsibility” of the perpetrator. It specified that the accountability of the offender must be “expressed” through an order “against” the convicted person and that the indigence of the latter is not an obstacle to the imposition of liability for reparations.

This finding was a clear victory for victims who sought express judicial acknowledgment of accountability, independently of the convicted person’s indigence.

The Appeals Chamber also stressed the need for legal certainty and held that a judicial reparation order must contain at least five “essential elements”. Moreover, the decision made it clear that the establishment of accountability

towards victims through reparation proceedings may be an asset *per se*, sending a clear message that the Court should not rush over reparation decisions, but listen to victims and pay greater attention to their harm.

Following the Appeal's Judgment, the new Trial Chamber - to which the matter was referred to for implementing the Amended Reparations Order - adopted a methodology allowing the efficient collection of new dossiers of potential beneficiaries of reparations, in order to inform the court of the total amount of reparations for which Lubanga would be liable.

Consequently, on 15 December 2017, the Trial Chamber found that 425 new victims would qualify for reparations awarded in the case and issued a decision setting the amount of Lubanga's liability for reparations at USD 10,000,000.00. In this regard, the Chamber justified its decision taking into account that the scope of a convicted person's liability is in the circumstances of the case, proportionate to the harm caused and, among other things, his or her participation in the commission of the crimes for which he or she has been found guilty.

Importantly, the Chamber recognized that evidence established the existence of hundreds or even thousands of additional victims affected by the convicted person's crimes, indicating that the Trust Fund for Victims should continue to assess - at the implementation stage of reparations - the files of potential beneficiaries who were not in a position to submit a dossier on time.

The implementation of reparations awards has still not begun at the time of writing (March 2020) due to still very volatile security situation in Ituri and the Ebola and COVID-19 outbreak in the region.

The Ntaganda proceedings and its implications for victims

On 8 July 2019 Trial Chamber VI delivered its judgment in the case of Mr. Bosco Ntaganda. Ntaganda was found guilty of war crimes and the crimes against humanity of murder, pillaging, intentional attacks against the civilian population, rape, sexual slavery, persecution, conscription of minors under the age of 15 and using them to participate actively in hostilities, deportation and forcible transfer of population, attacks against protected objects, and destruction of the adversary's property committed in the Ituri region in the DRC between 2002 and 2003. On 7 November 2019, Ntaganda was sentenced to 30 years of imprisonment. Appeals against the judgment and the sentence are ongoing at the time of writing.

The Ntaganda case is unique in that the accused held a senior position when the crimes for which he has been convicted were committed. The case is

also important in several aspects: (i) because of its broad scope which allows for the depiction of the full range of experiences of Congolese victims and the full range of the brutalities they endured; (ii) because it is the first case judged on the situation in the Democratic Republic of the Congo to include charges of SGBV, and (iii) because it is the first time that the ICC has charged acts of rape and sexual slavery committed against child soldiers under an official's command, within a militia group, as well as against civilians.

While the case against his predecessor, Lubanga, contributed to truth and justice around child recruitment in the FPLC, the broad set of charges brought against Ntaganda reflected the wide range of atrocities committed against the population in the Ituri region and answered the needs of victims for truth and justice.

Moreover, the case represents a significant step forward in the recognition of crimes of sexual violence against members of perpetrator's own armed group. Indeed, the Trial Chamber determined that the ICC has jurisdiction over the war crime of rape and sexual slavery under Article 8(2)(e)(vi) of the ICC Statute where the victims belong to the same armed forces as the alleged perpetrators. In particular, the Chamber found that, provided there is a nexus to the armed conflict, rape and sexual slavery against any person is prohibited, and that therefore members of the same armed force are not *per se* excluded as potential victims of said crimes.

In this regard, the judges determined, “[w]hile most of the express prohibitions of rape and sexual slavery under international humanitarian law appear in contexts protecting civilians and persons *hors de combat* in the power of a party to the conflict, the Chamber does not consider those explicit protections to exhaustively define, or indeed limit, the scope of the protection against such conduct”. To arrive at this conclusion, they undertook a textual, contextual and historical analysis of the pertinent provisions of the Statute, and considered that the “established framework of international law” allowed such conclusion as a result of a teleological interpretation of the Geneva Conventions, the Additional Protocols and of the case law of *ad hoc* tribunals; as well as the rationale of the IHL.

The ruling was upheld by the Appeals Chamber which confirmed that the Statute does not import a status requirement. The appellate judges carried out an autonomous assessment on whether such status requirement could be derived from the “established framework of international law” to which article 21 of the Statute refers for interpretative purposes. Despite the admitted lack of relevant state practice and the contrary evidence coming from the post-war trials and the Special Court for Sierra Leone's case law, the Appeals Chamber concluded that IHL does not categorically exclude protection for victims of crimes in intra-party relations. With particular regard to rape and sexual

slavery, judges concluded that there are no compelling reasons to put limits on who may be victim of such conduct based on status, considering that sexual violence is never justified or necessitated in armed conflicts. The judges on appeal further acknowledged the “unprecedented” character of this conclusion but considered the resulting extension of the scope of criminal responsibility for war crimes permissible both under the Statute (thereby rejecting the Defense’s concerns on the principle of legality) and the established framework of international law.

Finally, in relation to the crime of sexual slavery, the Trial Chamber found that Ntaganda was responsible as commander for the acts committed by his subordinates against (i) several captured victims who were deprived of their liberty for a prolonged period of time, forced into sexual intercourse and to undertake tasks such as carrying goods and cooking; as well as against (ii) former child soldiers who were subjected to repeated acts of sexual violence by use of force, threat of force or coercion, or taking advantage of the coercive environment in which they were obliged to remain, exercising therefore some of the powers attached to the right of ownership.

By virtue of the convictions of the accused, in both cases reparations proceedings are opened: in the Lubanga case at the stage of implementation of reparations award; in the Ntaganda case at the very preliminary stage and a reparation order has not yet been issued.

As the Lubanga case has shown, reparations proceedings entail a long judicial procedure, triggering, therefore, the question of the actual benefit for victims. Indeed, lengthy reparations proceedings have negative effects because of continuous traumatization or re-traumatization, thus increasing victims’ fatigue and causing new grievances.

Moreover, there is a more fundamental question as to whether and how the perpetrator-centered reparation regime at the ICC can redress damages in specific situations, without creating further harm and societal division. These tensions are even more apparent in proceedings where patterns of victimization reflected in the analysis of crimes and charges may privilege the harm of one group while side-lining the victimization suffered by others. In this regard, the Lubanga case involved predominantly perpetration and victimization within the Hema population; while in the Ntaganda case the majority of the victims were of Lendu ethnicity.

Yet reparations are about more than just responding to victims’ basic needs. Reparations must respond to the real impact of violations in victims’ lives and at the same time be received as sincere efforts on the part of the larger society to acknowledge what happened and to provide some real measure of justice to those harmed. Moreover, reparations in restoring the dignity of the victims can help to create the conditions necessary for reconciliation. The community

dialogue provides an opportunity for victims and their families to discuss the underlying causes of the conflict, and to address community understandings and perceptions that can prevent or fuel conflict. This process will help to rebuild trust within and between communities, and foster reconciliation.

Paolina Massidda

Principal Counsel, Office of Public Counsel for Victims
International Criminal Court

La importancia de los casos Lubanga y Ntaganda para las víctimas*

El proceso de Lubanga y sus implicaciones para las víctimas

El 14 de marzo de 2012, la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional (CPI) dictó sentencia en el caso del Sr. Thomas Lubanga Dyilo, ex presidente de la *Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (UPC/FPLC). Lubanga fue declarado culpable de reclutar o alistar a niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades en la región de Ituri en la República Democrática del Congo (RDC) entre 2002 y 2003. El 10 de julio de 2012, Lubanga fue condenado a 14 años de prisión. La sentencia y la decisión de determinación de la pena han sido confirmadas en apelación.

El caso es particularmente importante para el desarrollo de la jurisprudencia sobre niños soldados porque, con base en la jurisprudencia de otros tribunales, afirma la existencia de un nivel de exigencia alto con respecto a la prohibición de utilizar niños soldados, que es aplicable incluso si sus respectivas familias apoyan la participación de los menores en el conflicto debido a las circunstancias. Así mismo, también afirma la existencia de un nivel de exigencia alto a la hora de rendir cuentas por las funciones desempeñadas por los niños que asumen un ‘papel indirecto’ en el conflicto porque se ven obligados a realizar actividades diarias que no requieren necesariamente el uso de armas o la participación en el combate. De hecho, al realizar el análisis del nivel de peligro, los jueces ‘concluyeron que tanto el ‘apoyo del niño como el nivel de riesgo derivado del mismo’ implican que se podría participar activamente en las hostilidades incluso estando ausente de la escena inmediata del conflicto’.

Si bien el caso ha supuesto un avance significativo en el castigo de los crímenes de guerra de reclutar o alistar a niños menores de 15 años y de utilizarlos para que participen activamente en las hostilidades, también ha sido criticado por realizar un análisis considerablemente limitado. En particular,

* Las opiniones expresadas en este trabajo son exclusivamente del autor y de ninguna manera pueden ser atribuidas a la Corte Penal Internacional.

los crímenes de violencia sexual y de género no se incluyeron en los cargos a pesar de haber sido cometidos como parte de la práctica de reclutamiento, como afirmaron numerosos testigos a lo largo del juicio. Esto es incompatible con la creciente percepción de que los crímenes y las violaciones de derechos humanos cometidos en los conflictos contra mujeres no son accidentales, sino que son fruto de una estrategia deliberada.

La exclusión de los crímenes de violencia sexual y de género ha causado desilusión entre las víctimas porque creen que la Fiscalía, al presentar su caso, no ha tenido en consideración ni todo lo que les sucedió, ni el alcance de su victimización. A su vez, la decisión de la Fiscalía de no imputar ningún crimen de género privó a las víctimas de este tipo de delitos de la posibilidad de solicitar una reparación por los daños sufridos, lo que contrasta con el creciente reconocimiento internacional de la necesidad de fortalecer el establecimiento de esquemas de reparación con sensibilidad de género.

El caso Lubanga ha sido también el primer proceso ante la CPI en el que se ha desarrollado el procedimiento de reparación. El 7 de agosto de 2012, la Sala de Primera Instancia I emitió la decisión sobre los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones. Para la Sala, la reparación tiene dos objetivos, a saber, obligar a los autores a reparar el daño causado, y garantizar que estos responden por sus actos. No obstante, la propia Sala entendió que no era necesario mantener su competencia sobre estas materias durante las actuaciones de reparación, y se abstuvo de emitir una orden de reparación contra Lubanga debido a su indigencia. De esa manera, consideró que las reparaciones debían ser ejecutadas a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas, y encargó al Fondo el doble mandato de determinar y aplicar las modalidades más adecuadas de reparación.

Este enfoque causó desilusión entre las víctimas y resultó en numerosas apelaciones en las que las víctimas cuestionaron en particular los siguientes tres aspectos de la decisión de la Sala: (i) que al condenado no se le hubiera atribuido ninguna responsabilidad sobre las reparaciones; (ii) que la Sala hubiera adoptado únicamente un enfoque colectivo; y (iii) que la Sala hubiera delegado sus competencias judiciales al Fondo Fiduciario.

El 3 de marzo de 2015, la Sala de Apelaciones revocó la decisión de la Sala de Primera Instancia y emitió una nueva orden de reparación. La conclusión más importante de la Sala de Apelaciones fue la afirmación del principio de responsabilidad civil del condenado frente a las víctimas, que le obliga a reparar el daño causado, y que se deriva de su responsabilidad penal. La Sala de Apelaciones hizo énfasis en que dicho principio ha de verse reflejado en la emisión de una orden de reparación contra el condenado, de manera que su indigencia no impida el reconocimiento de su responsabilidad en materia de reparación. Esto supuso una clara victoria para las víctimas que buscaban el

reconocimiento judicial explícito de dicha responsabilidad, independientemente de la indigencia del condenado.

La Sala de Apelaciones también subrayó la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y sostuvo que una orden de reparación judicial debe contener cinco ‘elementos esenciales’. Además, la decisión dejó claro que el reconocimiento de la responsabilidad frente a las víctimas a través de los procedimientos de reparación tiene valor en sí mismo porque envía el mensaje de que la CPI no se toma a la ligera las decisiones de reparación, sino que escucha a las víctimas y presta la mayor atención a los daños sufridos.

Después de la sentencia de la apelación, la Sala de Primera Instancia a la que se le asignó el caso para que ejecutara la nueva orden de reparación, adoptó una metodología que le permitió recopilar de manera eficiente nuevos informes sobre posibles beneficiarios de reparaciones con el fin de calcular el monto total por el que Lubanga era responsable.

Consecuentemente, el 15 de diciembre de 2017, la Sala de Primera Instancia concluyó que 425 nuevas víctimas cumplían con los requisitos para recibir reparaciones, estableciendo en diez millones de dólares la cantidad total a abonar por Lubanga a las víctimas. La Sala justificó su decisión recordando que el alcance de la responsabilidad del condenado debe ser, a la luz de las circunstancias específicas del caso, proporcional al daño causado y a su grado de participación en la comisión de los crímenes por los cuales ha sido declarado culpable, entre otros factores.

Es importante destacar que la Sala reconoció que la prueba establecía la existencia de cientos o incluso miles de víctimas de los crímenes del condenado, lo que implica que el Fondo Fiduciario para las Víctimas debe continuar evaluando, en la etapa de ejecución de las reparaciones, los informes de posibles nuevos beneficiarios que no haya estado en condiciones de presentar su expediente a tiempo.

Sin embargo, en el momento en que este texto ha sido redactado (marzo 2020), el proceso de ejecución de las reparaciones no comenzado todavía debido a la grave situación de inseguridad que vive Ituri y el brote de Ébola y COVID-19 en la región.

El proceso de Ntaganda y sus implicaciones para las víctimas

El 8 de julio de 2019, la Sala de Primera Instancia VI de la CPI dictó sentencia en el caso del Sr. Bosco Ntaganda, quien fue declarado culpable de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de asesinato, saqueo, ataques intencionales contra

la población civil, violación, esclavitud sexual, persecución, reclutamiento y utilización activa en hostilidades de menores de 15 años, deportación, traslado forzoso, ataques contra bienes protegidos y destrucción de bienes del enemigo, todo ello cometido en la región de Ituri en la RDC entre 2002 y 2003. El 7 de noviembre de 2019, Ntaganda fue condenado a 30 años de prisión. Las apelaciones contra la sentencia y la decisión de determinación de la pena están en curso al momento.

El caso Ntaganda es único en el sentido de que el acusado tenía una posición *senior* cuando se cometieron los crímenes por los que fue condenado. El caso también es relevante en varios aspectos: (i) debido a su amplio alcance, permite identificar la diversidad de experiencias de las víctimas congoleñas y la gama completa de abusos que soportaron; (ii) es el primer caso juzgado en relación con la situación en la República Democrática del Congo que incluye cargos de violencia sexual y de género; y (iii) es la primera vez que la CPI ha imputado cargos por actos de violación y esclavitud sexual cometidos tanto contra niños soldados que forman parte de la cadena de mando de un grupo armado organizado, como contra civiles.

Si bien el caso contra su predecesor, Lubanga, ha contribuido a la verdad y la justicia en torno al reclutamiento de niños por parte del FPLC, el amplio conjunto de cargos presentados contra Ntaganda refleja la amplia gama de atrocidades cometidas contra la población en la región de Ituri y responde a las necesidades de las víctimas de obtener verdad y justicia.

Además, el caso supone un importante avance en el reconocimiento de los crímenes de violencia sexual cometidos por integrantes del mismo grupo armado al que pertenecen las víctimas y en la jurisdicción de la CPI sobre estos delitos conforme al artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto de la CPI. Así, para la Sala de Primera Instancia, siempre que haya un nexo con el conflicto armado, la violación y la esclavitud sexual contra cualquier persona están prohibidas, y, por lo tanto, los miembros de un mismo grupo armado no están excluidos *per se* de ser víctimas potenciales de dichos crímenes.

Según los jueces, ‘mientras la mayoría de las prohibiciones expresamente recogidas en el DIH contra la violación y la esclavitud sexual se dan en contextos que protegen a civiles y personas fuera de combate bajo el poder de una parte en el conflicto, la Sala no considera que estas disposiciones definan exhaustivamente, o de hecho limiten, el alcance de la protección frente a tales conductas’. Para llegar a esta conclusión, realizaron un análisis literal, contextual e histórico de las disposiciones pertinentes del Estatuto, concluyendo que el marco establecido por el Derecho Internacional permite tal afirmación, como resultado de una interpretación teleológica de los Convenios de Ginebra, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*; así como de la razón de ser del DIH.

La decisión fue confirmada por la Sala de Apelaciones, al considerar que el Estatuto de la CPI no recoge ningún requisito sobre la condición de las víctimas. Los jueces de la Sala de Apelaciones realizaron una evaluación autónoma sobre si dicho requisito podría derivarse del marco normativo establecido por el Derecho Internacional, al que se refiere el artículo 21 del Estatuto para fines interpretativos. A pesar de reconocer tanto la ausencia de práctica estatal relevante como la prueba que en sentido contrario ofrecen los juicios que tuvieron lugar tras la II Guerra Mundial y la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona, la Sala de Apelaciones concluyó que el DIH no excluye totalmente la protección de las víctimas de crímenes cometidos al interior de una parte en el conflicto.

Respecto de la violación y la esclavitud sexual específicamente, los jueces afirmaron que no hay razones convincentes para limitar el reconocimiento como víctima a quienes padecen tales conductas en función de su condición, al considerar que la violencia sexual nunca está justificada, ni es necesaria, dentro de un conflicto armado. Además, la Sala de Apelaciones reconoció el carácter 'sin precedentes' de esta conclusión, sin dejar de tener en cuenta el alcance de la responsabilidad penal por crímenes de guerra, tanto en virtud del Estatuto (rechazando así las preocupaciones de la Defensa sobre el principio de legalidad), como a la luz del marco normativo establecido por el Derecho Internacional.

Finalmente, en relación con el crimen de esclavitud sexual, la Sala de Primera Instancia concluyó que Ntaganda era responsable como comandante por los actos cometidos por sus subordinados contra (i) varias víctimas que fueron privadas de su libertad por un período prolongado de tiempo y fueron forzadas a tener relaciones sexuales y a realizar tareas como transportar mercancías y cocinar; y (ii) ex niños soldados que fueron sometidos a repetidos actos de violencia sexual mediante coerción, amenaza o uso de la fuerza, o aprovechando el entorno coercitivo en el que se vieron obligados a permanecer, ejerciendo, de esta manera, facultades propias del derecho de propiedad.

A raíz de las condenas de los acusados, los procedimientos de reparación en los dos casos objeto de estas reflexiones han sido iniciados: mientras en el caso Lubanga nos encontramos en la etapa de ejecución de la orden de reparación, en el caso Ntaganda permanecemos en la etapa preliminar sin que se haya emitido aun una orden de reparación. Como ha demostrado el caso Lubanga, las actuaciones de reparación implican un largo proceso judicial, lo que no hace preguntarnos cuál es verdaderamente el beneficio real para las víctimas. De hecho, los largos procedimientos de reparación tienen efectos negativos, debido a la continua victimización o revictimización de las víctimas, lo que las desgasta y les genera nuevos padecimientos.

A la luz de lo anterior, surge la pregunta sobre si el régimen de reparaciones de la CPI, que se basa en la responsabilidad del condenado, puede reparar los daños causados en una determinada situación, y cómo podría hacerlo sin generar más daño y divisiones sociales. Estas tensiones son aún más evidentes en los procedimientos donde los patrones de victimización recogidos en los cargos privilegian el análisis del daño sufrido por un determinado grupo, dejando en un segundo plano el daño sufrido por otros. Así, mientras el caso Lubanga se ha centrado principalmente en la victimización de la comunidad Hema, en el caso Ntaganda la mayoría de las víctimas son de la etnia Lendu.

Además, las reparaciones no pueden limitarse a hacer frente a las necesidades básicas de las víctimas, sino que deben responder al impacto real del daño que les ha sido causado y han de ser percibidas como un esfuerzo sincero de la sociedad en general para reconocer lo sucedido y proporcionar una medida real de justicia a los perjudicados. Así mismo, las reparaciones que restauran la dignidad de las víctimas pueden ayudar a crear las condiciones necesarias para la reconciliación. De esta manera, el diálogo comunitario brinda una oportunidad para que las víctimas y sus familias discutan las causas subyacentes del conflicto, y socialicen las percepciones de la comunidad que previenen o alimentan el conflicto. Este proceso ayuda a reconstruir la confianza tanto dentro de las comunidades como entre las mismas, y fomenta la reconciliación.

Paolina Massidda

Abogada Principal, Oficina de Defensoría Pública de Víctimas
Corte Penal Internacional

Foreword

The International Criminal Court was created with the aim of fighting impunity in the face of the commission of serious crimes, thereby contributing to the construction of a stable and lasting peace. From the moment of its creation, the Court has been dedicated in its work to achieve this objective within the framework of the Rome Statute. For almost twenty years, it has not only held those responsible for the commission of atrocities accountable for their actions, but also ensured that the interests and voices of victims can be heard and recognized as justice is delivered.

It is undeniable that the mandate of the Court is extensive and complex. In order to translate its objectives into realities, the Court is reliant upon on the collaboration of multiple actors in the international community. A clear example of this are those States which are part of the Rome Statute, whose cooperation is necessary to guarantee the good work of the ICC. They provide their assistance in highly relevant areas such as the arrest and turning over of suspects, the execution of sentences or the relocation of witnesses in situations of risk, among many other things. For its part, the civil society, as a key actor in the international community, also plays an essential role for the ICC.

As part of the civil society, the actions of the academic community, in whose hands lie the world leaders of tomorrow, are of fundamental importance in spreading the mandate, and the work and values of the ICC both nationally and internationally, as well as in promoting a better understanding of the justice system created by the Rome Statute and International Criminal Law. The academic community is of particular relevance at the national level, as it can conduct studies aimed at identifying aspects requiring improvement within national justice systems, thereby influencing their strengthening through the promotion of the Statute's standards in decision-making spaces. These opportunities, accordingly, manifest that academic institutions constitute key actors in the model of global justice of which the Court seeks to raise awareness.

Through the public information and communications section of its Secretariat, the ICC actively advocates for the consolidation and strengthening of its ties with academic institutions. In this way, the Court seeks to promote academic efforts through its platforms, making available to students, teachers and / or researchers different alternatives that may benefit their training. So, for example, the Court's website compiles a wide variety of academic resources that can be consulted by members of the public who are interested in studying

the Rome Statute system in greater depth. These resources range from legal instruments translated into various languages, to manuals, research articles, and model courses for the teaching of International Criminal Law and the ICC. Along these lines, the Court also has an internship program that offers students and recent graduates the opportunity to increase their knowledge and to gain a practical focus on the work of the Court.

One very important aspect of this relationship is the valuable contribution that academic institutions make to the Court in addressing legal problems and issues that the ICC regularly faces, through research and the creation and dissemination of knowledge. In particular, the work carried out by the academic community provides valuable legal tools for the interpretation of the provisions of the Statute and its complementary instruments in accordance with the system of sources set forth in article 21, and sometimes assisting the parties to procedures in the preparation of solid arguments to strengthen the positions they represent.

It is within this context that the framework of the innovative International Legal Clinic Program, since 2013 has been developed through the cooperation of the Office of Public Defender of Victims of the International Criminal Court (OPCV) together with the Faculty of Jurisprudence of *Universidad del Rosario* (Colombia) and the Hague Ibero-American Institute for Peace, Human Rights and International Justice (Netherlands). The results of this fruitful collaboration process, which for almost a decade has been effectively led by Prof. Héctor Olasolo - whom I met in New York in 1999 when he served as legal adviser to the Spanish delegation in the Preparatory Commission of the Court, and who subsequently joined my work team at the ICC between 2004 and 2010 before his departure first for the University of Utrecht (Netherlands), and later to *Universidad del Rosario* - are the base upon which the excellent collection that from 2020 is offered to us in English and Spanish under the title International Law Clinic Reports / Informes de la Clínica Jurídica Internacional has been built.

The International Criminal Court represents an opportunity to provide justice to victims of war crimes, crimes against humanity, genocide and the crime of aggression, and to prevent these crimes from being committed again. However, the overall objective of the Court, of fighting impunity, can only be achieved to the extent that the efforts of different actors in the international community are directed towards that goal. The cooperation of academic institutions is essential in this cause which, as ex-Secretary General of the United Nations, Kofi Annan, has underlined, “is the cause of humanity.”

Sylvia H. Steiner
Judge (2003-2016)
International Criminal Court

La Corte Penal Internacional fue creada con el objetivo de luchar contra la impunidad frente a la comisión de graves crímenes y contribuir así a la construcción de una paz estable y duradera. Desde el momento de su creación, la Corte ha trabajado de manera comprometida siguiendo dicho objetivo en el marco del Estatuto de Roma. Su labor por casi veinte años ha permitido no sólo que aquellos responsables por la comisión de atrocidades rindan cuentas por sus actos, sino que los intereses y voces de las víctimas pueden ser escuchados y reconocidos al impartir justicia.

Es innegable que el mandato de la Corte es extenso y complejo. A fin de traducir sus objetivos en realidades, la Corte se apoya en la colaboración de diversos actores de la comunidad internacional. Un claro ejemplo, son los Estados que son parte del Estatuto de Roma, cuya cooperación es necesaria para garantizar el buen hacer de la CPI. Éstos brindan su asistencia en aspectos de alta relevancia como la detención y entrega de sospechosos, la ejecución de las penas o la reubicación de testigos en situaciones de riesgo, entre otros muchos. Por su parte, la sociedad civil, como actor clave en la comunidad internacional, juega también un rol esencial para la CPI.

Como parte de la sociedad civil, la actuación de la comunidad académica, en cuyas manos están los líderes mundiales de mañana, es de fundamental importancia para difundir el mandato, el trabajo y los valores de la CPI tanto a nivel nacional como internacional, y promover un mejor entendimiento del sistema de justicia creado por el Estatuto de Roma y del Derecho Internacional Penal. La comunidad académica tiene una particular relevancia en el ámbito nacional, en tanto puede conducir estudios destinados a identificar aspectos de mejora en los sistemas de justicia nacionales e incidir en su fortalecimiento a través de la promoción de los estándares del Estatuto en espacios de toma de decisiones. Estas oportunidades, principalmente, generan que las instituciones académicas constituyan actores clave en el modelo de justicia global sobre el que la Corte busca generar conciencia.

La CPI apuesta de manera activa, a través de la sección de información pública y comunicaciones de su Secretaría, por la consolidación y afianzamiento de sus vínculos con instituciones académicas. De esta manera, la Corte busca promover esfuerzos académicos a través de sus plataformas, poniendo a disposición de estudiantes, docentes y/o investigadores diferentes alternativas que puedan beneficiar su formación. Así, por ejemplo, el sitio web de la Corte recopila una amplia variedad de recursos académicos que pueden ser consultados por el público interesado en estudiar con mayor profundidad el sistema del Estatuto

de Roma. Estos recursos incluyen desde instrumentos legales traducidos a varios idiomas, hasta manuales, artículos de investigación y cursos modelos para la enseñanza del Derecho Internacional Penal y la CPI. Así mismo, la Corte cuenta también con un programa de pasantías que ofrece a estudiantes y recién graduados la oportunidad de incrementar sus conocimientos y ganar un enfoque práctico sobre el trabajo de la Corte.

Un aspecto muy importante de esta relación es el valioso aporte que las instituciones académicas realizan a la Corte al abordar problemas y cuestiones jurídicas que la CPI normalmente enfrenta, a través de la investigación y creación y difusión del conocimiento. En particular, la labor realizada desde la comunidad académica ofrece valiosas herramientas jurídicas para la interpretación de las disposiciones del Estatuto y de sus instrumentos complementarios conforme al sistema de fuentes recogido en su artículo 21, asistiendo en ocasiones, a las partes procesales en la preparación de argumentos sólidos para fortalecer las posiciones que defienden.

Es en este contexto en el que se enmarca el innovador Programa de Clínica Jurídica Internacional desarrollado desde 2013 mediante la cooperación de la Oficina de Defensoría Pública de Víctimas de la Corte Penal Internacional (OPCV) con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) y el Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Los resultados de este fructífero proceso de colaboración, que a lo largo de casi una década ha sido eficazmente dirigido por el Prof. Héctor Olasolo – a quien conocí en Nueva York en 1999 cuando se desempeñaba como asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte, y que posteriormente conformó mi equipo de trabajo en la CPI entre 2004 y 2010 antes de su marcha a la Universidad de Utrecht (Países Bajos) primero, y a la Universidad del Rosario después –, son la base sobre la que se construye la excelente colección que a partir de 2020 se nos ofrece en inglés y en español bajo el título *International Law Clinic Reports / Informes de la Clínica Jurídica Internacional*.

La Corte Penal Internacional representa una oportunidad de brindar justicia a víctimas de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y el crimen de agresión, y prevenir que estos crímenes vuelvan a cometerse. No obstante, el objetivo global de la Corte de luchar contra la impunidad solo podrá ser alcanzado en la medida en que los esfuerzos de diferentes actores de la comunidad internacional se dirijan unidos hacia dicho horizonte. La cooperación de las instituciones académicas es esencial en esta causa que, como subrayó el ex Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, ‘es la causa de la humanidad.’

Sylvia H. Steiner

Jueza (2003-2016)

Corte Penal Internacional

PART I

ENGLISH VERSION

1. Content and scope of the war crime of ordering an act of displacement of the civilian population under Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute*

1.1. Introduction

This work addresses the question of whether an ‘order’ alone is punishable under Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute, regardless of the execution of the unlawful displacement. It also addresses the objective and subjective elements of this war crime, applicable to NIACs, in light of the following notions of (i) punishable preparatory acts; (ii) ‘ordering’ as mode of individual criminal liability; (iii) effective control under superior’s responsibility; and (iv) indirect perpetration as an organized structure of power. This work concludes with a brief analysis of the notions of civilian safety and military necessity, as grounds for exemption from criminal liability.

1.2. Ordering the displacement of the civilian population as a punishable preparatory act, and its relation to the crime against humanity of forcible displacement

Ordering the forcible displacement of a civilian population is forbidden by: (i) Article 17 of AP II,¹ (ii) Rule 129 (B) of the ICRC’s study on customary

* Written by the following members of the 2014 International Law Clinic: William Benjumea de Lima, Kerrin Buck, Laura Daniela González Guerrero, Andrea Guadarrama Prado, María Elvira Guerra Cújar, Álvaro Pío Jaramillo García, Melissa Macher Reyes, Agustín Eugenio Martínez Elías, Bernardo Restrepo Noriega, Daniela Rodríguez Cuenca, Daniela Suárez Vargas and Juan Sebastián Tole Ramírez. The research was conducted in 2014 under the supervision of Prof. Héctor Olasolo.

1 For Article 17 of AP II: ‘1. The displacement of the civilian population shall not be ordered for reasons related to the conflict unless the security of the civilians involved or imperative military reasons so demand [...]. 2. Civilians shall not be compelled to leave their own territory for reasons connected with the conflict.’

IHL,² and (iii) Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute. The latter prohibits '[o]rdering the displacement of the civilian population for reasons related to the conflict, unless the security of the civilians involved or imperative military reasons so demand.'

Article 17 of AP II does not prohibit the 'order' itself. It only forbids the actual *act* of forcible displacement of the civilian population. For Willms, this is the most appropriate interpretation of the prohibition against ordering a forcible displacement, because, if only the order, but not the actual act of forcible displacement, is considered a crime, governments and insurgents would be encouraged to resort to indirect means to carry out acts of forcible displacement.³ This would be in contradiction to the object and purpose of AP II, which is to ensure better protection for the victims of NIACs.⁴ The preparatory works of AP II strengthen Willms interpretation because they use the expression 'forcible displacement' to include both direct and indirect means of carrying it out.⁵

Most national legislation, and national case law, also forbid forcible displacement, without requiring the existence of an actual order.⁶ Likewise, there are several resolutions of the UN Security Council and the UN General Assembly that condemn forcible displacement as such.⁷ From these resolutions it can be inferred that States supporting such resolutions agree that an actual order is not necessary to condemn forcible displacement.

According to Rule 129 (B) of the ICRC's study on *Customary International Humanitarian Law*, parties to a NIAC must avoid any act of displacement

2 Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC, Rule 129 (B). According to this Rule, '[p]arties to a non-international armed conflict may not order the displacement of the civilian population, in whole or in part, for reasons related to the conflict, unless the security of the civilians involved or imperative military reasons so demand.'

3 Willms, J. (2009), 'Without order anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 375, pp. 547-565, p. 551.

4 *Idem*.

5 ICRC (1971), *Conference of government experts on the reaffirmation and development of International Humanitarian Law applicable in armed conflicts 24 May - 12 June 1971*, Vol. VI, p. 29, n. 9.

6 The following instances of State practice contain an explicit reference to NIACs: (i) Canada: Law of Armed Conflict Manual (2004), p. 17 (under the heading of violations of AP II); (ii) Colombia: Basic Military Manual (1995), p. 77; (iii) The Netherlands: Military Manual (1993), p. ix; (iv) New Zealand: Military Manual (1992), para. 1823(1); (v) Georgia, Criminal Code (1999), Article 411(2). Some national tribunals have also taken this approach. See for instance the Constitutional Court of Colombia, *Judgment*, May 18, 1995, Constitutional Case No.: C-225/95, para. 33.

7 United Nations, Security Council, Resolution 1556 (2004), *Report of the Secretary-General on the Sudan*, July 30, 2004, UN Doc. No.: S/RES/1556; United Nations, General Assembly, Resolution 61/232 (2007), *Situation of human rights in Myanmar*, March 13, 2007, UN Doc. No.: A/RES/61/232; United Nations, General Assembly, Resolution 55/116 (2001), *Situation of human rights in Sudan*, March 12, 2001, UN Doc. No.: A/RES/55/116.

caused by their own acts,⁸ especially those caused by acts contrary to IHL.⁹ Thus, for the ICRC, the use of direct and indirect means, which may cause the displacement, are also forbidden.

Regarding Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute, doctrine is divided. On the one hand, it is highlighted that the scope of application of this war crime must be broadly interpreted. As a result, according to the object and purpose of the prohibition contained in AP II, ‘ordering’ should be interpreted as any voluntary action that causes the displacement.¹⁰

A second position argues that Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute punishes the issuance of the order of displacement as a preparatory act,¹¹ regardless of the execution of the act of displacement.¹² According to this interpretation, any action different from issuing an order (for instance, instigating) would not be included in Article 8(2)(e)(viii). In support of this position, Dörmann holds that the first element of the crime was drafted for the purpose of underlining the criminal liability of the person who issues the order (and not of those who carry out the act of displacement in furtherance of the order).¹³

The roots of Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute can be traced back to Article 17 of AP II, which has been interpreted by the ICRC as establishing an obligation that the parties to a NIAC not carry out an act that directly or indirectly may cause the displacement of the civilian population. Nevertheless, the literal interpretation of Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute expressly forbids ‘ordering the displacement of the civilian population.’

In addition to the clarity of the language used in Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute to define the war crime of ‘ordering the displacement’, Article 22 (2) of the ICC Statute requires the definition of such crime to be strictly construed, and not to be extended by analogy. Hence, it is not possible to resort to the interpretative criteria provided for in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties to extend the scope of application of the crime of ‘ordering the displacement.’

8 Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *supra* n. 2, p. 461.

9 *Idem*.

10 Sivakumaran, D. (2002), *The law of non-international armed conflict*, Oxford University Press, p. 285.

11 Roch, M.P. (1996), ‘Forced displacement in the former Yugoslavia: a crime under International Law?’, *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, p. 14; Carey, C.M. (1999), ‘Internal displacement: is prevention through accountability possible? A Kosovo case study’, *American University Law Review*, Vol. 43, p. 267.

12 According to Byron, who quotes Zimmerman, the expression ‘ordering’ narrows the scope of unlawful displacement. According to this provision, situations where conflict-related dangers compelled civilians to escape are not included as part of the crime. See: Byron, C. (2013), *Studies in International Law: war crimes and crimes against humanity in the ICC Statute of the International Criminal Court*, Manchester, Manchester University Press, p. 184.

13 Dörmann, K. (2003), *Elements of war crimes under the ICC Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC, p. 472.

As a result, while in Article 17 of AP II, the parties to a NIAC are responsible for acts that directly, or indirectly, cause displacement of the civilian population, this is not the case for Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute. According to the latter, criminal liability only arises from the issuance of an order to displace, regardless of whether such an order leads to an act of displacement.

Therefore, Article 8(2)(e)(viii) contains the second punishable preparatory act provided for in the ICC Statute: the first one being the public and direct incitement to commit genocide provided for in Article 25(3)(g) of the ICC Statute. According to this last provision, provoking a third party to commit a crime entails, by itself, criminal liability if the act was ‘public’ and ‘direct.’¹⁴ It is not necessary to prove that the expected result of genocide was achieved.¹⁵ In addition, from a subjective perspective, the crime of incitement requires the intent to trigger the commission of genocide by a third party.¹⁶ In other words, the relevant intent is the instigator’s intent to cause the required state of mind in a third party.¹⁷

Cassese argues that the punishable preparatory acts contained in the ICC Statute are not limited to these two types, but also include the issuance of any order that instructs the commission of any of the crimes provided for in the ICC Statute. Therefore, for this author, anyone who gives an illegal order incurs criminal liability, even if their subordinates did not execute the order. Hence, it would be sufficient for a superior to be criminally liable for ‘ordering’, if the superior intended for the order to be executed and knew that it would cause the commission of a crime provided for in the ICC Statute. According to Cassese, the case of Jacob H. Smith, tried in 1902 by a US Martial Court, and the case of Wilhem List *et al.* (known as ‘the hostages case’), tried in 1947 by a US Military Court under Law No. 10 of the Allied Control Council, support his interpretation.¹⁸

Nevertheless, as seen in the next section, international case law since the 1990s does not follow this approach. On the contrary, it considers that, unless expressly provided for (as in Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute), ordering constitutes, under International Criminal Law, a mode of liability for a crime that has been completed (or at least attempted).

14 ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T, paras. 554-558.

15 ICTR, the Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze, Trial Chamber I, *Judgment*, December 3, 2003, Case No.: ICTR-99-52-T, para. 678.

16 Abtani, H. & Webb, P. (2008), *The genocide convention: the travaux préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.

17 ICTR, *Akayesu Trial Judgment*, *supra* n. 14, para. 560.

18 Cassese, A., Baig, L., Fan, M., Gaeta, P., Gosnell, C. & Whiting, A. (2013), *Cassese’s International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2 Ed., p. 204.

As a consequence, the International Law Clinic finds it necessary to resort to other provisions contained in the ICC Statute (such as the crime of forcible displacement contained in the Article 7(1)(i)) to affirm criminal liability for acts different from ‘ordering’, which directly or indirectly have led to the displacement of the civilian population. According to Art. 7(1)(i) of the ICC Statute, it is necessary for the act of displacement to have been carried out, or at least to have been attempted. Moreover, it is necessary for the contextual elements of CAH provided for in Art. 7 of the ICC Statute to be proven. Hence, the act of displacement must be part of a widespread or systematic attack against a civilian population in furtherance of the policy of a State or organization.

1.3. Objective and subjective elements

According to the EC, the war crime of ordering the displacement of the civilian population in NIACs is comprised of the following elements:

1. The perpetrator ordered a displacement of a civilian population.
2. Such order was not justified for the security of the civilians involved or by military necessity.
3. The perpetrator was in a position to effect such displacement by giving such order.
4. The conduct took place in the context of, and was associated with, an armed conflict not of an international character.
5. The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict.

In the absence of ICC case law on Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute, the analysis focuses on the case law of other international criminal tribunals on “ordering” as a mode of liability for a crime that has been completed, or at least attempted. Moreover, in the following two sections, the requirement that ‘the person was in a position to effect displacement by giving an order’, and the lack of justification due to the security of civilians or military necessity will be analyzed. The last two of the above elements will not be studied because they are common to all war crimes.

The case law of the *ad hoc* tribunals provides for the objective and subjective elements of an order. The first element requires the order (be it implicit or explicit, oral or written) to be given by a superior in a position of authority regarding the material perpetrator, or the intermediate commander, who

receives the order.¹⁹ Consequently, it is possible to have a chain of orders passed through several levels of intermediate commanders.

Since ordering an act of displacement constitutes a punishable preparatory act, according to Article 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute, there is no need to reach the stage of attempt. As a result, the position of authority should be understood as relative to those who receive the order. Thus, to prove the position of authority, it is first necessary to identify those to whom the order is issued and their positions within the group.²⁰

It is important to highlight that the superior issuing the order may have a position of authority over small-armed groups having limited operational capacity, such as small paramilitary groups. He can also hold a position of authority over intermediate commanders or material perpetrators, who do not belong to the same organization (for instance, a military commander responsible for an area in which a paramilitary group operates, who instructs the head of such paramilitary group to commit crimes).²¹ Hence, to prove the existence of a position of authority, there is no need to prove a superior-subordinate relationship (the latter is no more than *indicia* of the existence of a position of authority).²²

An omission without a previous positive act cannot constitute an order.²³ Although an omission is not an order, it can be considered as circumstantial evidence of the existence of a previous positive act amounting to an order.²⁴

Regarding the subjective elements, these vary according to different ICC case law. If one follows ICC Pre-Trial Chamber I's case law, which has endorsed the notion of *dolus eventualis*, the person issuing the order must only be aware of the substantial likelihood that his order could cause the act of displacement. However, if one follows the case law of the ICC Pre-Trial Chamber II and ICC Trial Chamber II, which requires as a minimum a *dolus directus* of

19 ICTR, the Prosecutor v. Ephrem Setako, Trial Chamber I, *Judgment and sentence*, February 25, 2010, Case No.: ICTR-04-81-T, para. 240; ICTY, the Prosecutor v. Vujadin Popovic, Ljibisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero & Vinko Pandurevic, Trial Chamber II, *Judgment*, June 10, 2010, Case No.: IT-05-88-T, Vol. 1, para. 1012. A position of authority by the person issuing the order that causes the commission (or attempted commission) of the crime by the person who receives it must be proven. See also: ICTR, the Prosecutor v. Laurent Semanza, Appeals Chamber, *Judgment*, May 20, 2005, Case No.: ICTR-97-20-A, para. 361; ICTY, the Prosecutor v. Stanislav Galic, Appeals Chamber, *Judgment*, November 30, 2006, Case No.: IT-98-29-A, para. 176; ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Appeals Chamber, *Judgment*, December 17, 2004, Case No.: IT-95-14/2-A, para. 28.

20 ICTY, *Galic Appeal Judgment*, *supra* n. 19, para. 176. See also: Olasolo, H. (2013), *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 623.

21 ICTR, the Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, Appeals Chamber, *Judgment*, September 22, 2005, Case No.: ICTR-99-54A-A, para. 76. According to the ICTR Appeals Chamber, a direct order to the perpetrator of the crime is not required. Moreover, the order does not require any specific form.

22 Olasolo, H. (2013), *supra* n. 20, p. 622.

23 ICTY, *Galic Appeal Judgment*, *supra* n. 19, para. 176. See also: Olasolo, H. (2013), *supra* n. 20, p. 623.

24 ICTY, *Galic Appeal Judgment*, *supra* n. 19, paras. 176-177.

second degree, the person issuing the order must act with the awareness that the order issued is sufficient to cause the act of displacement (certainty, as opposed to substantial likelihood, is required).²⁵

1.4. Capacity to cause the displacement of the civilian population through the order

The elements of the war crime of ordering the displacement of the civilian population require that the person be ‘in a position to effect such displacement by giving such order.’ Thus far, this element has not been elaborated upon by ICC case law or doctrine.

The International Law Clinic considers that such an element does not refer to the superior’s authority to order, because in the case of an absence of such authority, there could not be any order. As a result, this element requires that: (i) those that receive the order must have the authority to transmit it to the potential material perpetrators of the crime; and (ii) the potential material perpetrators must have the capacity to cause the act of displacement. Hence, it is necessary for the organization to have a sufficiently broad membership, as well as the logistical and operational capacity, to implement the displacement order in the field.

These two requirements make it necessary to analyze the main characteristics of: (a) the organization within which the order is issued; or, in cases in which the order is given from outside the organization, (b) the organization receiving the outside instructions to carry out the act of displacement.

The above-mentioned requirements are met by those organizations to which the notion of indirect perpetration is applicable, because they are organized on the basis of the principle of automatic compliance with the superior’s orders, due to their hierarchical structure and the interchangeability of their members.²⁶ Examples include, military units, police units, intelligence agencies, and other federal, regional, and local public institutions (particularly in big cities).

The notion of indirect perpetration is also applicable to non-state organizations, so long as they are organized in accordance with the principle of automatic compliance with the superior’s orders. Nevertheless, the Lubanga case has shown the difficulties for any one person to maintain control over a non-state

25 Olasolo, H. (2013), *supra* n. 20, p. 629.

26 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, August 14, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717, paras. 538-539. See also: ICTY, the Prosecutor v. Milomir Stakic, Trial Chamber II, *Judgment*, July 31, 2003, Case No.: IT-97-24-T, paras. 493-494, 498.

organization, particularly when there are several sub-groups within it, and divisions are fostered by intelligence agencies of several States.²⁷

Organizations which are not organized on the basis of the principle of automatic compliance with the superior's orders (such as some paramilitary groups, drug cartels and opposition armed groups), may nevertheless have the organizational, logistical and operational capacity to implement a displacement order (given by their own commanders, or by those in a position of authority over such commanders).²⁸ In these situations, a case-by-case analysis must be conducted, focusing particular attention on: (i) the organization's hierarchical structure, and the position held by the person who issues the order; (ii) the organization's size, and the number of its members; and (iii) the organization's technological, logistical, and operational capacity.²⁹ Moreover, the fact that the order has in the end led to the commission of the act of displacement should also be taken into consideration.

1.5. Lack of justification on the ground of civilian security or military necessity

The EC of the war crime provided for in Art. 8(2)(e)(viii) of the ICC Statute excludes criminal liability when the displacement order is required by military necessity or by the need to secure protection of the civilian population. As a result, in order that criminal responsibility be excluded, it is necessary to prove that: (i) the safety of the civilian population was at risk, and the displacement order was aimed at safeguarding such civilian population; or (ii) there was an imperative military necessity, and the displacement order was aimed at satisfying such necessity. Hence, there is no exemption from criminal liability when the displacement order is used as a war tactic in order to gain a military advantage, gain control over a territory,³⁰ and/or facilitate operations against insurgent groups.³¹

27 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, January 29, 2007, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-803-tEN, paras. 375-376.

28 ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373, para. 349. See also: ICC, *Katanga & Ngudjolo Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 26, para. 518; ICTY, *Stakic Trial Judgment*, *supra* n. 26, paras. 497-498.

29 *Idem*.

30 Byron, C. (2013), *supra* n. 12, p. 18.

31 Jacques, M. (2012), *Armed conflict and displacement: the protection of refugees and displaced persons under International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 56.

It is important to highlight that the ICTY case law makes no difference between those acts of displacement that are justified by military necessity, and those justified on grounds of enhancing safety for the civilian population.³² The ICTY case law analyzes the evacuation guidelines provided for in GC IV, and determines whether such guidelines were complied with in light of the facts of the case.

As a result, the ICTY has found that acts of displacement would be legal (evacuation) if they comply with the conditions set forth in Article 49 of GC IV: (i) the occupying power may totally or partially evacuate an area if the security of the population or imperative military reasons so demand; (ii) evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory, except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement; (iii) members of the same family should not become separated; (iv) evacuated persons shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased; (v) the occupying power undertaking such transfers or evacuations must ensure, to the greatest practicable extent, that proper accommodation is provided for the protected persons, and that removals are effected in satisfactory conditions of hygiene, health, safety and nutrition; (vi) the protecting power must be informed of any transfers and evacuations as soon as they have taken place; and (vii) the occupying power cannot detain protected persons in an area particularly exposed to the dangers of war, unless the security of the population or imperative military reasons so demand; and (viii) the occupying power cannot deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies.

As a result, the International Law Clinic finds that a superior who issues a displacement order can be held criminally liable provided they have breached one of the following criteria: specifically that such order: (i) be issued in breach of the procedure established in Article 49 of GC IV; (ii) fails to stipulate the temporary nature of the displacement; or (iii) fails to provide for the return of the displaced civilian population to their homes, once the circumstances that justified their displacement have disappeared.³³

32 ICTY, the Prosecutor v. Mladen Naletelic & Vinko Martinovic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 31, 2003, Case No.: IT-98-34-T, paras. 514-518; ICTY, the Prosecutor v. Radislav Krstic, Trial Chamber I, *Judgment*, August 2, 2001, Case No.: IT-98-33-T, paras. 524-527; ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T, para. 475; ICTY, the Prosecutor v. Dusko Tadic, Trial Chamber II, *Judgment*, May 7, 1997, Case No.: IT-95-9-T, para. 125; ICTY, the Prosecutor v. Milan Martić, Trial Chamber I, *Judgment*, June 12, 2007, Case No.: IT-95-11-T, paras. 107-109; ICTY, the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Trial Chamber II, *Judgment*, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T, paras. 540, 556.

33 According to the ICTY in the Naletelic & Martinovic and Stakic cases, involuntary displacement gives rise to criminal liability, whether caused by direct or indirect coercion. Lack of opposition or consent to be displaced may suffice in an environment of terror or persecution. Population's consent may not be obtained through agreements between military leaders or politicians. A person can also

1.6. Table of jurisprudence

Constitutional Court of Colombia

Constitutional Court of Colombia, *Judgment*, May 18, 1995, Constitutional Case No.: C-225/95.

International Criminal Court

ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, January 29, 2007, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-803-tEN.

ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, August 14, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717.

ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373.

International Criminal Tribunal for Rwanda

ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T.

ICTR, the Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze, Trial Chamber I, *Judgment*, December 3, 2003, Case No.: ICTR-99-52-T.

ICTR, the Prosecutor v. Laurent Semanza, Appeals Chamber, *Judgment*, May 20, 2005, Case No.: ICTR-97-20-A.

ICTR, the Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, Appeals Chamber, *Judgment*, September 22, 2005, Case No.: ICTR-99-54A-A.

ICTR, the Prosecutor v. Ephrem Setako, Trial Chamber I, *Judgment and sentence*, February 25, 2010, Case No.: ICTR-04-81-T.

be criminally liable under Article 7 (1) of the ICTY Statute when civilians are not returned to their homes once the safety conditions have been reestablished. See: ICTY, *Naletic & Martinovic Trial Judgment*, *supra* n. 32, paras. 521-532; ICTY, *Stakic Trial Judgment*, *supra* n. 26, paras. 681-712.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

- ICTY, the Prosecutor v. Dusko Tadic, Trial Chamber II, *Judgment*, May 7, 1997, Case No.: IT-95-9-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Radislav Krstic, Trial Chamber I, *Judgment*, August 2, 2001, Case No.: IT-98-33-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Mladen Naletelic & Vinko Martinovic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 31, 2003, Case No.: IT-98-34-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Milimir Stakic, Trial Chamber II, *Judgment*, July 31, 2003, Case No.: IT-97-24-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Trial Chamber II, *Judgment*, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Appeals Chamber, *Judgment*, December 17, 2004, Case No.: IT-95-14/2-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Stanislav Galic, Appeals Chamber, *Judgment*, November 30, 2006, Case No.: IT-98-29-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Milan Martic, Trial Chamber I, *Judgment*, June 12, 2007, Case No.: IT-95-11-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Vujadin Popovic, Ljebisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero & Vinko Pandurevic, Trial Chamber II, *Judgment*, June 10, 2010, Case No.: IT-05-88-T, Vol. 1.

1.7. Doctrine

- Abtani, H. & Webb, P. (2008), *The Genocide Convention: the travaux préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- Byron, C. (2013), *Studies in International Law: war crimes and crimes against humanity in the ICC Statute of the International Criminal Court*, Manchester, Manchester University Press.
- Carey, C.M. (1999), 'Internal displacement: is prevention through accountability possible? A Kosovo case study', *American University Law Review*, Vol. 43.
- Cassese, A., Baig, L., Fan, M., Gaeta, P., Gosnell, C. & Whiting, A. (2013), *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2 Ed.
- Dörmann, K. (2003), *Elements of war crimes under the ICC Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC.

- Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC.
- Jacques, M. (2012), *Armed conflict and displacement: the protection of refugees and displaced persons under International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Olasolo, H. (2013), *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Roch, M.P. (1996), 'Forced displacement in the former Yugoslavia: A crime under International Law?', *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1.
- Sivakumaran, D. (2002), *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press.
- Willms, J. (2009), 'Without order anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 875, pp. 547-565.

1.8. Resolutions, reports and other documents

- ICRC (1971), *Conference of government experts on the reaffirmation and development of International Humanitarian Law applicable in armed conflicts 24 May - 12 June 1971*, Vol. VI.
- United Nations, General Assembly, Resolution 55/116 (2001), *Situation of human rights in Sudan*, March 12, 2001, UN Doc. No.: A/RES/55/116.
- United Nations, General Assembly, Resolution 61/232 (2007), *Situation of human rights in Myanmar*, March 13, 2007, UN Doc. No.: A/RES/61/232.
- United Nations, Security Council, Resolution 1556 (2004), *Report of the Secretary-General on the Sudan*, July 30, 2004, UN Doc. No.: S/RES/1556.

2. Are girls under the age of 15, who are taken as wives or partners by members of an armed group participating in a non-international armed conflict, protected from sexual violence perpetrated against them by their partners or by other members of the armed group to which they belong?*

2.1. Introduction

The determination as to which groups of persons are protected by IHL in NIACs is still a controversial issue. At the same time, it is an issue of undoubted relevance, given the fact that more than ninety percent of current armed conflicts are of a non-international character.¹ This work analyzes the following aspect of this discussion: are girls under 15 years of age protected by IHL in the face of violence committed against them by members of the group that has enlisted or recruited them?

The analysis focuses on the sexual violence suffered between 2002 and 2003 by girls under 15 years of age within the *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC). These acts of sexual violence are a part of the ICC case against Bosco Ntaganda, deputy commander of operations of the FPLC, which was established as a military arm of the *Union des Patriotes Congolais* (UPC) in mid-2002. Both movements, military and political, were commanded between July 2002 and August 2003 by Thomas Lubanga Dyilo, former governor of the

* Written by the following members of the 2015 International Law Clinic: Vanessa Bonilla Tovar, Hanna Bosdriesz, Lina María Caballero Martínez, María Alejandra Castillo Montilla, Janluck Canosa Cantor, Andrea Catalina Cabrales Villamizar, Carlos Gabriel Jácome Romero, Carmen Suleika Mané Granados, Laura Marcela Quijano Ortiz, Daniela Suárez Vargas and Sander Wirken. The research was conducted in 2015 under the supervision of Prof. Héctor Olasolo and Álvaro Pío Jaramillo García.

1 Escola de Cultura de Pau (2004), *Alerta 2004! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Escola de Cultura de Pau, p. 17. See also: Rodríguez-Villasante, J.L. (2013), 'La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades', *Cuadernos de Estrategia*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Vol. 160, p. 167; Fernández, J., Miralles, F., & González, B. (2001), *Adiós a las armas: ni un solo niño en la guerra*, Madrid, UPCO, p. 78.

Ituri district of the Democratic Republic of Congo, and the first person to be convicted and sentenced by the ICC.²

To address this issue, we first study whether, within the context of a NIAC, the protection offered by IHL to the civilian population, including girls under 15 years of age, is limited only to violence committed by members of a party to the conflict with which the victim is not affiliated; or, alternatively, whether IHL protection of the civilian population extends to violence inflicted by members of all parties to the conflict.

In IACs, IHL limits its protection to acts committed against the civilian population by the enemy, in terms of nationality -the traditional approach- or by other distinctive signs such as ethnicity, as stated by the ICTY.³ As a result, it is necessary to analyze if the same limitation applies in NIACs, or if it is not applicable because NIACs develop within the territory of one State between parties that are distinguished by their political, social or economic ideas. Only if the limitation is not applicable, will the civilian population in NIACs be protected from acts of violence by IHL regardless of which party perpetrates it.

Secondly, we study whether girls under 15 years of age, who are recruited or enlisted to comply with duties as ‘wives’ or ‘partners’ of the commanders of organized armed groups, should be considered members of the group under IHL; or, alternatively, whether they should be considered members of the civilian population protected by IHL, despite living with the armed group in question.

In the latter case, it will also be necessary to analyze whether the activities that they commonly carry out to assist their ‘husbands’ or ‘partners’ can be characterized as direct participation in hostilities. If this is found to be true, the protection they enjoy under IHL is lost during the time in which they undertake those activities. Otherwise, if the functions they perform do not merit such qualification, they retain their protection as members of the civilian population, despite the assistance they offer to their ‘husbands’ or ‘partners’.

Finally, we examine whether some groups that are particularly vulnerable to violence during a NIAC, and, especially, girls under 15 years, enjoy a special regime of protection.

2 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06.

3 ICTY, the Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber, *Appeal Judgment*, July 15, 1999, Case No.: ICTY-94.1-A, paras. 166-169; ICTY, the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T, paras. 126-127; ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, *Judgment*, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T, para. 152; ICTY, the Prosecutor v. Stanislav Galic, Trial Chamber I, *Judgment*, December 5, 2003, Case No.: IT-98-29-T, paras. 45-53; and ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Santic, Trial Chamber II, *Judgment*, January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T, paras. 522-523.

2.2. Is there any limitation to IHL protection of the civilian population in NIACs because of affiliation to a party to the conflict?

The defense of Bosco Ntaganda states that girls under 15 years of age, enlisted or recruited in a NIAC, are only protected against the parties to the conflict with which they do not have affiliation.⁴

On this point, Common Article 3 to the GCs states that every person who does not participate directly⁵ in hostilities in a NIAC is protected ‘[...] without any adverse distinction founded on race, color, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.’

The ICRC states that the intention of Common Article 3 is to achieve a general protection for those who are not participating directly in hostilities, regardless of their affiliation with any of the parties to the conflict.⁶ Furthermore, according to the ICRC, the parties to the conflict should strive for a wide application of Common Article 3, meaning that restrictive interpretations that include distinctions that are not present in the text should be avoided.⁷

As a result, the protection provided by Common Article 3 to the civilian population, including girls under 15 years of age, does not depend on their affiliation with a party to the conflict. It extends, in principle, to all acts of violence, including those of a sexual nature, committed by any of the parties to the conflict.⁸

4 ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Defense of Bosco Ntaganda, *Defense application in relation to counts 9 and 6 pursuant to Article 19 and Rule 58*, September 1, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-804-ENG, paras. 23-24, 28-29.

5 Melzer, N. (2010), *Guía para interpretar la noción de participación activa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Geneva, ICRC, p. 43.

6 Pictet, J. (1952), *Commentary to the first Geneva Convention*, ICRC, section on paragraph 1 of Common Article 3.

7 In addition to Common Article 3, Article 31.1 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties should be considered. According to this provision, treaties must be interpreted ‘[...] in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.’ The object and purpose of a treaty is especially relevant when its goal is to provide protection to those who do not directly participate in hostilities.

8 United Nations, Security Council, Resolution 2106 (2013), *Sexual violence in conflict*, June 24, 2013, UN Doc. No.: S/RES/2106. See also: United Nations, Secretary General, *Report to the General Assembly on sexual violence related to the conflict*, January 13, 2012, UN Doc. No.: S/2012/33, pp. 2, 6, paras. 17-18; United Nations, Secretary General, *Report to the Security Council on sexual violence related to the conflict*, March 23, 2015, UN Doc. No.: S/2015/203, paras. 7, 18, 29, 61, 64, 83; United Nations, Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict (2013), *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation*, Working Paper No. 1, p. 16.

2.3. Are girls who act as ‘wives’ or ‘partners’ of members of the parties to a NIAC members of these groups?

In a NIAC, persons protected by IHL are, in principle, all persons who are not members of the armed forces of the State in which territory the conflict is taking place.⁹ Armed forces consist of all groups and units that, according to that State’s internal law, form part of or are ascribed to the armed structures, including armies of land, sea and air, the police, the military intelligence, the reservists and, if applicable, police units and civil intelligence.¹⁰

The protection offered by IHL to those who are not members of the armed forces of the relevant State is automatically lost by becoming a member of an organized armed group.¹¹ The loss of protection has effect throughout the duration of their membership in the group.¹² On this basis, even in specific moments when they are not carrying out military operations (for example when they are on leave), they can be, according to IHL, the target of an attack, as long as their membership to the group continues.¹³

The ICRC uses a functional criterion to distinguish between those who are members of an organized armed group and those who are not.¹⁴ As Williamson points out, only those who have a continuous combat function are considered members of the group,¹⁵ which means that membership to the group is not necessarily expressed through the use of uniforms, insignias or identification cards.¹⁶ Schmitt has underlined that, according to this functional criterion, those who participate directly in hostilities in a prolonged manner should be considered members of the group.¹⁷

9 ICRC (2008), ‘Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law. Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009.’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, p. 1004. See also: ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424, para. 78.

10 Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC, pp. 11-17.

11 Article I (1) of AP II. See also: Schmitt, M. (2010) ‘The interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities: a critical analysis’, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, pp. 5-44, p. 21.

12 *Idem*.

13 *Idem*.

14 ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1006.

15 Williamson, J.A. (2010), ‘Challenges of twenty-first century conflicts: a look at direct participation in hostilities’, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20, pp. 457-471, p. 464.

16 ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1006.

17 Schmitt, M. (2010), *supra* n. 11, p. 21.

As a consequence, individuals who prepare, execute or command military operations of an organized armed group for a long term maintain a continuous combat function.¹⁸ The same characterization applies to those who are enlisted, recruited, trained and equipped to conduct hostilities in name of the group, regardless of whether any hostile act has actually taken place.¹⁹

On the other hand, individuals who support or accompany an organized armed group during a prolonged period of time, but without carrying out functions that involve direct participation in hostilities, cannot be considered as members of the group.²⁰ The same is true for those who limit their activity inside the group to recruitment, financing or training, unless they have an additional function that can link them directly to hostilities.²¹ Individuals who acquire, manufacture and do weapons maintenance, or who carry out intelligence work, apart from specific military operations, also maintain their protection.²²

On this basis, IHL distinguishes between those girls under 15 years of age who are enlisted or recruited by an organized armed groups to be trained and equipped for the purpose of participating in a prolonged and direct manner in hostilities, and those who are enlisted or recruited to accompany or assist the group continuously, but without carrying out activities of direct participation in hostilities.

Even though it is necessary to undertake a case-by-case analysis in order to make such determination, the cases against Thomas Lubanga Dyilo and Bosco Ntaganda demonstrate that, as a general rule, girls under 15 years of age do not undertake activities which could be qualified as direct participation in hostilities in a prolonged manner.²³ Therefore, despite accompanying the group permanently and being the ‘wives’ or ‘partners’ of their members and commanders, they do not assume a continuous combat function and therefore cannot be considered as members of the group.

18 Melzer, N. (2009), *Interpretive guidance for the notion of active participation in the hostilities under International Humanitarian Law*, Geneva, ICRC, p. 34.

19 ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1007.

20 *Ibid.*, p. 1008.

21 *Ibid.*, p. 1021.

22 *Ibid.*, pp. 1008, 1021-1022.

23 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 14, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2842, paras. 878-882, 892; ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda*, June 9, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-309, para. 82.

2.4. Do ‘wives’ or ‘partners’ of members of the parties to a NIAC carry out activities of direct participation in hostilities?

In a NIAC, protection can also be lost without becoming a member of one of the parties to the conflict, through the performance of occasional activities of direct participation in hostilities on behalf of one of the parties, and against the other.²⁴

Common Article 3 limits its protection to ‘[p]ersons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed *hors de combat* by sickness, wounds, detention, or any other cause.’ Meanwhile, Article 13(3) of the AP II –as well as Article 51(3) of AP I in relation with IACs- establishes that protected persons maintain their protection unless they take direct participation in hostilities and for the time such participation takes place.

Therefore, when applying these provisions, it is necessary to distinguish between, on the one hand, acts that are considered direct participation in hostilities, and, on the other hand, acts that do not imply the loss of protection. In this regard, the ICRC has stated that for a specific activity to be considered as direct participation in hostilities it must fulfill the following three requirements: (a) damage threshold; (b) direct causation; and (c) belligerent nexus.²⁵

The damage threshold requires the objective probability that the relevant act can adversely affect the military operations or the military capacity of one of the parties to the conflict²⁶ or, alternatively, can cause death, injury or destruction to protected persons or goods.²⁷ Direct causation requires the existence of a causal nexus between the damage threshold and the act in question, whether considered individually or as part of a coordinated military operation of which it constitutes an integral part.²⁸ In this regard, the preparatory acts for the implementation of a military operation, the deployment to the place of execution and the return from it are an integral part of the military operation.²⁹ Finally, the belligerent nexus requires that the relevant act must be specifically designed to directly cause the required damage threshold in favor of a party to the conflict and to the detriment of another.³⁰

²⁴ Melzer, N. (2009), *supra* n. 18, pp. 45-64, 70.

²⁵ ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1016.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibid.*, p. 1017.

²⁸ *Ibid.*, p. 1019.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Ibid.*, p. 1025.

As discussed in detail by Báez *et al.*,³¹ Schmitt differs with the ICRC on some aspects concerning the content of the three above-mentioned requirements.³² Nevertheless, such differences of interpretation do not affect the conclusion that acts of sexual nature coercively engaged in by girls under 15 years of age recruited by the FPLC in favor of the commanders or other members of the group with which they were married, fail to meet any of the requirements.

This conclusion is reached by finding that these acts (a) are not suitable by themselves to directly cause the required damage threshold; (b) are not an integral part of any military operation that might generate such damage threshold; and (c) do not have the belligerent nexus required, since they are not specifically designed to cause harm to any FPLC adverse party.

Girls under the age of 15, who were recruited by the FPLC, conducted other kinds of activities such as domestic work, including culinary tasks,³³ transporting food to airbases and accompanying the other wives of the commanders.³⁴ Even though each of these activities should be analyzed independently, the Majority of ICC Trial Chamber I stated, in the Lubanga case, that none of these tasks met the requirements to be considered as direct participation in hostilities.³⁵ This suggests that girls who were enlisted or recruited by the FPLC never lost their protection under IHL.

In this regard, it is important to mention that the English version of Common Article 3 has led to confusion by using the adjective ‘active’ to describe the form of participation in hostilities that generates the loss of protection, rather than the adjective ‘direct’ found in other IHL instruments.³⁶ In this context, the ICRC states that the terms ‘active’ and ‘direct’ should be understood as synonyms, being that the French and Spanish versions of the text only use the expression ‘*directament/directamente*’³⁷ to describe the form of participation in hostilities that generates the loss of protection.³⁸ Consequently, for the ICRC, both adjectives represent the same level and degree of participation in hostilities.³⁹ The ICTR came to the same conclusion in the Akayesu case.⁴⁰

31 Castillo Forero, S., Lozano Pradere, F., Mateus Ramírez, L. & Molano Araque, A. (2012), *Pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados*, International Law Clinic, available at: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/documentos/2012-Semestre-II-Perdida-de-la-Condicion-de-Person/>.

32 Schmitt, M. (2010), *supra* n. 11, pp. 5-44.

33 ICC, *Lubanga Trial Judgment*, *supra* n. 23, para. 623; ICC, *Ntaganda Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 23, para. 82.

34 *Idem*.

35 *Idem*.

36 Arts. 47, 51 (3) and 77 (2) of AP I. See also: Arts. 4(3)(c), 4(3)(d) and 13(3) of AP II.

37 In French ‘*directement*’; in Spanish ‘*directamente*’.

38 ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1014.

39 *Idem*.

40 ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T, para. 629.

Nevertheless, the ICC Trial Chamber I drew a distinction between ‘active participation’ and ‘direct participation’ in the Lubanga case, when interpreting the war crime of using children to participate actively in hostilities provided for in Article 8(2)(e)(vii) of the ICC Statute.⁴¹ ICC Trial Chamber I considered that, in the context of this crime, the expression ‘active participation’ includes both the use of children for activities of direct participation as well as for activities of a different nature, which entail an effective contribution to hostilities. This would include, for instance, girls who, without being involved in combat, are used as bodyguards of the group’s commanders.⁴²

It is worth highlighting that the distinction made by ICC Trial Chamber I between ‘direct participation’ and ‘active participation’ in hostilities has been limited, to date, to the interpretation of said war crime. It has not been used to widen the category of activities that cause the loss of protection under IHL in general. As a result, when determining whether the activities carried out by girls under 15 years of age in favor of the group that has enlisted or recruited them result in their loss of protection, it is only necessary to analyze whether these activities meet the requirements to be considered as direct participation in hostilities.

As noted, when applying these criteria, ICC Trial Chamber I considered in the Lubanga case that neither the activities of a sexual nature, nor any other of the activities carried out by girls under the age of 15 enlisted or recruited by the FPLC, constituted a direct participation in hostilities that would result in a loss of their protection under IHL. Moreover, according to the Majority of Trial Chamber I,⁴³ those activities, including those of a sexual nature, do not meet even the most flexible requirements of active participation, in as much as these activities never provided an effective contribution to hostilities.⁴⁴

When discussing the specific issue of sexual activities carried out by girls below the age of 15 who were enlisted or recruited by the FPLC, ICC Pre-Trial Chamber II, in the Ntaganda Confirmation of Charges Decision, has added that it is not possible that the role of a sexual partner occurs simultaneously with the role of active participation in hostilities.⁴⁵

41 ICC, *Lubanga Trial Judgment*, *supra* n. 23, para. 628.

42 *Idem*.

43 *Ibid.*, paras. 622-623.

44 For a different view: ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ‘Separate and dissenting opinion by judge Odio Benito’, in *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 14, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2842.

45 ICC, *Ntaganda Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 23, para. 79. Grey takes the same position due to the special protection that Article 4(3) of AP II offers to girls under 15 years of age because of their special vulnerability. See: Grey, R. (2014), ‘Sexual violence against child soldiers’, *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 16, No. 4, p. 611.

2.5. The scope of the special protection of girls under 15 years of age in NIACs

An integrated interpretation of IHL, International Human Rights Law and International Criminal Law,⁴⁶ which departs from the traditional conception of IHL as *lex specialis* in armed conflict situations,⁴⁷ provides wide protection to girls under the age of 15 in NIACs.

This protection goes beyond the general protection provided to civilians under IHL; it arises from the vulnerable character of children in general⁴⁸ and, especially, girls under the age of 15. It is manifested in the Convention on the Rights of the Child of 1989,⁴⁹ the GCs and its APs, the ICC Statute and Resolutions 1882 (2009), 1960 (2010) and 2016 (2013) by the UN Security Council.

46 Droege, C. (2008), 'Elective affinities? Human rights and humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, pp. 501-548.

47 The distinction between IHL and IHRL as *lex specialis* and *lex generalis* has become obsolete in the doctrine and has not been accepted by the case law of regional human rights courts. See: Milanovic, M. (2014), 'The lost origins of *lex specialis*: rethinking the relationship between human rights and International Humanitarian Law', in Ohlin, J. (ed.), *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press; Isupova, M.V. (2013), 'Interrelationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in the process of fragmentation of International Law', *Russian Juridical Journal / Rossijskij Juridiceskij Zurnal*, Vol. 92, No. 5, pp. 43-48.

48 Hernández, D.M. (2000), 'Menores y conflicto armado', *Revista Derecho del Estado*, No. 9, pp. 145-166.

49 Outside the specific scope of armed conflicts, Article 3 of the Convention on the Rights of the Child provides as follows: '1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration. 2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures. 3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.' Moreover, Article 19 of the Convention provides as follows: '1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent (s), legal guardian (s) or any other person who has the care of the child. 2. Such protective measures should, as appropriate, include effective procedures for the establishment of social programmes to provide necessary support for the child and for those who have the care of the child, as well as for other forms of prevention and for identification, reporting, referral, investigation, treatment and follow-up of instances of child maltreatment described heretofore, and, as appropriate, for judicial involvement.'. The Committee on the Rights of the Child, in its General Comment No. 13 of April 18, 2011, stated that Article 19 of the Convention must be understood in the broadest possible context to remove and combat all forms violence against children, excluding any violence however slight and protecting them in any type of environment or in transit between environments. See: United Nations, Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 13 (2011) - The right of the child to freedom from all forms of violence*, April 18, 2011, UN Doc. No.: CRC/C/GC/13, paras. 7, 19.

In this context, the Office of the Special Representative of the UN Secretary General for Children and Armed Conflict has stressed that IHL offers a special protection to boys and girls, inasmuch as Common Article 3 and Article 27 of the Geneva Convention IV, as well as Articles 75(2), 76(1) and 77(1) of AP I and 4(2)(e) of AP II, provide that outrages against life, physical integrity and personal dignity, as well as humiliating or degrading treatment, such as sexual violence and any form of indecent assault, especially to children, are absolutely prohibited.⁵⁰

For its part, the UN Security Council has reiterated the special protection afforded to children on several occasions. Initially, Resolution 1882 (2009) provided that their protection must be a part of every general strategy to resolve an armed conflict⁵¹ and strenuously condemned any violation of International Law in respect of children, including rape and any act of sexual violence.⁵²

Likewise, in Resolution 1960 (2010), the UN Security Council reiterated '[...] its demand for the complete cessation with immediate effect by all parties to armed conflict of all acts of sexual violence,⁵³ in order to improve the effectiveness of the protection that children and women have as civilians, as well as the special protection they have as a population exposed to specific kinds of risks.⁵⁴

Nevertheless, none of these resolutions explicitly mentions the mental, physical and sexual abuses suffered by children that are enlisted or recruited by a party to an armed conflict at the hands of their members.

For this reason, UN Security Council Resolution 2106 (2013) makes reference to these forms of violence, emphasizing that IHL prohibits rape and other forms of sexual violence.⁵⁵ The resolution also recognizes that girls and women who are recruited to be part of an armed force or organized armed groups are especially vulnerable to this type of violence.⁵⁶

In the same sense, reports by the UN Secretary-General to the UN General Assembly and the UN Security Council have stressed that within certain armed conflicts there are cases in which the perpetrators of sexual assault against the recruited women and girls are the members of the same group the victims are a part of.⁵⁷

50 United Nations, Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict (2013), *supra* n. 8, p. 16. See also: Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *supra* n. 10; Article 22 of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

51 United Nations, Security Council, Resolution 1882 (2009), *Children on armed conflict*, August 4, 2009, UN Doc. No.: S/RES/1882 (2009), p. 2.

52 *Idem*.

53 United Nations, Security Council, Resolution 1960 (2010), *Women, peace and security*, December 16, 2010, UN Doc. No.: S/RES/1960(2010), p. 3.

54 *Ibid.*, p. 2.

55 United Nations, Security Council, Resolution 2106 (2013), *supra* n. 8, p. 2.

56 *Ibid.*, p. 6.

57 United Nations, Secretary General (2012), *supra* n. 8, paras. 17, 18; United Nations, Secretary General (2015), *supra* n. 8, paras. 7, 18, 29, 61, 64, 83.

Furthermore, the UN Secretary-General has considered that sexual violence against women and girls recruited by the parties of a conflict is directly linked to their strategic, ideological and financial objectives. Furthermore, it is especially used with the aim of promoting tactical imperatives such as recruitment, generation of income by sexual trafficking or slavery, indoctrination and modification or dissolution of kinship ties that bind women and girls with their communities.⁵⁸

The observations of the Committee on the Rights of the Child to Article 19(1) of the Convention, which provides for the protection of children against all forms of abuse, can be interpreted in the same manner.⁵⁹ The Committee, which defines ‘caregivers’ of children as any person who has the care of a child,⁶⁰ has observed that ‘[c]hildren may be subjected to violence by primary or proxy caregivers and/or by others against whom their caregiver does provide protection.’⁶¹ Thus, according to the Committee, children are not only subjected to violence by outsiders, but also by persons who are close to them or have their care.⁶² This definition is important in the context of armed conflicts, since those parties to the conflict that recruit or enlist children are responsible for them, and their members can thus commit acts of physical, mental and sexual violence against them.

Finally, International Criminal law also offers protection to children under the age of 15 years from the parties to an armed conflict that have recruited or enlisted them. In particular, Article 8(2)(b)(xxiii) of the ICC Statute, in respect to IACs, and Article 8(2)(e)(vii), for NIACs, contemplate the war crime of ‘conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities.’ As ICC Trial Chamber I has stated in the Lubanga case, the protection offered by Art. (8)(2)(e)(vii) of the ICC Statute extends in time and includes acts committed against children by the members of their own group, once they have been enlisted or recruited.⁶³

58 United Nations, Secretary General (2015), *supra* n. 8, paras. 82, 83.

59 Weissbrodt, D., Hansen, J. C., & Nesbitt, N. H. (2011), ‘The role of the Committee on the Rights of the Child in interpreting and developing International Humanitarian Law’, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 24, No. 1, pp. 115-153.

60 United Nations, Committee on the Rights of the Child (2011), *supra* n. 49, para. 33.

61 *Ibid.*, para. 36.

62 *Idem.*

63 For ICC Trial Chamber I in the Lubanga case, the distinction between recruiting and enlisting is in the consent of the child, since both are methods of incorporation to a national armed force or an organized armed group, but recruitment is made through coercion, while enlisting is voluntary. Nevertheless, even if the child consents, such expression of consent does not represent a valid defense in regard to the punishable act, considering that the coercive environment of an armed conflict does not meet the necessary circumstances for children under the age of 15, that actually have a limited capacity to consent due to their young age, to do so validly. Moreover, according to ICC Trial Chamber I, the war crimes of enlisting and recruiting of children under the age of 15 are crimes of a continuing nature,

Considering all the foregoing, it can be said that children below the age of 15 enjoy special protection in both IACs and NIACs.⁶⁴ This protection extends to acts of sexual violence committed by members of national armed forces or organized armed groups that enlist or recruit them. As a consequence, the acts of sexual violence committed by commanders and members of the FPLC against girls under the age of 15 who were made their partners or wives constitute a violation of this special protection regime.

2.6. Conclusion

Girls below the age of 15 enlisted or recruited by the parties to a NIAC have a general protection as a part of the civilian population under IHL, as long as they do not have a continuous combat function, nor participate directly in hostilities. At the same time, constituting a group especially vulnerable to violence in NIAC, these girls enjoy a special protection, as it is provided in the Convention on the Rights of the Child, the GCs, the APs, the ICC Statute and UN Security Council Resolutions 1882 (2009), 1960 (2010) and 2106 (2013).

These general and special protections are not limited to aggressions by members of the opposing party, as stated by the defense in the Ntaganda case, but girls under the age of 15 years are also protected from sexual violence that is inflicted by members of the group that enlisted or recruited them, even in the case when they are taken as wives or partners of the commanders. As a result, girls below the age of 15 enlisted or recruited from 2002 to 2003 by the FPLC of Thomas Lubanga and Bosco Ntaganda were holders of this protection.

meaning that they are still being committed while the child continues to be linked to the group that enlisted or recruited him/her or until they turn 15 years of age. As a result, protection against enlisting and recruiting is not limited to the initial act of enlisting or recruiting, but it extends in time. Furthermore, protection is not only confined to the acts by members of the parties to the conflict with whom children are not linked, but it is also extended to acts committed against children by members of their own group, once their enlistment or recruitment has become effective. See: ICC, *Lubanga Trial Judgment*, *supra* n. 23, paras. 607, 617- 618. See also: SCSL, the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, President of the Residual SCSL, *Public decision of the president on application for conditional early release*, August 11, 2014, Case No.: RSCSL-CDF/836/SCSL-04-14-ES-836-ENG, para. 15.

64 Matthews, H. (2013), 'The interaction between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: seeking the most effective protection for civilians in non-international armed conflicts', *International Journal of Human Rights*, Vol. 17, No. 5/6, p. 635.

2.7. Table of jurisprudence

International Criminal Court

- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.
- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 14, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2842.
- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ‘Separate and dissenting opinion by judge Odio Benito’, in *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 14, 2012, ICC Doc No.: ICC-01/04-01/06-2842.
- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06.
- ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda*, June 9, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-309.
- ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Defense of Bosco Ntaganda, *Defense application in relation to counts 9 and 6 pursuant to Article 19 and Rule 58*, September 1, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-804-ENG.

International Criminal Tribunal for Rwanda

- ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

- ICTY, the Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber, *Appeal Judgment*, July 15, 1999, Case No.: ICTY-94.1-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Santic, Trial Chamber II, *Judgment*, January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T.

ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, *Judgment*, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T.

ICTY, the Prosecutor v. Stanislav Galic, Trial Chamber I, *Judgment*, December 5, 2003, Case No.: IT-98-29-T.

Special Court for Sierra Leone

SCSL, the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, President of the Residual SCSL, *Public decision of the president on application for conditional early release*, August 11, 2014, Case No.: RSCSL-CDF/836/SCSL-04-14-ES-836-ENG.

2.8. Doctrine

Castillo Forero, S., Lozano Pradere, F., Mateus Ramírez, L. & Molano Araque, A. (2012), *Pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados*, International Law Clinic, available at: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/documentos/2012-Semestre-II-Perdida-de-la-Condicion-de-Person/>.

Droege, C. (2008), 'Elective affinities? Human rights and humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, pp. 501-548.

Fernández, J., Miralles, F., & González, B. (2001), *Adiós a las armas: ni un solo niño en la guerra*, Madrid, UPCO.

Grey, R. (2014), 'Sexual violence against child soldiers', *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 16, No. 4.

Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC.

Hernández, D.M. (2000), 'Menores y conflicto armado', *Revista Derecho del Estado*, No. 9, pp. 145-166.

Isupova, M.V. (2013), 'Interrelationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in the process of fragmentation of International Law', *Russian Juridical Journal / Rossijskij Juridiceskij Zurnal*, Vol. 92, No. 5, pp. 43-48.

Matthews, H. (2013), 'The interaction between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: seeking the most effective protection for civilians in non-international armed conflicts', *International Journal of Human Rights*, Vol. 17, No. 5/6.

- Melzer, N. (2009), *Interpretive guidance for the notion of active participation in the hostilities under International Humanitarian Law*, Geneva, ICRC.
- Melzer, N. (2010), *Guía para interpretar la noción de participación activa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Geneva, ICRC.
- Milanovic, M. (2014), 'The lost origins of *lex specialis*: rethinking the relationship between human rights and International Humanitarian Law', in Ohlin, J. (ed.), *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Pictet, J. (1952), *Commentary to the first Geneva Convention*, Geneva, ICRC.
- Rodríguez-Villasante, J.L. (2013), 'La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades', *Cuadernos de Estrategia*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Vol. 160.
- Schmitt, M. (2010), 'The interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities: a critical analysis', *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, pp. 5-44.
- Weissbrodt, D., Hansen, J. C., & Nesbitt, N. H. (2011), 'The role of the Committee on the Rights of the Child in interpreting and developing International Humanitarian Law', *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 24, No. 1, pp. 115-153.
- Williamson, J.A. (2010), 'Challenges of twenty-first century conflicts: a look at direct participation in hostilities', *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20, pp. 457-471.

2.9. Resolutions, reports and other documents

- Escola de Cultura de Pau (2004), *Alerta 2004! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Escola de Cultura de Pau.
- ICRC (2008), 'Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law. Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872.
- United Nations, Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 13 (2011) - The right of the child to freedom from all forms of violence*, April 18, 2011, UN Doc. No.: CRC/C/GC/13.
- United Nations, Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict (2013), *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation*, Working Paper No. 1.

United Nations, Secretary General (2012), *Report to the General Assembly on sexual violence related to the conflict*, January 13, 2012, UN Doc. No.: S/2012/33.

United Nations, Secretary General (2015), *Report to the Security Council on sexual violence related to the conflict*, March 23, 2015, UN Doc. No.: S/2015/203.

United Nations, Security Council, Resolution 1882 (2009), *Children on armed conflict*, August 4, 2009, UN Doc. No.: S/RES/1882.

United Nations, Security Council, Resolution 1960 (2010), *Women, peace and security*, December 16, 2010, UN Doc. No.: S/RES/1960.

United Nations, Security Council, Resolution 2106 (2013), *Sexual violence in conflict*, June 24, 2013, UN Doc. No.: S/RES/2106.

3. Does the practice by the Lord's Resistance Army of abduction of children constitute the crime against humanity of torture, persecution or other inhuman acts under the Statute of the International Criminal Court?*

3.1. Introduction

Dominic Ongwen was born in Uganda in 1975. At the age of ten he was abducted by members of the Lord's Resistance Army (LRA),¹ headed by Joseph Kony. In the midst of the armed conflict between the LRA and the Ugandan Government, the LRA trained Ongwen to fight against the Ugandan People's Defense Forces (UPDF). Due to his military skills, thirty years after his abduction, Ongwen became the commander of the Sinia Brigade, one of the most important operational units in the LRA.

On 23 March 2016, ICC Pre-Trial Chamber II issued a decision confirming seventy charges against Ongwen concerning events that occurred in Northern Uganda between 1 July 2002 and 31 December 2005.² According to Pre-Trial Chamber II, many of the incidents in which Dominic Ongwen and his subordinates committed ICC crimes included the following practice:

* Written by the following members of the 2017 International Law Clinic: Lina Marcela Buitrago Valderrama, Fabiola Celedón Fernández, Yuri Katherine González Herrera, Karen Johana Ramírez González, Laura María Restrepo Acevedo, Ana Lucía Rodríguez Mora and Luisa Fernanda Villarraga Zschommler. The research was conducted in 2017 under the supervision of Prof. Héctor Olasolo, Juan David Albarracín, Lucía Careano Fernández and María Paula Tole.

1 Justice and Reconciliation Project (2008), *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*, available at: http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf [last visit: November 11, 2017].

2 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, , paras. 60-64.

- i. The deprivation of liberty of children under the age of fifteen years against their will through violence or deceit; and
- ii. The separation of said children from their families or the environment in which they lived.³

The length of the children's deprivation of liberty varied considerably. Sometimes the deprivation of liberty was lengthy because it was followed by other ICC crimes, such as conscription in the LRA or sexual slavery. Other times, the deprivation of liberty did not endure long because the children were released, or managed to escape, immediately after they were abducted.⁴ Having regard to the foregoing, the LRA's practice of abduction of children is considered in this work as an act of violence in itself, without taking into account what happened to the victims following their abduction.⁵

The practice of abduction of children is widely rejected by the international community. Article 35 of the Convention on the Rights of the Child imposes upon States Parties the duty to '[...] take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent the abduction, sale and trafficking of children for any purpose and in any way.'

The Office of the Special Representative of the United Nations Secretary-General for Children and Armed Conflict has also stated that '[...] the abduction of children against their will and the will of their adult guardians, either temporarily or permanently, is illegal under international law.' For the Office of the Special Representative, this practice '[...] can constitute a serious violation of the Geneva Conventions and even a crime against humanity or a war

3 *Idem.* According to the Office of the Special Representative of the UN Secretary General for Children and the Armed Conflict (2009/2013), *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation*, available at: https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper1_SixGraveViolationsLegalFoundation.pdf [last visit: March 12, 2018]; abduction is an act carried out against the will of the children or their guardians. Moreover, for Amnesty International, *Uganda. Breaking God's commands: the destruction of childhood by the Lord's Resistance Army*, 1997, available at: <https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/afr590011997en.pdf> [last visit: March 12, 2018], '[a]bducted children embark on a journey in hell. Abduction is itself an act of violence, ripping terrified children from the security of their families. It is often accompanied by killings, rape and severe beating.' The testimonies and reports on the situation in Northern Uganda show that the LRA had a strategy of immediate transfer of children once they had been abducted, in order to keep them as far away from their homes as possible.

4 These cases were reported by Amnesty International, *supra* n. 3. According to this report, which is based on the statements made by the victims, '[...] those that are too small are set free; they are not strong enough to carry looted goods or to use weapons. It also seems that LRA units are given conscription targets that change according to need and objective.'

5 The definition of abduction in the Ugandan Criminal Code emphasizes the need for the act of abduction to be carried out through deception or violence towards the victim. Nevertheless, the length of the abduction is not determinative for the commission of the crime. See Ugandan Criminal Code, chapter XXIV, Article 2.4.

crime.⁶ As a result, and in light of its magnitude and serious consequences on children's lives, the Office of the Special Representative considers that the abduction of children is one of the six grave violations committed against children during armed conflicts.⁷

Likewise, the United Nations Security Council has also stressed in Resolution 2225 (2015) on children and armed conflict that the abduction of children constitutes a serious violation of IHRL and IHL, and that it is urgent to acknowledge its special gravity in light of its increase, especially in Northern Uganda.⁸

The IACtHR has also emphasized the rejection by IHRL of the practice of abduction of children. In the case of *Contreras et al. v. El Salvador*, the IACtHR has found that when children are separated from their families, their fundamental rights to their dignity and personal integrity are breached.⁹ Moreover, the references made in this case by the IACtHR to the 1996 UN Machel Report¹⁰ show a deep concern by the IACtHR about the psycho-social effects of violence against children in armed conflicts, including '[...] feelings of loss, abandonment, intense fear, uncertainty, anguish and pain.'¹¹

The aforementioned decisions, reports and resolutions share the view that the practice of abduction of children, regardless of the purpose behind the abduction or what happens subsequent to its commission, constitute a grave breach of IHRL and IHL, that causes great suffering and/or a serious attack on the physical integrity or mental or physical health of the victims.

Nevertheless, the abduction of children does not constitute an autonomous crime against humanity or war crime under the ICC Statute or ICL.¹² Moreover,

6 Office of the Special Representative of the United Nations Secretary-General for Children and Armed Conflict (2009/2013), see *supra* n. 3.

7 *Idem*. According to the Office of the Special Representative, the six grave violations against children during armed conflict, are the following: (i) recruitment and use of children; (ii) killing or maiming of children; (iii) sexual violence against children; (iv) attacks against schools or hospitals; (v) abduction of children; and (vi) denial of humanitarian access.

8 United Nations, Security Council, Resolution 2225 (2015), June 18, 2015, UN Doc. No.: S/RES/2225.

9 IACtHR, *Contreras et al. v. El Salvador, Judgment of 31 August 2011 (Merits, Reparations and Costs)*, August 31, 2011, para. 82.

10 Machel, G. (1996), *The Impact of Armed Conflict on Children, Report of the Secretary-General's expert, Ms. Graça Machel*, August 26, 1996, UN Doc. No.: A/51/306.

11 IACtHR, *Contreras et al. v. El Salvador, supra* n. 9, para. 85.

12 The working group in charge of preparing an initial draft of the SCSL Statute proposed to include as part of the provision on other serious IHL violations in non-international armed conflicts, 'the abduction of children under 15 for the purpose of using them to actively participate in hostilities.' Nevertheless, Amnesty International highlighted that this proposal was not acceptable because it implied that criminal liability would only arise if a child was abducted for the purpose of being an active combatant in hostilities. According to Amnesty International, this specific purpose requirement, which cannot be found in common Article 3 to the Geneva Conventions, also meant that abduction of children would not been a crime if it was carried out for other purposes, such as using the abductees: (i) to carry out other tasks (i.e. cooking or doing housework); or (ii) as sexual slaves. See Amnesty International (2000), *Sierra Leone: Recommendations on the draft Statute of the Special Court*, November 14, 2000, available at: https://www1.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000143.html [last visit: March 10, 2018]. The UN

at the national level, some domestic legislations treat the practice of abduction of children as a crime of ‘abduction,’¹³ whilst others consider it a crime of ‘kidnapping.’¹⁴

In light of the foregoing, this work analyzes whether the LRA’s practice of abduction of children (the term ‘abduction’ is used in this work to refer to this practice) could constitute the crime against humanity of torture, persecution or other inhuman acts under paragraphs (f), (h) and (k) of Article 7(1) of the ICC Statute. The analysis focuses on the specific elements of these three crimes, and therefore it does not extend to the contextual elements that are common to all crimes against humanity under Article 7 of the ICC Statute. Moreover, as the analysis does not take into consideration what happened to the children after being abducted, the crime against humanity of deportation or forcible transfer is not studied, because, as provided for in the EC, it requires that civilians be transferred from a place where they are legally established to another place.¹⁵

According to Article 21(1)(a) of the ICC Statute, the analysis conducted in the present work looks first into the ICC Statute, the EC and their interpretation by ICC jurisprudence. Subsequently, as provided for in Article 21(1)(b) of the ICC Statute, it also analyzes, when relevant, the jurisprudence of the ICTY, the ICTR and the SCSL. Reference will also be made, when appropriate, to the jurisprudence of international and regional human rights bodies, which is also applicable pursuant to Article 21 (3) of the ICC Statute.

Finally, although outside the scope of our analysis, it is worth mentioning that the LRA’s practice of abduction of children under the age of fifteen may also constitute a preparatory act to the commission of some other ICC crimes, namely, the crime against humanity of deportation or forcible transfer, the war crime of conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities,¹⁶ and some sexual based offences.¹⁷

In this regard, evidence provided by witnesses’ statements and other data collected from studies on Northern Uganda¹⁸ shows that the LRA is an organized armed group that feeds on children. Expert witness Tim Allen¹⁹ indicates

Security Council ended up rejecting the proposal. See United Nations, Secretary General, *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, October 4, 2000, UN Doc. No.: S/2000/915. See also SCSL, the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, *Judgment*, May 12, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T, , p. 165, n. 1056.

13 Ugandan Criminal Code, chapter XXIV, article 2.4.

14 US Model Penal Code, title 18, section 1201.

15 See Article 7(1)(d) and (2)(d) of the ICC Statute and the EC.

16 See Article 8(2)(c)(vii) of the ICC Statute and the EC.

17 See Article 7(1)(g) and 8(2)(c)(vi) of the ICC Statute and the EC.

18 Allen, T. & Vlassenroot, K. (2010), *The Lord’s Resistance Army: Myth and Reality*, London, Zed Books, p. 138.

19 *Idem*.

that LRA members were under instructions from their commanders to target adolescents aged between 12 and 16.²⁰ Moreover, according to World Vision Uganda, “[...] for over 3,000 former LRA soldiers, approximately 47%, were aged between 11 and 16 when taken. A further 36% were between 17 and 22 years old. Approximately 30% of abducted people seen by World Vision have been female; of these 54% have been aged between 11 and 16.”²¹ Therefore, for decades, age has been the main criterion in carrying out the LRA’s practice of abduction of civilians, because children are easier to indoctrinate and control.

3.2. The specific elements of the crime against humanity of torture under Article 7(1)(f) and (2)(e) of the ICC Statute and the EC

According to paragraphs (1)(f) and (2)(e) of Article 7 of the ICC Statute, the crime against humanity of torture occurs when, as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, the perpetrator, with knowledge of the attack, inflicts intentionally “[...] severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under [his] control [of the accused]; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions.”

Moreover, according to the EC, the crime against humanity of torture is comprised of the following specific elements:²² (i) the perpetrator inflicted severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons; (ii) the victim(s) was(were) in custody or under the control of the perpetrator; and (iii) the pain or suffering did not arise only from, and was not inherent in or incidental to, lawful sanctions.²³

20 According to Allen & Vlassenroot (2010), *supra* n. 18, p. 138, “[...] of those males abducted before age 30 over two-thirds were under 18 and over three-quarters were under 21 [...] The distribution of abduction age indicates that four times as many males aged 14 were abducted as those aged 9 or 23. The study provides that “from 1998 to 2004 a 14 years old youth in the study population had an average of a 5 percent chance of abduction (20 the level of risk faced by one aged either 9 or 23)”.

21 Figures presented by World Vision Uganda at the conference organized by the Foundation for Human Rights Initiative on *Challenges to Reconciliation and the Protection of Human Rights* held in Gulu (Northern Uganda) on July 7, 1997. These figures are included in Amnesty International (1997), *supra* n. 3, p. 10.

22 According to the EC, the crime against humanity of torture is also comprised of the following two contextual elements: (a) the conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population; and (b) the perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

23 Paragraphs (a)(ii) and (c)(i) of Article 8(2) of the ICC Statute and the EC also define and establish the elements of the war crime of torture, applicable in international armed conflicts and non-international armed conflicts.

The limited ICC jurisprudence existing so far on the definition and specific elements of the crime against humanity of torture states that the main objective element of the crime is the requirement of a severe and high degree of pain or suffering inflicted upon the victim(s) (severity threshold). As ICC Pre Trial Chamber II has stated in the Bemba case, '[a]lthough there is no definition of the severity threshold as a legal requirement of the crime of torture, it is constantly accepted in applicable treaties and jurisprudence that an important degree of pain and suffering has to be reached in order for a criminal act to amount to an act of torture.'²⁴

As pointed out by Pre-Trial Chamber II, the severity threshold is also provided for *inter alia* in the definition of torture under Article 1(1) of the Convention against Torture,²⁵ as well as in the jurisprudence of the ICTY, the ICTR, the SCSL and the ECtHR.²⁶ Nevertheless, they do not define the specific content of the severity threshold.

In this regard, it is worth-mentioning that Articles 3 and 5 of the ICTY Statute, Articles 3 and 4 of the ICTR Statute and Articles 2 and 3 of the SCSL Statute attribute jurisdiction to the ICTY, the ICTR and the SCSL over torture as a crime against humanity and as a war crime, but do not provide for a definition of torture. As a result, the jurisprudence of these international criminal tribunals has defined torture by looking into IHRL and IHL and has established that torture is comprised of two main elements: (i) the infliction, by an intentional act or omission, of severe pain or suffering, whether physical or mental (objective element); with (ii) the aim to obtain information or a confession, or to punish, intimidate or coerce the victim or a third person, or to discriminate, on any ground, against the victim or a third person (subjective element).²⁷

24 ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424, para. 193.

25 Article 1(1) of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted and opened for signature, ratification and accession by UN General Assembly Resolution 39/46 of December 10, 1984, and entered into force on June 26, 1987, says as follows: 'For the purposes of this Convention, the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.' See United Nations, General Assembly, Resolution 39/46, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984.

26 ECtHR, Ireland v. United Kingdom, *Judgment*, January 18, 1978, para. 167; ECtHR, Selmouni v. France, *Judgment*, July 28, 1999, para. 105; ECtHR, Aydin v. Turkey, *Judgment*, September 25, 1997, para. 82.

27 ICTY, the Prosecutor v. Anton Furundzija, Trial Chamber II, *Judgment*, December 10, 1998, Case No.: IT-95-17/1-T, para. 162. See also, ICTY, the Prosecutor v. Milorad Kmojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T, para. 180; ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu,

The ICTY, the ICTR and the SCSL, like the ICC, have not provided a clear definition of the severity threshold. Instead of defining the severity threshold, they have analyzed whether specific acts of violence, such as rape, meet the severity threshold.²⁸ Moreover, for these international criminal tribunals, the severity threshold (which is a core difference between the crimes against humanity of torture and the crime against humanity of other inhumane acts) has to be examined on a case-by-case basis, in the interest of not confusing an act of mere physical violence with conduct that may constitute torture.²⁹ To undertake this case-by-case analysis, the following factors are to be taken into consideration: '[...] the nature and context of the infliction of pain, the premeditation and institutionalization of the ill-treatment, the physical condition of the victim, the manner and method used, and the position of inferiority of the victim, the physical or mental effect of the treatment upon the particular victim, the victim's age, sex, or state of health. The extent that an individual has been mistreated over a prolonged period of time will also be relevant.'³⁰

The ICTY, the ICTR and the SCSL, like the ICC, also consider that the participation of State officials is not a requirement of the definition of the crime against humanity of torture.³¹ They have found that, while the definition of torture provided for in Art. 1(1) of the 1984 Torture Convention (which requires the involvement of State officials) reflects customary international law in relation to the content of the obligations of the States Parties, this is not the case in relation to the definition of torture as a crime against humanity.³²

Finally, concerning the subjective elements, the most relevant characteristic of the definition of the *crime against humanity* of torture in Article (7)(1)(f) and (2)(e) of the ICC and in the EC is the absence of a specific purpose requirement, as the one provided for in Article 1(1) of the Convention against Torture. On the other hand, and in accordance with the Convention against Torture, the definition of the *war crime of torture* in Article 8(2)(a)(ii) and (c)(i), and in the EC, as well as the definition of torture as a crime against humanity and as a war crime in the jurisprudence of the ICTY, the ICTR and the SCSL, also includes the specific purpose requirement.

Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T, paras. 593-595; ICTR, the Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Chamber III, *Judgment*, May 15, 2003, Case No.: ICTR-97-20-T, para. 544; SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, *Judgment*, June 20, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T, para. 726.

28 *Idem*.

29 SCSL (2007), *Brima, Kamara & Kanu Judgment*, *supra* n. 27, para. 726.

30 ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcać & Milojica Kos, Trial Chamber I, *Judgment*, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T, paras. 142-143.

31 *Idem*.

32 ICTR (2003), *Semanza Trial Judgment*, *supra* n. 27, para. 342.

In this regard, ICTY Trial Chamber II has highlighted in the Krnojelac case that “[t]orture as a criminal offence is not a gratuitous act of violence; it aims, through the infliction of severe mental or physical pain, to attain a certain result or purpose. Thus, in the absence of such purpose or goal, even very severe infliction of pain would not qualify as torture pursuant to Article 3 or Article 5 of the Tribunal’s Statute.”³³ Likewise, ICTR Trial Chamber III has emphasized in the Semanza case that torture involves the intentional infliction of severe mental or physical pain [...] for the purpose of obtaining information or a confession; or punishing, intimidating or coercing the victim or a third person; or discriminating, on any ground, against the victim or a third person.³⁴ As a result, except for the definition of the crime against humanity of torture in the ICC Statute and in the EC, all other definitions of torture as a crime against humanity or as a war crime include the specific purpose requirement.

In light of the foregoing, and considering that the definition of torture under the ICC, the ICTY, the ICTR and the SCSL Statutes do not require the involvement of State officials, it can be concluded that the LRA’s practice of abduction of children meets the objective and subjective specific elements of torture as a crime against humanity under Article 7(1)(f) and (2)(e) of the ICC Statute and the EC.

This conclusion is supported by a number of reasons. First, as seen above, the UN Security Council,³⁵ the Office of the Special Representative of the UN Secretary General³⁶ and IACtHR³⁷ consider that the abduction of children causes great suffering and/or a serious attack on the physical integrity or mental or physical health of the victims.

This view is also shared by two studies relied on by ICC Trial Chamber I in the Lubanga case, which looked into the practice of the *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (the armed wing of the *Union des Patriotes Congolais* presided over by Thomas Lubanga) of massive abductions of children under the age of fifteen in the district of Ituri (DRC) between July 2002 and the end of 2003, followed by their conscription into the FPLC.³⁸ Both studies concluded that the abduction of children causes serious traumatic consequences to their mental health, which in the long-term can hinder their normal and healthy development.³⁹ As a result, according to ICC Trial Chamber I,

33 ICTY (2002), *Krnojelac Trial Judgment*, *supra* n. 27, para. 180.

34 ICTR (2003), *Semanza Trial Judgment*, *supra* n. 27, para. 544.

35 United Nations (2015), Resolution 2225, *supra* n. 8.

36 Office of the Special Representative of the UN Secretary General for Children and the Armed Conflict (2009/2013), *supra* n. 3.

37 IACtHR (2011), *Contreras et al. v. El Salvador Judgment*, *supra* n. 9.

38 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2901, para. 41.

39 *Ibid.*, para. 39.

the protection of children's physical and psychological well-being from the risks associated with armed conflicts requires *inter alia* that they be offered protection against potential traumas that may result from their separation from their families, disruption in their education, and exposure to an environment of violence and fear.⁴⁰

In this context, the jurisprudence of the international criminal tribunals has pointed out that children's ages, physical condition and position of inferiority (being defenseless), as well as the violent methods used by the attackers and the physical and mental impact of the abduction on children, are some of the factors to be taken into consideration in determining whether the LRA's practice of abduction of children constitutes a crime against humanity of torture.⁴¹

Second, the requirement of custody or control upon the victim(s) was met at the moment LRA members abducted the children, regardless of whether subsequently some of the children could escape or were released by the LRA. Third, the suffering and pain caused to the children was not associated with any legal sanction. Finally, the absence of evidence to prove that abduction aimed at obtaining information or a confession, at providing punishment, intimidation or coercion, or at discriminating against the victims, is no longer a decisive factor,⁴² because the definition of torture as a crime against humanity under the ICC Statute and the EC do not include the specific purpose requirement.

3.3. The specific elements of the crime against humanity of persecution under Article 7(1)(h) of the ICC Statute and EC

Article 7(1)(h) of the ICC Statute provides for the crime against humanity of '[p]ersecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court.' Furthermore, paragraph 2(g) of the same provision makes clear that '[p]ersecution means the intentional and severe deprivation

40 *Ibid.*, para. 58.

41 SCSL (2007), *Brima, Kamara & Kanu Judgment*, *supra* n. 27, para. 726; see also ICTY (2001), *Kvočka, Radic, Zigic, Prcac & Kos Judgment*, *supra* n. 30.

42 The LRA's practice of abduction of children did not aim at obtaining information or a confession. Moreover, even when the LRA targeted the internal displaced persons (IDP) camps based on the belief that all civilians who resided in the camps were supporting the government, there is no evidence to affirm that the abduction of children from the camps aimed at punishing or discriminating against the victims.

of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity.’

Based on this, the EC has developed the specific elements of the crime against humanity of persecution as follows: (i) the perpetrator severely deprived, contrary to international law, one or more persons of fundamental rights; (ii) the perpetrator targeted the victim(s) by reason of the identity of a group or collectivity or targeted the group or collectivity as such; (iii) such targeting was based on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender grounds as defined in Article 7, paragraph 3, of the Statute, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law; and (iv) the conduct was committed in connection with any act referred to in Article 7, paragraph 1, of the Statute or any crime within the jurisdiction of the Court.⁴³

As a result, the question arises as to whether the LRA’s practice of abduction of children could constitute a severe deprivation of the victims’ fundamental rights based on a ground that is universally recognized as impermissible under international law, such as age (as seen above, there is ample evidence that age has been the main criterion in the selection of the victims of the LRA’s practice of abduction of civilians).⁴⁴ Moreover, in case of a positive answer, a second question arises as to whether the LRA’s practice of abduction of children was committed in connection with other acts that can constitute crimes against humanity or war crimes under the ICC Statute.

Regarding the first question, our analysis focuses on whether the act of abduction could constitute in itself a severe deprivation of the children’s fundamental rights. Given the limited ICC jurisprudence so far on the definition and specific elements of the crime against humanity of persecution, and considering that this crime has been a core crime in most cases brought before the ICTY, in answering this question it is important to look into how the ICTY jurisprudence has elaborated on the objective elements of the crime against humanity of persecution.

In this regard, ICTY Trial Chamber I has affirmed in the Krajisnik case that the crime against humanity of persecution requires an act or omission which discriminates in fact and denies a fundamental human right laid down in international law.⁴⁵ Furthermore, in the Kupreskic *et al.*⁴⁶ and the Kvočka

43 According to the EC, the crime against humanity of persecution is also comprised of the following two contextual elements: (a) the conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population; and (b) the perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

44 Allen & Vlassenroot (2010), *supra* n. 18, p. 138. See also Amnesty International (1997), *supra* n. 3, p. 10.

45 ICTY, the Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, Trial Chamber I, *Judgment*, September 27, 2006, Case No.: IT-00-39-T, para. 734.

46 ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Antic, Trial Chamber I, *Judgment*, January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T, para. 621.

et al. cases⁴⁷, ICTY Trial Chamber I has also stated that the objective elements of the crime against humanity of persecution includes any act that violates a fundamental right, as long as it has a level of gravity similar to the other crimes listed under Article 5 of the ICTY Statute.⁴⁸ As a result, although the ICTY has not made any specific finding with regard to the practice of abduction of children because the violence in the former Yugoslavia was significantly different from the LRA's practices, the ICTY jurisprudence has extended, as Pocar has emphasized,⁴⁹ the definition of persecution to a wide range of conduct that violate political, economic or social rights, and even to acts of humiliation and psychological abuse. Based upon this, and in the light of our conclusions in the previous section, it can only be concluded that the abduction of children constitutes a severe deprivation of the victims' fundamental rights.

Concerning the second question, the ICTY jurisprudence has also stressed that under customary ICL there is no need for the relevant conduct (the LRA's practice of abduction of children) to be committed in connection with any other act that constitutes a crime under international law.⁵⁰ As a result, the connection requirement is a specific characteristic of the definition of the crime against humanity of persecution in the ICC Statute and in the EC.

The existence of the connection requirement can be analyzed according to two different approaches. The first approach aims to identify whether other acts of violence constituting ICC crimes, such as mutilation, murder of family members, looting or humiliation, were committed by LRA members against the same children that were taken by force simultaneously to (or closely connected with) their abduction. This approach requires a case-by-case analysis.

In its decision on the confirmation of charges in the Ongwen case, ICC Pre-Trial Chamber II found substantial grounds to believe that many of the children that were abducted by LRA's members were subsequently conscripted, enlisted and/or used to participate actively in hostilities and/or subjected to sexual based offences.⁵¹ Based on this, the connection requirement between the LRA's practice of abduction of children and other ICC crimes committed against them appears to be met.

According to the second approach, a connection between the abduction of children with other ICC crimes may also exist when there is a systematic pattern of violations of other victims in the same context. For this approach, the connection requirement is met if, during the time when the LRA's practice of

47 ICTY (2001), *Kvočka et al. Trial Judgment*, *supra* n. 30, para. 185.

48 ICTY (2000), *Kupreskic et al. Trial Judgment*, *supra* n. 46, paras. 618-619.

49 Pocar, F. (2008), 'Persecution as a crime under International Criminal Law', *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 2, pp. 355-365.

50 ICTY (2000), *Kupreskic et al. Trial Judgment*, *supra* n. 46, para. 577.

51 ICC (2016), *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 2., paras. 136-145.

abduction of children was implemented, other members of the children's communities were also victims of other ICC crimes committed by LRA members.

This second approach has been taken by ICC Pre-Trial Chamber IV in the case against William Somei Ruto *et al.*, as it confirmed the charges of crimes against humanity of persecution, murder and forcible transfer based upon acts of violence committed against different victims who belonged to the same population that shared a common context.⁵² The same approach has been taken by ICC Pre-Trial Chamber II when confirming the persecution charges in the Ongwen case.⁵³

Based on the aforementioned, it can be concluded that the LRA's practice of abduction of children constitutes a severe deprivation of the victims' fundamental rights based on age (a ground that is universally recognized as impermissible under international law), that was implemented in connection with several other ICC crimes committed by the LRA against the abductees and other members of their communities.

3.4. The specific elements of the crime against humanity of other inhumane acts under Article 7(1)(k) of the ICC Statute and the EC

According to Article 7(1)(k) of the ICC Statute, the crime against humanity of other inhumane acts occurs when, as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, the perpetrator, with knowledge of the attack, inflicts intentionally upon the victim(s) great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health, by means on an inhumane act of a similar character to any other act referred to in Article 7, paragraph 1, of the ICC Statute. As stated by ICC Pre-Trial Chamber II in the Muthaura, Kenyatta and Ali case, the crime against humanity of other inhumane acts, provided for in Article 7(1)(k) of the ICC Statute, is considered a residual category of crimes against humanity, which aims to include conducts that do not amount to any other type of crimes against humanity under the ICC Statute.

According to the EC, the crime against humanity of other inhumane acts is comprised of the following specific elements: (i) the perpetrator inflicted on the victim(s) great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health, by means of an inhumane act; (ii) such act was of a character similar

⁵² ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kirprono Kosgey & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373, paras. 269-281.

⁵³ ICC (2016), *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 2., paras. 25, 39, 52 and 65.

to any other act referred to in Article 7, paragraph 1, of the Statute; and (iii) the perpetrator was aware of the factual circumstances that established the character of the act.⁵⁴

In light of the definition and elements of the crime against humanity of other inhumane acts under Article 7(1)(k) of the ICC Statute and the EC, the question arises as to whether the LRA's practice of abduction of children inflicted on the victim(s) great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health. Furthermore, in case of a positive answer, a second question arises as to whether the LRA's practice of abduction of children was of a character similar to any other act referred to in Article 7(1) of the ICC Statute.

Regarding the first question, the answer can be only in the affirmative because, as shown in previous sections, the LRA's practice of abduction meets the higher severity threshold required by Article 7(1)(f) and (2)(e) of the ICC Statute for the crime against humanity of torture. As Schabas has pointed out, inhumane treatment involves acts or omissions that do not necessarily rise to the same level of gravity as torture because the degree of physical or mental suffering required is lower than the one required for torture.⁵⁵

Concerning the second question, ICC Pre Trial Chamber I has stated in the Katanga case that the conduct of causing mental or physical injury constitutes a serious violation of international customary law and is of a similar nature and gravity to the other crimes against humanity referred to in Article 7(1) of the ICC Statute. Moreover, Pre-Trial Chamber I has also emphasized that the following factors must be taken into consideration to analyze whether the gravity threshold provided for in Article 7(1)(k) of the ICC Statute is met: the nature of the act, the context in which it occurred, the personal circumstances of the victim, (age, gender, and health), and the physical, mental and moral effects that the act caused on them.⁵⁶

The same approach has been taken by the SCSL Appeals Chamber, which in the Brima, Kamara & Kanu case has stated that in order for an act to qualify as a crime against humanity of other inhumane acts, an analysis must be made on a case-by-case basis taking into consideration criteria that are very similar to the criteria established by Pre-Trial Chamber I in the Katanga case.⁵⁷

54 According to the EC, the crime against humanity of other inhuman acts is also comprised of the following two contextual elements: (a) the conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population; and (b) the perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

55 Schabas, W. (2016), *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd. Ed., Oxford, Oxford University Press. See commentary to Articles 7(1)(k) and 8(2)(a)(i) and (c)(i).

56 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, September 30, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717, para. 449.

57 SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, *Judgment*, February 22, 2008, Case No.: SCSL-04-16-A, paras. 183-184.

In applying said factors to the LRA's practice of abduction of children, the following circumstances are to be taken into consideration. First, the practice of abduction took place in the context of a non-international armed conflict in Northern Uganda from 2002-2005. Second, the victims of this practice were usually children under the age of fifteen, who were defenseless against the violent methods used by the members of the LRA who abducted them. Third, abductions caused a serious impact on the mental health of the children, as shown by the studies relied on in the Lubanga case.⁵⁸ As a result, it can be concluded that the LRA's practice of abduction of children has a character similar to other acts referred to in Article 7(1) of the ICC Statute.

This conclusion is reinforced by the fact that during the drafting of the SCSL Statute a proposal was made by the drafting working group to include as part of the provision on other serious IHL violations in non-international armed conflicts, 'the abduction of children under 15 for the purpose of using them to actively participate in hostilities.'⁵⁹

3.5. Conclusion

The present work has studied whether the LRA's practice of abduction of children could constitute a crime against humanity of torture, persecution or other inhuman acts under paragraphs (f), (h) and (k) of Article 7(1) of the ICC Statute. The analysis has focused on the specific elements of these three crimes against humanity. The contextual elements that are common to all crimes against humanity under Article 7 of the ICC Statute have not been addressed. The conclusion is that the LRA's practice of abduction of children meets all specific elements of the crimes against humanity of torture, persecution and other inhuman acts that have been studied in this work.

3.6. Table of jurisprudence

European Court of Human Rights

ECtHR, Ireland v. United Kingdom, *Judgment*, January 18, 1978.

ECtHR, Aydin v. Turkey, *Judgment*, September 25, 1997.

ECtHR, Selmouni v. France, *Judgment*, July 28, 1999.

⁵⁸ ICC (2016), *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 2, paras. 65-85.

⁵⁹ Such proposal was finally rejected because it contained a specific purpose requirement that cannot be found in common Article 3 to the Geneva Conventions. See *supra* n. 12.

Inter-American Court of Human Rights

IACtHR, *Contreras et al. v. El Salvador, Judgment of 31 August 2011 (Merits, Reparations and Costs)*, August 31, 2011.

International Criminal Court

ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, September 30, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717

ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.

ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kirprono Kosgey & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373

ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2901

ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, paras. 60-64.

International Criminal Tribunal for Rwanda

ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T.

ICTR, the Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Chamber III, *Judgment*, May 15, 2003, Case No.: ICTR-97-20-T

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

ICTY, the Prosecutor v. Anton Furundzija, Trial Chamber II, *Judgment*, December 10, 1998, Case No.: IT-95-17/1-T.

ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Santic, Trial Chamber II, *Judgment*, January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T.

ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcać & Milojica Kos, Trial Chamber I, *Judgment*, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/I-T.

ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T.

ICTY, the Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, Trial Chamber I, *Judgment*, September 27, 2006, Case No.: IT-00-39-T.

Special Court for Sierra Leone

SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, *Judgment*, June 20, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T.

SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, *Judgment*, February 22, 2008, Case No.: SCSL-04-16-A

SCSL, the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, *Judgment*, May 12, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T,

3.7. Doctrine

Allen, T. & Vlassenroot, K. (2010), *The Lord's Resistance Army: Myth and Reality*, London, Zed Books.

Pocar, F. (2008), 'Persecution as a crime under International Criminal Law', *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 2, pp. 255-265.

Schabas, W. (2016), *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd. Ed., Oxford, Oxford University Press.

3.8. Resolutions, reports and other documents

Amnesty International (1997), *Uganda. Breaking God's commands: the destruction of childhood by the Lord's Resistance Army*, 1997, available at: <https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/afr590011997en.pdf> [last visit: March 12, 2018]

Amnesty International (2000), *Sierra Leone: Recommendations on the draft Statute of the Special Court*, November 14, 2000, available at: https://www1.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000143.html [last visit: March 10, 2018].

- Machel, G. (1996), *The Impact of Armed Conflict on Children, Report of the Secretary-General's expert, Ms. Graça Machel*, August 26, 1996, UN Doc. No.: A/51/306.
- Justice and Reconciliation Project (2008), *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*, available at: http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf [last visit: November 11, 2017].
- Office of the Special Representative of the UN Secretary General for Children and the Armed Conflict (2009/2013), *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation*, available at: https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper1_SixGrave-ViolationsLegalFoundation.pdf [last visit: March 12, 2018]
- United Nations, General Assembly, Resolution 39/46, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984.
- United Nations, Secretary General, *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, October 4, 2000, UN Doc. No.: S/2000/915.
- United Nations, Security Council, Resolution 2225 (2015), June 18, 2015, UN Doc. No.: S/RES/2225.

Evidence of facts underlying The contextual elements of crimes against humanity in ICC decisions on the confirmation of charges*

The epilogue of volume 1 of the collection *International Law Clinic Reports* consists of the executive summary of the main findings of the research conducted by the 2013 International Law Clinic on the following issue: whether, in ICC decisions on the confirmation of CAH charges issued prior to 2013, the facts underlying the contextual elements of CAH (the existence of a widespread or systematic attack against any civilian population in furtherance of the policy of a State or organization) were proven in the same way as the facts underlying the specific elements of CAH. The analysis was carried out against the backdrop that, in principle, both types of facts must be proven under the same evidentiary standard: the ‘substantial grounds to believe’ standard provided for in Article 61(7) of the ICC Statute.

The ICC Pre-Trial Chamber I’s decision on the confirmation of charges against Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui

The ICC Pre-Trial Chamber I’s decision on the confirmation of the charges against Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui is based on two different sets of facts: (i) facts referred only to prove the contextual elements of CAH; and (ii) facts referred to prove the contextual and specific elements of the CAH charged by the Prosecution.

The first set of facts is mainly comprised of acts of violence occurred in attacks carried out between February and March 2003 by the *Force de Résistance*

* Written by the following members of the 2013 International Law Clinic: Lorena Herrera Santamaría, María Paula López Velásquez, Daniela Suarez Vargas, Juan Camilo Serrano Uribe and Juan Sebastián Urrea Rodríguez. The research was conducted in 2013 under the supervision of Prof. Héctor Olasolo and Camila Suárez Angel.

Patriotique d'Ituri ('FRPI') and the *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* ('FNI') in several localities of the Ituri district (Nyakunde, Kilo, Tchomia, Katoto, Bunia, Mandro) of the Democratic Republic of the Congo (DRC), other than the village of Bogoro (which is also located in the Ituri district).

In particular, the decision mentions the killing of 900 civilians, which were predominantly Hema, who were murdered in Nyakasanza, Tchomia and Katoto in the month following the February 24, 2003, Bogoro attack.

The decision also mentions the murder of 600 Hema civilians in the villages of Mandro, Kilo and Drodo at the end of July 2003.

The second set of facts is comprised specifically of acts of violence occurred during the attack to the village of Bogoro on February 24, 2003. According to ICC Pre-Trial Chamber I, members of the FRPI and the FNI, led by Germain Katanga and Mathieu Ngudjulo Chui respectively, who were equipped with heavy armament, automatic pistols and machetes, surrounded Bogoro from all sides and indiscriminately attacked the entire village.

The type of evidence referred to by ICC Pre-Trial Chamber I to affirm the existence of substantial grounds to believe that the acts of violence alleged by the Prosecution in relation to the attacks in Nyakunde, Kilo, Tchomia, Katoto, Bunia and Mandro occurred, is rather different from the type of evidence referred to by ICC Pre-Trial Chamber I with regard to the acts of violence occurred in the Bogoro attack.

In relation to the violence against civilians occurred during the attacks in Nyakunde, Kilo, Tchomia, Katoto, Bunia and Mandro, ICC Pre-Trial Chamber I mentions exclusively reports of (i) the UN Mission in the Democratic Republic of Congo (MONUC); (ii) the UN Secretary-General; (iii) international organizations; (iv) non-governmental organizations; and (v) the media. Nevertheless, when it comes to acts of violence occurred during the Bogoro attack, ICC Pre-Trial Chamber I mainly refers to witnesses' written statements.

The ICC Pre-Trial Chamber II's decision on the confirmation of charges against Jean Pierre Bemba

Unlike ICC Pre-Trial Chamber I in the Katanga & Ngudjolo case, in the Bemba confirmation of charges decision, ICC Pre-Trial Chamber II refers to the same set of facts to affirm the existence of substantial grounds to believe that the contextual and specific elements of the CAH charged by the Prosecution are met.

When ICC Pre-Trial Chamber II analyses the contextual element of a widespread attack, it establishes that in the localities of Bangui, Bossangoa, Damara,

Bassebele, Sibut, Bozoum, Bossemptele, Pk 12, Pk 22 and Mongoumba, the troops of the *Mouvement pour la Libération du Congo* (MLC), commanded by Jean-Pierre Bemba, committed acts of rape, murder and pillage upon a great number of civilians between October 2002 and March 2003 (according to ICC Pre-Trial Chamber II, at least six crimes were daily brought to the attention of the Central African Republic authorities in this period of time).

Subsequently, when ICC Pre-Trial Chamber II analyses the specific elements of murder, rape and pillage as CAH, it mentions only acts of violence that occurred in said ten localities during the attacks executed by the MLC.

Moreover, ICC Pre-Trial Chamber II refers to the same type of evidence in the sections on the contextual elements of CAH and in the sections on the specific elements of murder, rape and pillage as CAH. Indeed, ICC Pre-Trial Chamber II mainly mentions witnesses' written statements, as it only refers for corroboration purposes to reports of international organizations, NGOs and Central African Republic institutions and authorities, as well as media reports. The reason for this approach is that these reports are considered indirect evidence by ICC Pre-Trial Chamber II because they do not provide firsthand information over the acts of violence they refer to.

The ICC Pre-Trial Chamber II's decision on the confirmation of charges against William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang

As in the Bemba case, in the Ruto & Sang confirmation of charges decision, ICC Pre-Trial Chamber II refers to the same acts of violence to affirm the existence of substantial grounds to believe that the contextual and specific elements of the CAH charged by the Prosecution are met.

In affirming the existence of a widespread attack, ICC Pre-Trial Chamber II mentions that between December 30, 2007, and January 16, 2008, Kalenjin gangs armed with machetes, *pangas*, bows, arrow, cans of petrol and firearms, carried out attacks in Turbo Town, Eldoret's Great area (especially, in Huru-ma, Kiambaa, Kimumu, Langas and Yamumbi), Kapsabet, Nandi Hills and the Uasin Gishu and Nandi districts, against ethnic groups (mainly, Kikuyus, Kambas and Kissis), which were perceived as supporters of the *Party of National Unity* (PNU).

Subsequently, in stating the existence of substantial grounds to believe that the specific elements of the CAH charged by the Prosecution are met, ICC Pre-Trial Chamber II only refers to acts of violence occurred in such attacks.

As a result, as in the Bemba case, the same type of evidence is mentioned by ICC Pre-Trial Chamber II to affirm the existence of substantial grounds to believe that the contextual and specific elements of the CAH charged by the Prosecution are met: witnesses' written statements corroborated by reports of international organizations and NGOs.

The ICC Pre-Trial Chamber II's decision on the confirmation of charges against Uhuru Muigai Kenyatta

As in the Bemba and Ruto & Sang cases, in the Kenyatta confirmation of charges decision, ICC Pre-Trial Chamber II refers to the same facts to affirm the existence of substantial grounds to believe that the contextual and specific elements of the CAH charged by the Prosecution are met.

The relevant acts of violence were carried out by members of the Mungiki group against ethnic groups (especially Luos, Kalenjins, and Luhyas) that were perceived as supporters of the *Orange Democratic Movement* (ODM). They took place: (i) in and around Nakuru city between January 24 and 27, 2008; and (ii) in and around Naivasha city after the elections of January 25, 2008, and from the morning of January 27 until the end of January 28, 2008.

As a result, the same type of evidence is mentioned by ICC Pre-Trial Chamber II to affirm the existence of substantial grounds to believe that the contextual and specific elements of the CAH charged by the Prosecution are met: witnesses' written statements corroborated by reports of international and non-governmental organizations.

Nevertheless, it is important to highlight that, unlike in the Bemba and Ruto & Sang cases, a significant number of reports are referred to by ICC Pre-Trial Chamber II in the Kenyatta confirmation of charges decision.

Conclusion

Two models of dealing with the evidence of the facts underlying the contextual elements of CAH have been identified in the ICC decisions on the confirmation of the charges that have been analyzed.

The first model, which has been embraced by ICC Pre-Trial Chamber I in the Katanga and Ngudjolo case, distinguishes between: (i) facts that are only related to the contextual elements of CAH; and (ii) facts that are related to

the contextual and specific elements of the CAH charged by the Prosecution. For this first model, reports by MONUC, the UN Secretary-General and international and non-governmental organizations, as well as media reports, could establish substantial grounds to believe that acts of violence underlying only the contextual elements of CAH have occurred.

Nevertheless, witnesses' written statements are required by ICC Pre-Trial Chamber I to establish substantial grounds to believe that those acts of violence underlying both contextual and specific elements of CAH have taken place.

For the second model, which has been embraced by Pre-Trial Chamber II in the Bemba, Ruto & Sang and Kenyatta cases, the contextual and specific elements of CAH are proven through the same set of facts. Moreover, they can only be proven through witnesses' written statements, because reports of international organizations (including the United Nations), NGOs and media sources only can only have, at best, a corroborative role.

Table of jurisprudence

International Criminal Court

ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, August 14, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717.

ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.

ICC, the Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, January 29, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-02/11-382-Red.

ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II *Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373.

PARTE II

VERSIÓN EN ESPAÑOL

4. Contenido y alcance del crimen de guerra de ordenar un acto de desplazamiento de la población civil conforme al artículo 8(2)(e)(viii) del Estatuto de la CPI*

4.1. Introducción

El presente trabajo analiza la cuestión relativa a si, conforme al artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI, una ‘orden’ de desplazamiento puede ser construida como un delito autónomo, punible en sí mismo y no dependiente de la ejecución del acto de desplazamiento ordenado. Así mismo, aborda también el alcance y contenido de los elementos objetivos y subjetivos de este crimen de guerra, aplicable a los CANIs, sobre la base de los siguientes conceptos: (i) la figura de los ‘actos preparatorios punibles’; (ii) la ‘orden’ como forma de responsabilidad penal individual, (iii) el ‘control efectivo’ en la doctrina de la responsabilidad del superior; y (iv) la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder. El trabajo finaliza con una breve consideración de la seguridad de las personas civiles y la necesidad militar en cuanto que circunstancias eximentes de responsabilidad.

* Escrito por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional de 2014: William Benjumea de Lima, Kerrin Buck, Laura Daniela González Guerrero, Andrea Guadarrama Prado, María Elvira Guerra Cújar, Álvaro Pío Jaramillo García, Melissa Mácher Reyes, Agustín Eugenio Martínez Elías, Bernardo Restrepo Noriega, Daniela Rodríguez Cuenca, Daniela Suárez Vargas y Juan Sebastián Tole Ramírez. La investigación fue desarrollada en 2014 bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo.

4.2. Ordenar el desplazamiento de la población civil como un acto preparatorio punible, y su relación con el crimen de lesa humanidad de desplazamiento forzado

La prohibición de ordenar el desplazamiento forzado está contemplada en: (i) el artículo 17 del PA II¹; (ii) la regla 129 (B) del estudio de DIH consuetudinario del CICR²; y (iii) el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI, que prohíbe ‘[o]rdenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas’.

El artículo 17 del PA II prohíbe el desplazamiento forzado de la población civil y no simplemente la orden de desplazar. Para Willms, esta es la interpretación más adecuada porque si se tipificara exclusivamente la orden de desplazar, se estaría alentando a los gobiernos y grupos insurgentes al uso de medios indirectos de coerción para el desplazamiento de la población civil³. Esto constituiría una violación del objeto y fin del PA II que es asegurar una mayor protección de las víctimas en los CANIs⁴. Los trabajos preparatorios del PA II fortalecen esta interpretación porque en ellos la expresión ‘desplazamiento forzado’ fue utilizada para incluir tanto medios directos como indirectos de llevarlo a cabo⁵.

La mayor parte de la legislación y jurisprudencia nacionales prohíben también los actos de desplazamiento forzado sin necesidad de que exista una orden para llevarlos a cabo⁶. Así mismo, existen diversas resoluciones del

1 Según el artículo 17 del PA II: ‘1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas [...] 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto’.

2 Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC, regla 129 (B). Según esta regla, ‘[l]as partes en un conflicto armado no internacional no pueden ordenar el desplazamiento, total o parcial, de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas’.

3 Willms, J. (2009), ‘Without order anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 875, pp. 547-565, p. 551.

4 *Idem*.

5 ICRC (1971), *Conference of government experts on the reaffirmation and development of International Humanitarian Law applicable in armed conflicts 24 May - 12 June 1971*, Vol. VI, p. 29, n. 9.

6 Véanse a este respecto los siguientes casos de práctica estatal relativos específicamente a CANIs: (i) Canadá: Law of Armed Conflict Manual (2004), p. 17; (ii) Colombia: Manual Militar Básico (1995), p. 77; (iii) Países Bajos: Military Manual (1993), p. ix; (iv) Nueva Zelanda: Military Manual (1992), para. 1823(1); (v) Georgia, Criminal Code (1999), artículo 411(2). Algunos tribunales nacionales han adoptado también esta posición. Véase, por ejemplo: Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia*, 18 de mayo de 1995, Caso Constitucional No.: C-225/95, para. 33.

Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas que condenan el desplazamiento forzado sin hacer referencia al requerimiento de una orden⁷. De estas resoluciones se puede concluir que todos los países firmantes implícitamente concuerdan en que la existencia de una orden no es un presupuesto necesario para condenar el desplazamiento forzado.

Conforme a la norma 129 (B) del estudio del CICR sobre DIH consuetudinario, las partes en un CANI deben evitar cualquier acto de desplazamiento causado por sus propios actos⁸, especialmente cuando es provocado por actos que infringen el DIH⁹. De esta forma, para el CICR, el uso de medios directos e indirectos que ocasionen el desplazamiento está prohibido.

En relación con el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI, la doctrina se encuentra dividida. Por un lado, se sostiene que el ámbito material de aplicación de este delito deber ser interpretado de forma amplia. Esto significa que, conforme al objeto y fin de la prohibición de la prohibición de desplazamiento forzado recogida en el PA II, la expresión ‘ordenar’ debe entenderse como toda acción que voluntariamente provoque el desplazamiento¹⁰.

Una segunda posición sostiene que el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI castiga solamente la emisión de una orden de desplazamiento como un acto preparatorio¹¹, independientemente de si provoca o no el inicio de la ejecución del acto de desplazamiento¹². De acuerdo con esta interpretación, ninguna actividad distinta de ordenar (como por ejemplo instigar), que pueda ir dirigida directa o indirectamente a provocar dicho desplazamiento, estaría incluida en esta disposición. En este sentido, Dörmann sostiene que el primer elemento del crimen fue redactado para subrayar la responsabilidad penal de la persona que da la orden, y no de quien realiza el desplazamiento en su ejecución¹³.

7 United Nations, Security Council, Resolution 1556 (2004), *Report of the Secretary-General on the Sudan*, July 30, 2004, UN Doc. No.: S/RES/1556; United Nations, General Assembly, Resolution 61/232 (2007), *Situation of human rights in Myanmar*, March 13, 2007, UN Doc. No.: A/RES/61/232; United Nations, General Assembly, Resolution 55/116 (2001), *Situation of human rights in Sudan*, March 12, 2001, UN Doc. No.: A/RES/55/116.

8 Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *supra* n. 2, p. 461.

9 *Idem*.

10 Sivakumaran, D. (2002), *The law of non-international armed conflict*, Oxford University Press, p. 285.

11 Roch, M.P. (1996), ‘Forced displacement in the former Yugoslavia: a crime under International Law?’, *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, p. 14; Carey, C.M. (1999), ‘Internal displacement: is prevention through accountability possible? A Kosovo case study’, *American University Law Review*, Vol. 43, p. 267.

12 Para Byron, que cita a Zimmerman, la expresión ‘ordenar’ restringe el crimen a situaciones donde se dicta una orden de desplazamiento de civiles, dejando fuera del mismo circunstancias donde los civiles se sienten obligados a escapar por los peligros del conflicto. Ver: Byron, C. (2013), *Studies in International Law: war crimes and crimes against humanity in the ICC Statute of the International Criminal Court*, Manchester, Manchester University Press, p. 184.

13 Dörmann, K. (2003), *Elements of war crimes under the ICC Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC, p. 472.

Si bien el origen de artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI se encuentra en el artículo 17 del PA II, que ha sido interpretado por el CICR como incluyendo la obligación de las partes en conflicto de no realizar actos que directa o indirectamente puedan dar lugar al desplazamiento de la población civil, lo cierto es que la interpretación literal del artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI es clara en el sentido de que la conducta tipificada es aquella de ‘ordenar el desplazamiento de la población’.

La precisión de la expresión utilizada en el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI para definir el crimen de ‘ordenar el desplazamiento’, unido a los principios de interpretación estricta de las definiciones de los crímenes previstos en el ECPI y de la prohibición de la analogía (ambos recogidos en el artículo 22(2) del ECPI), excluye el recurso a otros criterios interpretativos contenidos en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a los efectos de extender su ámbito material de aplicación.

En consecuencia, si bien conforme al artículo 17 del PA II la responsabilidad de las partes en un CANI se extiende a actos directos e indirectos que provoquen el desplazamiento de la población civil, lo cierto es que la responsabilidad penal derivada del artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI, sólo se extiende al acto de ordenar el desplazamiento como tal, con independencia de que la orden acabe o no provocando la ejecución del desplazamiento buscado con la misma.

De esta manera, entendemos que el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI, recoge el segundo tipo de acto preparatorio punible previsto en el ECPI: el primero es la instigación pública y directa para cometer genocidio recogida en el artículo 25(3)(g) del ECPI. Según esta última disposición, el acto de provocar a un tercero a que cometa un crimen de genocidio da lugar por sí mismo a responsabilidad penal siempre y cuando sea ‘público’ y ‘directo’¹⁴. No es por tanto necesario probar que se produjo el resultado genocida buscado, ni tan siquiera que se comenzó a ejecutar dicho crimen¹⁵. Así mismo, desde una perspectiva subjetiva, el acto de instigación tiene que realizarse con la intención de provocar que otros cometan el genocidio¹⁶, lo que implica la voluntad del instigador de crear en la persona el estado mental requerido¹⁷.

Cassese considera que los actos preparatorios punibles contenidos en el ECPI no se limitarían a estos dos, sino que incluirían la emisión de toda orden que instruya la comisión de cualquiera de los crímenes de la competencia de la CPI. En consecuencia, para este autor, quien emite una orden ilícita puede ser juzgado incluso si la misma no fue llevada a cabo por sus subordinados.

14 ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T, paras. 554-558.

15 ICTR, the Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze, Trial Chamber I, *Judgment*, December 3, 2003, Case No.: ICTR-99-52-T, para. 678.

16 Abtani, H. & Webb, P. (2008), *The genocide convention: the travaux préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.

17 ICTR, *Akayesu Trial Judgment*, *supra* n. 14, para. 560.

Para ello, sería suficiente con que el superior tenga la intención de que se ejecute la orden y sepa que la misma se dirige a ocasionar un crimen previsto en el ECPI. Cassese considera que los casos de Jacob H. Smith y Wilhem List *et al.* (conocido este último como el ‘caso de los rehenes’), desarrollados, respectivamente, ante una corte marcial en los EE.UU. en 1902 y ante un tribunal militar norteamericano conforme a la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado en 1947, apoyan esta interpretación¹⁸.

Sin embargo, como veremos en la próxima sección, la jurisprudencia internacional desde la década de 1990 no sigue esta aproximación. Por el contrario, considera que, a menos que se recoja expresamente en la norma penal (como es el caso del artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI), la responsabilidad por ordenar es según el Derecho Internacional Penal una forma de participación punible en un delito consumado (o al menos intentado).

En consecuencia, la Clínica Jurídica Internacional considera que será necesario acudir a otros tipos penales recogidos en el ECPI, como el CLH de desplazamiento forzado previsto en el artículo 7(1)(i), si se quiere afirmar la existencia de responsabilidad penal por actos distintos de ordenar, que directa o indirectamente hayan terminado provocando el desplazamiento de la población civil, o al menos iniciado la ejecución del acto de desplazamiento. Además, deberá probarse la concurrencia de los elementos contextuales comunes a todos los CLH según lo dispuesto en el artículo 7 del ECPI, de manera que el acto de desplazamiento forme parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil en ejecución de la política de un Estado o de una organización.

4.3. Elementos objetivos y subjetivos

Según los EC, el crimen de guerra de ordenar el desplazamiento de la población civil previsto en el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI contiene los siguientes elementos:

1. Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.
2. Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares.
3. Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

¹⁸ Cassese, A., Baig, L., Fan, M., Gaeta, P., Gosnell, C. & Whiting, A. (2013), *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2 Ed., p. 204.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Ante la inexistencia de jurisprudencia de la CPI sobre esta disposición, analizamos a continuación la jurisprudencia existente en otros tribunales penales internacionales sobre la ‘orden’ como forma de participación punible en un delito consumado o intentado, dejando para las próximas dos secciones el requisito de que ‘el autor haya estado en situación de causar el desplazamiento mediante la orden’ y la ausencia de justificación basada en razones de seguridad de los civiles o necesidad militar. Los dos últimos elementos, al ser comunes a todos los crímenes de guerra, no serán objeto del presente trabajo.

La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* establece que la ‘orden’, como forma de responsabilidad, está compuesta por dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo. El primero requiere que la orden (ya sea implícita o explícita, oral o escrita), sea emitida por un superior que se encuentra en posición de autoridad frente al autor material, o comandante intermedio, que recibe la orden¹⁹. En consecuencia, es perfectamente posible una cadena de órdenes a través de varios niveles de comandantes intermedios.

Al configurarse en el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI la responsabilidad por ordenar el desplazamiento como un acto preparatorio punible, donde no es necesario que se alcance la fase de ejecución, la posición de autoridad tiene que entenderse como relativa a aquellos frente a quienes se emite la orden. En consecuencia, para probar la posición de autoridad es necesario en primer lugar identificar a aquellos a quienes se les ha emitido la orden y sus posiciones dentro del grupo de que se trate²⁰.

Es importante subrayar que la posición de autoridad del superior que emite la orden se puede tener respecto a pequeños grupos armados, con una capacidad operativa limitada (por ejemplo, pequeños grupos paramilitares). Así mismo, también se puede tener frente a comandantes intermedios o autores materiales que no pertenecen a la misma organización. Este es el caso del comandante militar a cargo del área en el que opera un grupo paramilitar, a

19 ICTR, the Prosecutor v. Ephrem Setako, Trial Chamber I, *Judgment and sentence*, February 25, 2010, Case No.: ICTR-04-81-T, para. 240; ICTY, the Prosecutor v. Vujadin Popovic, Ljibisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero & Vinko Pandurevic, Trial Chamber II, *Judgment*, June 10, 2010, Case No.: IT-05-88-T, Vol. 1, para. 1012. Se debe probar una posición de autoridad por parte de quien emite la orden que provoca la comisión (o tentativa) del crimen por quien la recibe en cumplimiento de la misma. Ver también: ICTR, the Prosecutor v. Laurent Semanza, Appeals Chamber, *Judgment*, May 20, 2005, Case No.: ICTR-97-20-A, para. 361; ICTY, the Prosecutor v. Stanislav Galic, Appeals Chamber, *Judgment*, November 30, 2006, Case No.: IT-98-29-A, para. 176; ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Appeals Chamber, *Judgment*, December 17, 2004, Case No.: IT-95-14/2-A, para. 28.

20 ICTY, *Galic Appeal Judgment*, *supra* n. 19, para. 176. Ver también: Olasolo, H. (2013), *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 623.

cuyo jefe ordena la comisión por su grupo de ciertos delitos²¹. De ahí, que para probar la posición de autoridad no sea necesario demostrar primero una relación superior-subordinación. Esta última constituye únicamente un indicio de dicha posición de autoridad²².

No es posible concebir que una orden pueda ser impartida mediante una omisión en ausencia de un acto positivo previo²³. Sin embargo, a pesar de que las omisiones no son órdenes, sí pueden ser consideradas como pruebas circunstanciales de la existencia de un acto positivo previo de ordenar²⁴.

En cuanto al elemento subjetivo, este dependerá de la línea jurisprudencial de la CPI que se siga. Si se sigue lo establecido por la SCP I que acepta el dolo eventual, la persona que ordena solo deberá tener conciencia de la probabilidad sustancial de que con su orden genere la comisión del acto de desplazamiento. Sin embargo, si se sigue la línea jurisprudencial de la SCP II y de la SPI II, que requiere como mínimo que el autor tenga un dolo directo de segundo grado, la persona tendrá que actuar con la conciencia de que la orden emitida es suficiente para generar el acto de desplazamiento; en esta medida se actúa teniendo conciencia de la certeza, no de la probabilidad, de que se generará el acto de desplazamiento²⁵.

4.4. La capacidad de provocar el desplazamiento de la población civil a través de la orden

Los elementos del crimen de guerra de ordenar el desplazamiento de la población civil requieren que ‘el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden’. La doctrina y la jurisprudencia de la CPI no han desarrollado hasta el momento el contenido de este elemento.

La Clínica Jurídica Internacional entiende que dicho elemento no hace referencia a la autoridad para ordenar del superior, pues en caso de que no exista dicha autoridad, no podríamos encontrarnos ante una orden como tal. En consecuencia, este elemento se refiere a dos supuestos: (i) que aquél a quien se emite la orden tenga a su vez la autoridad para transmitir la orden a los potenciales autores materiales; y (ii) que los potenciales autores materiales

21 ICTR, the Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, Appeals Chamber, *Judgment*, September 22, 2005, Case No.: ICTR-99-54A-A, para. 76. El acusado no necesita dar una orden directa a la persona que comete el crimen y la orden no necesita darse por escrito o de alguna manera en particular.

22 Olasolo, H. (2013), *supra* n. 20, p. 622.

23 ICTY, *Galic Appeal Judgment*, *supra* n. 19, para. 176. Ver también: Olasolo, H. (2013), *supra* n. 20, p. 623.

24 ICTY, *Galic Appeal Judgment*, *supra* n. 19, paras. 176-177.

25 Olasolo, H. (2013), *supra* n. 20, p. 629.

tengan la capacidad para generar el acto de desplazamiento. En consecuencia, es necesario que la organización de que se trate tenga el suficiente número de miembros, así como la capacidad logística y operacional, para implementar en el terreno la orden de desplazar.

Estos dos elementos nos llevan al problema de las características del tipo de organización: (i) dentro de la cual se emite la orden desplazar; o (ii) a cuyo dirigente se le ordena, desde afuera de la misma, la comisión del acto de desplazamiento.

Entre las organizaciones o grupos que tendrían la necesaria capacidad para ejecutar una orden de cometer actos de desplazamiento, se incluyen en primer lugar aquellas organizaciones en las que es aplicable el concepto de autoría mediata, al caracterizarse por el automatismo en el cumplimiento de las órdenes de sus dirigentes, debido a su estructura jerárquica y al carácter fungible de sus miembros²⁶. Entre las mismas se encontrarían, unidades del ejército, la policía, los servicios de inteligencia y otras instituciones estatales de carácter federal, regional e incluso local (particularmente en las grandes ciudades).

Igualmente, la autoría mediata es aplicable a organizaciones no estatales, que cumplan con el requisito de automatismo en el cumplimiento de sus órdenes. Si bien, el caso Lubanga ha mostrado la dificultad de que una sola persona detente por sí misma el control de una organización no estatal, cuando existen dentro de la misma diversos subgrupos, y los servicios de inteligencia de varios Estados fomentan la división en la misma²⁷.

Así mismo, entendemos que organizaciones que no tienen la característica de automaticidad en el cumplimiento de las órdenes (como ciertos grupos paramilitares, carteles del narcotráfico o grupos armados de oposición al gobierno) puedan poseer la capacidad organizativa, logística y operacional para ejecutar una orden de desplazamiento dada por sus propios comandantes, o por quienes tiene una posición de autoridad sobre estos últimos²⁸. En todo caso, en este tipo de situaciones será necesario realizar un análisis caso por caso a la luz de factores tales como: (i) el carácter jerárquico de la organización y la posición de autoridad dentro de la misma de quien emite la orden; (ii) la extensión de

26 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, August 14, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717, paras. 538-539. Ver también: ICTY, the Prosecutor v. Milomir Stakic, Trial Chamber II, *Judgment*, July 31, 2003, Case No.: IT-97-24-T, paras. 493-494, 498.

27 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, January 29, 2007, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-803-tEN, paras. 375-376.

28 ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373, para. 349. Ver también: ICC, *Katanga & Ngudjolo Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 26, para. 518; ICTY, *Stakic Trial Judgment*, *supra* n. 26, paras. 497-498.

la organización y el número de sus miembros; y (iii) la capacidad tecnológica, logística y operativa de la que disponga la organización²⁹. Además, el hecho de que la orden haya ocasionado finalmente el acto de desplazamiento deber ser tenido también en cuenta a estos efectos.

4.5. La ausencia de justificación por razones de seguridad de las personas civiles o por necesidad militar

Los EC del crimen de guerra previsto en el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI incluyen como causas de justificación de una orden de desplazamiento no voluntario de la población civil, aquellos supuestos en que se encuentre justificada por razones de seguridad de la población objeto de la misma o necesidad militar. En consecuencia, para excluir la responsabilidad penal será necesario probar que: (i) la seguridad de los civiles desplazados se encontraba en riesgo y la orden se dirigió a garantizar la misma; o (ii) existía una imperiosa necesidad militar y la orden fue resultado de la misma. Por lo tanto, se puede afirmar que el elemento negativo del tipo penal aquí comentado no justifica de ninguna manera el desplazamiento como una táctica de guerra que proporcione una ventaja militar, para facilitar la dominación de un área³⁰, y/o la realización de operaciones contra grupos insurgentes³¹.

Es importante subrayar que el TPIY no distingue entre los actos de desplazamiento que están justificados por la seguridad de las personas civiles y los que están justificados por la necesidad militar³². Lo que el TPIY hace es analizar los criterios generales de evacuación recogidos en la CG IV, y realizar a continuación una comparación con los hechos del caso para confirmar si se ajustan o no a los requisitos procedimentales establecidos.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Byron, C. (2013), *supra* n. 12, p. 18.

³¹ Jacques, M. (2012), *Armed conflict and displacement: the protection of refugees and displaced persons under International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 56.

³² ICTY, the Prosecutor v. Mladen Naletelic & Vinko Martinovic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 31, 2003, Case No.: IT-98-34-T, paras. 514-518; ICTY, the Prosecutor v. Radislav Krstic, Trial Chamber I, *Judgment*, August 2, 2001, Case No.: IT-98-33-T, paras. 524-527; ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnjelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T, para. 475; ICTY, the Prosecutor v. Dusko Tadic, Trial Chamber II, *Judgment*, May 7, 1997, Case No.: IT-95-9-T, para. 125; ICTY, the Prosecutor v. Milan Martić, Trial Chamber I, *Judgment*, June 12, 2007, Case No.: IT-95-11-T, paras. 107-109; ICTY, the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Trial Chamber II, *Judgment*, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T, paras. 540, 556.

De esta manera, el TPIY considera que para que un desplazamiento involuntario sea legal (evacuación) deben seguirse las siguientes condiciones establecidas en el artículo 49 de la CG IV: (i) la evacuación debe realizarse total o parcialmente en una determinada región ocupada; (ii) la evacuación debe limitarse al interior del territorio ocupado, salvo que exista imposibilidad material para hacerlo; (iii) las personas protegidas no serán separadas de sus familiares; (iv) cuando cesen las hostilidades que han justificado el desplazamiento temporal, la población que haya sido evacuada debe retornar a sus respectivos hogares; (v) las personas protegidas que vayan a ser objeto de traslado o evacuación, deben ser acogidas en instalaciones adecuadas, y la evacuación debe efectuarse en determinadas condiciones de salubridad, higiene, seguridad y alimentación; (vi) la potencia protectora debe ser informada por la potencia ocupante acerca de los traslados y de las evacuaciones; (vii) la potencia ocupante no puede retener a las personas protegidas en una región particularmente expuesta a los peligros de guerra, a no ser que la seguridad de la población o imperiosas razones militares así lo requieran; y (viii) la potencia ocupante no puede evacuar o trasladar una parte de su propia población civil al territorio ocupado por la misma.

En consecuencia, la Clínica Jurídica Internacional considera que incurre en todo caso en responsabilidad internacional penal el superior que dicta un orden de desplazar que no se ajusta al procedimiento establecido, que no afirma su naturaleza temporal y que no va acompañada del retorno de la población civil desplazada una vez que han desaparecido las circunstancias de seguridad o necesidad militar que pudieron justificarla en un primer momento³³.

33 En el TPIY el desplazamiento trae responsabilidad cuando se genera de manera involuntaria, sea mediante coerción directa o indirecta. En consecuencia, el consentimiento de la población desplazada, o su falta de oposición, no justifica el traslado de la población civil porque puede estar viciado por cuanto puede reinar un ambiente de terror, o puede darse en el marco de una persecución. Así mismo, el consentimiento de la población civil para el desplazamiento no puede ser obtenido mediante acuerdos con sus líderes políticos o militares. Finalmente, existe responsabilidad conforme al artículo 7(1) del ETIPY, si la evacuación o el movimiento de la población civil es realizado, y una vez han desaparecido las circunstancias que dan origen al mismo, las personas no son devueltas a su lugar de origen. Ver: ICTY, *Naletilic & Martinovic Trial Judgment*, *supra* n. 32, paras. 521-532; ICTY, *Stakic Trial Judgment*, *supra* n. 26, paras. 681- 712.

4.6. Índice de jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional de Colombia, *Judgment*, 18 de mayo de 1995, Caso Constitutional No.: C-225/95.

Corte Penal Internacional

ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, January 29, 2007, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-803-tEN.

ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, August 14, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717.

ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T.

ICTR, the Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze, Trial Chamber I, *Judgment*, December 3, 2003, Case No.: ICTR-99-52-T.

ICTR, the Prosecutor v. Laurent Semanza, Appeals Chamber, *Judgment*, May 20, 2005, Case No.: ICTR-97-20-A.

ICTR, the Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, Appeals Chamber, *Judgment*, September 22, 2005, Case No.: ICTR-99-54A-A.

ICTR, the Prosecutor v. Ephrem Setako, Trial Chamber I, *Judgment and sentence*, February 25, 2010, Case No.: ICTR-04-81-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

ICTY, the Prosecutor v. Dusko Tadic, Trial Chamber II, *Judgment*, May 7, 1997, Case No.: IT-95-9-T.

- ICTY, the Prosecutor v. Radislav Krstic, Trial Chamber I, *Judgment*, August 2, 2001, Case No.: IT-98-33-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Mladen Naletelic & Vinko Martinovic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 31, 2003, Case No.: IT-98-34-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Milomir Stakic, Trial Chamber II, *Judgment*, July 31, 2003, Case No.: IT-97-24-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Trial Chamber II, *Judgment*, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Appeals Chamber, *Judgment*, December 17, 2004, Case No.: IT-95-14/2-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Stanislav Galic, Appeals Chamber, *Judgment*, November 30, 2006, Case No.: IT-98-29-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Milan Martić, Trial Chamber I, *Judgment*, June 12, 2007, Case No.: IT-95-11-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Vujadin Popovic, Ljebisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero & Vinko Pandurevic, Trial Chamber II, *Judgment*, June 10, 2010, Case No.: IT-05-88-T, Vol. 1.

4.7. Doctrina

- Abtani, H. & Webb, P. (2008), *The Genocide Convention: the travaux préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- Byron, C. (2013), *Studies in International Law: war crimes and crimes against humanity in the ICC Statute of the International Criminal Court*, Manchester, Manchester University Press.
- Carey, C.M. (1999), 'Internal displacement: is prevention through accountability possible? A Kosovo case study', *American University Law Review*, Vol. 43.
- Cassese, A., Baig, L., Fan, M., Gaeta, P., Gosnell, C. & Whiting, A. (2013), *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2 Ed.
- Dörmann, K. (2003), *Elements of war crimes under the ICC Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC.
- Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC.

- Jacques, M. (2012), *Armed conflict and displacement: the protection of refugees and displaced persons under International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Olasolo, H. (2013), *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Roch, M.P. (1996), 'Forced displacement in the former Yugoslavia: A crime under International Law?', *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1.
- Sivakumaran, D. (2002), *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press.
- Willms, J. (2009), 'Without order anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 875, pp. 547-565.

4.8. Resoluciones, informes y otros documentos

- ICRC (1971), *Conference of government experts on the reaffirmation and development of International Humanitarian Law applicable in armed conflicts 24 May - 12 June 1971*, Vol. VI.
- United Nations, General Assembly, Resolution 55/116 (2001), *Situation of human rights in Sudan*, March 12, 2001, UN Doc. No.: A/RES/55/116.
- United Nations, General Assembly, Resolution 61/232 (2007), *Situation of human rights in Myanmar*, March 13, 2007, UN Doc. No.: A/RES/61/232.
- United Nations, Security Council, Resolution 1556 (2004), *Report of the Secretary-General on the Sudan*, July 30, 2004, UN Doc. No.: S/RES/1556.

5. ¿Se encuentran protegidas las esposas o compañeras menores de 15 años de los miembros de las partes en un conflicto armado no internacional frente a la violencia sexual ejercida por sus propias parejas o por otros miembros del grupo al que pertenecen?*

5.1. Introducción

La determinación de los sujetos objeto de protección por el DIH en los CANIs continúa siendo una cuestión controvertida de indudable relevancia, si tenemos en cuenta que más del noventa por ciento de conflictos armados existentes en la actualidad tienen un carácter no internacional¹. El presente trabajo analiza un aspecto importante de esta discusión, consistente en si las niñas menores de 15 años son objeto de protección por el DIH frente a la violencia ejercida sobre las mismas por los miembros del grupo que las ha alistado o reclutado.

Para ello se centra en la violencia sexual sufrida entre 2002 y 2003 por las menores de 15 años dentro de las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC). Estos actos de violencia hacen parte del caso ante la CPI contra Bosco Ntaganda, comandante adjunto de operaciones de las FPLC, constituido a mediados de 2002 como brazo militar de la *Union des Patriotes Congolais* (UPC). Ambos movimientos, político y militar, fueron comandados

* Escrito por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional de 2015: Vanessa Bonilla Tovar, Hanna Bosdriesz, Lina María Caballero Martínez, María Alejandra Castillo Montilla, Janluck Canosa Cantor, Andrea Catalina Cabrales Villamizar, Carlos Gabriel Jácome Romero, Carmen Suleika Mané Granados, Laura Marcela Quijano Ortiz, Daniela Suárez Vargas y Sander Wirken. La investigación fue desarrollada en 2015 bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo y Álvaro Pío Jaramillo García.

1 Escola de Cultura de Pau (2004), *Alerta 2004! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Escola de Cultura de Pau, p. 17. Ver también: Rodríguez-Villasante, J.L. (2013), 'La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades', *Cuadernos de Estrategia*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Vol. 160, p. 167; Fernández, J., Miralles, F., & González, B. (2001), *Adiós a las armas: ni un solo niño en la guerra*, Madrid, UPCO, p. 78.

entre julio de 2002 y agosto de 2003 por Thomas Lubanga Dyilo, ex gobernador del distrito de Ituri en la República Democrática del Congo, y primer condenado por la CPI².

Para analizar esta problemática es necesario abordar varias cuestiones. En primer lugar, es necesario determinar si, en los CANIs, la protección ofrecida a la población civil, incluyendo a las niñas menores de 15 años, se limita a la violencia cometida por los miembros de las partes en conflicto con las que las víctimas no se encuentran afiliadas; o si, por el contrario, se extiende también dicha protección a la violencia ejercida por cualquiera de las partes en conflicto.

En este sentido, cabe subrayar que el DIH aplicable a los CAIs limita la protección a los actos cometidos contra la población civil por el enemigo, ya sea definido en términos de nacionalidad, como se ha considerado tradicionalmente, o a la luz de otros rasgos distintivos como la etnicidad, tal y como ha subrayado el TPIY³. En consecuencia, es necesario analizar si esta misma limitación opera también en los CANIs; o, si por el contrario, al tratarse estos últimos de conflictos que se desarrollan en el territorio de un sólo Estado por partes que con frecuencia se diferencian por su ideario social, político y económico, esta limitación no es aplicable en este tipo de conflictos, de manera que en los mismos la población civil se encuentra protegida contra la violencia ejercida por cualquiera de las partes en el conflicto.

En segundo lugar, estudiaremos si las niñas menores de 15 años que son alistadas o reclutadas para cumplir las funciones de ‘esposas’ o ‘compañeras’ de los comandantes de los grupos armados organizados participantes en un CANI, son consideradas por el DIH como miembros del grupo; o, alternatively, y a pesar de convivir con dichos comandantes, como población civil protegida por el DIH.

En este último supuesto, será necesario también analizar si las actividades que habitualmente realizan de asistencia a sus ‘esposos’ o ‘compañeros’ pueden ser, o no, calificadas como participación directa en las hostilidades. De ser así, a pesar de constituir población civil, perderían su protección durante el tiempo en que realicen dichas actividades. Por el contrario, si las funciones que realizan no son merecedoras de tal calificación, mantendrán en todo momento

2 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06.

3 ICTY, the Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber, *Appeal Judgment*, July 15, 1999, Case No.: ICTY-94.1-A, paras. 166-169; ICTY, the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T, paras. 126-127; ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, *Judgment*, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T, para. 152; ICTY, the Prosecutor v. Stanislav Galic, Trial Chamber I, *Judgment*, December 5, 2003, Case No.: IT-98-29-T, paras. 45-53; y ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Pasic & Vladimir Santic, Trial Chamber II, *Judgment*, January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T, paras. 522-523.

su protección como integrantes de la población civil, a pesar de la asistencia que puedan brindar a sus ‘esposos’ o ‘compañeros’.

Finalmente, analizaremos si ciertos grupos particularmente vulnerables a la violencia propia de un CANI, y en particular las niñas menores de 15 años disfrutan de un régimen especial de protección.

5.2. ¿Existe alguna limitación en la protección del DIH a la población civil en los CANIs por razón de su filiación a alguna de las partes en el conflicto?

La defensa de *Bosco Ntaganda* afirma que las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por cualquiera de las partes en un CANI, sólo tienen protección frente a las partes en el conflicto con las que no se encuentran afiliadas⁴.

Sobre esta cuestión, el artículo 3 común a los CGs, afirma que todas las personas que no participen directamente⁵ en las hostilidades dentro de un CANI se encuentran protegidas ‘[...] sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo’.

En este sentido, el CICR subraya que la intención del artículo 3 común es buscar una protección general para quienes no estén participando directamente en las hostilidades, indistintamente de la filiación que tengan con cualquiera de las partes del conflicto⁶. Además, según el propio CICR, las partes deben propender por una aplicación amplia del artículo 3 común, evitando realizar interpretaciones restrictivas que introduzcan distinciones que no se encuentran recogidas en el mismo⁷.

En consecuencia, la protección atribuida por el artículo 3 común a la población civil, de la que las niñas menores de 15 años forman parte, no

4 ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Defense of Bosco Ntaganda, *Defense application in relation to counts 9 and 6 pursuant to Article 19 and Rule 58*, September 1, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-804-ENG, paras. 23-24, 28-29.

5 Melzer, N. (2010), *Guía para interpretar la noción de participación activa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, ICRC, p. 43.

6 Pictet, J. (1952), *Commentary to the first Geneva Convention*, ICRC, sección relativa al párrafo 1 del artículo 3 común.

7 Se debe tener también en cuenta el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Conforme al mismo, los tratados deben interpretarse ‘[...] de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin’.

El objeto y fin de un tratado es especialmente relevante cuando su objetivo es brindar protección a aquellos que no participan directamente en las hostilidades.

depende de su filiación con alguna de las partes en el CANI, y se extiende, en principio, a todos los actos de violencia, entre los que se encuentran los de naturaleza sexual cometidos por cualquiera de las partes en el conflicto⁸.

5.3. ¿Son las niñas que actúan como ‘esposas’ o ‘compañeras’ de quienes integran las partes en un CANI miembros de las mismas?

En los CANIs son, en principio, personas protegidas todas aquellas que no son miembros de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto⁹. Estas últimas se encuentran conformadas por todas los grupos y unidades que, según su derecho interno, integran o se encuentran adscritas a sus estructuras armadas, incluyendo los ejércitos de tierra, mar y aire, la policía, la inteligencia militar, los reservistas y, en su caso, las unidades de policía e inteligencia civil¹⁰.

La protección que el DIH ofrece a quienes no son miembros de las fuerzas armadas del Estado afectado se pierde automáticamente al convertirse en miembro de un grupo armado organizado¹¹. La pérdida de protección se mantiene durante todo el tiempo que dura su membresía en el grupo¹². De esta manera, aun cuando no se encuentren desarrollando en un momento dado operaciones militares (como por ejemplo al encontrarse de permiso) pueden ser, conforme al DIH, objeto de ataque mientras dure su vinculación con el grupo¹³.

8 United Nations, Security Council, Resolution 2106 (2013), *Sexual violence in conflict*, June 24, 2013, UN Doc. No.: S/RES/2106. Ver También: United Nations, Secretary General, *Report to the General Assembly on sexual violence related to the conflict*, January 13, 2012, UN Doc. No.: S/2012/33, pp. 2, 6, paras. 17-18; United Nations, Secretary General, *Report to the Security Council on sexual violence related to the conflict*, March 23, 2015, UN Doc. No.: S/2015/203, paras. 7, 18, 29, 61, 64, 83; United Nations, Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict (2013), *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation*, Working Paper No. 1, p. 16.

9 ICRC (2008), ‘Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law. Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009.’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, p. 1004. Ver también: ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424, para. 78.

10 Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC, pp. 11-17.

11 Artículo 1 (1) del PA II. Ver también: Schmitt, M. (2010), ‘The interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities: a critical analysis’, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, pp. 5-44, p. 21.

12 *Idem*.

13 *Idem*.

El CICR utiliza un criterio funcional a la hora de distinguir en los CANIs entre quienes son miembros de un grupo armado organizado y quienes no ostentan esta condición¹⁴. Como Williamson señala, conforme al mismo, únicamente se consideran miembros del grupo a quienes asumen una función continua de combate¹⁵, lo que significa que la pertenencia al grupo no se expresa necesariamente mediante el uso de uniformes, insignias o tarjetas de identificación¹⁶. Para Schmitt, la aplicación del criterio de la función continua de combate no significa otra cosa que afirmar que quienes participan directamente en las hostilidades de manera prolongada adquieren la condición de miembros del grupo¹⁷.

De esta manera, quienes preparan, ejecutan o dirigen a lo largo del tiempo las operaciones militares de un grupo armado organizado mantienen una función continua de combate¹⁸. Lo mismo ocurre con quienes son alistados, reclutados, entrenados y equipados para participar directa y continuadamente en las hostilidades en nombre del grupo, aun cuando no hayan llevado a cabo algún acto hostil¹⁹.

Por el contrario, quienes acompañan o apoyan a un grupo armado organizado de manera prolongada, pero sin desarrollar funciones que los involucran directamente en las hostilidades, no pueden ser considerados como miembros del grupo²⁰. En la misma situación se encuentran quienes limitan su actividad dentro del grupo al reclutamiento, financiación o entrenamiento, a menos que tengan una función adicional que los vincule directamente a las hostilidades²¹. También conservan su protección las personas que adquieren, fabrican y hacen mantenimiento a las armas, o que realizan trabajos de inteligencia al margen de operaciones militares específicas²².

De esta manera, el DIH distingue, en principio, entre aquellas niñas menores de 15 años que son alistadas o reclutadas por grupos armados organizados para ser formadas y equipadas con el fin de participar directamente en las hostilidades de manera prolongada, y aquellas otras que son alistadas o reclutadas para acompañar o asistir de manera continuada al grupo sin desarrollar actividades de participación directa en las hostilidades.

14 ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1006.

15 Williamson, J.A. (2010), 'Challenges of twenty-first century conflicts: a look at direct participation in hostilities', *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20, pp. 457-471, p. 464.

16 ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1006.

17 Schmitt, M. (2010), *supra* n. 11, p. 21.

18 Melzer, N. (2009), *Interpretive guidance for the notion of active participation in the hostilities under International Humanitarian Law*, Ginebra, ICRC, p. 34.

19 ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1007.

20 *Ibid.*, p. 1008.

21 *Ibid.*, p. 1021.

22 *Ibid.*, pp. 1008, 1021-1022.

Si bien es necesario realizar un análisis caso por caso para determinar esta cuestión, los casos contra Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda muestran que, como regla general, las niñas menores de 15 años no desarrollan de manera prolongada actividades de participación directa en las hostilidades²³. En consecuencia, a pesar de acompañar permanente al grupo y de ser ‘esposas’ o ‘compañeras’ de sus miembros y comandantes, no asumen una función continua de combate y no pueden ser consideradas como miembros del grupo.

5.4. ¿Desarrollan las esposas o compañeras de los miembros de las partes en un CANI actividades de participación directa en las hostilidades?

En los CANIs, se puede perder también la protección, aún sin convertirse en miembro de una de las partes en conflicto, realizando actividades ocasionales de participación directa en las hostilidades en favor de una de las mismas, y en detrimento de la otra²⁴.

En este sentido, el artículo 3 común circunscribe la protección a ‘[l]as personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa’. Por su parte, el artículo 13(3) del PA II (lo mismo dispone el artículo 51(3) del PA I en relación con los CAIs) prevé que las personas protegidas mantengan su protección a menos que participen directamente en las hostilidades y por el tiempo durante el cual se prologue dicha participación.

En consecuencia, a la hora de aplicar estas disposiciones, es necesario distinguir entre los actos que se consideran participación directa en las hostilidades y aquellos de participación indirecta que no implican la pérdida de protección. A este respecto, el CICR ha afirmado que para que una actividad específica pueda ser considerada como participación directa en las hostilidades es necesario que cumpla con los siguientes tres requisitos: (a) umbral de daño; (b) causalidad directa; y (c) nexo de beligerancia²⁵.

23 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 14, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2842, paras. 878- 882, 892; ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda*, June 9, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-309, para. 82.

24 Melzer, N. (2009), *supra* n. 18, pp. 45-64, 70.

25 ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1016.

El umbral de daño exige la probabilidad objetiva de que el acto de que se trate pueda afectar adversamente las operaciones o capacidad militar de una parte del conflicto²⁶; o, alternatively, pueda producir la muerte, lesión o destrucción de personas o bienes protegidos²⁷. La causalidad directa requiere la existencia de un nexo causal entre el umbral de daño y el acto en cuestión, ya sea considerado en sí mismo o como parte de una operación militar coordinada de la que constituya una parte integral²⁸. En este sentido, los actos preparatorios para la ejecución de una operación militar, así como el despliegue hacia el lugar de ejecución y el retorno de éste forman parte integral de la operación²⁹. Finalmente, el nexo beligerante exige que el acto deba haber sido específicamente diseñado para causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte del conflicto y en menoscabo de otra³⁰.

Si bien, como analizan en profundidad Báez *et al.*³¹, Schmitt difiere del CICR en aspectos concretos relativos al contenido de los tres requisitos que acabamos de mencionar³², lo cierto es que los actos de naturaleza sexual coercitivamente desarrollados por las niñas menores de 15 años reclutadas por las FPLC en favor de los comandantes y miembros del grupo con los que se encontraban casadas, o en pareja, no cumplen ninguno de estos tres requisitos.

A esta conclusión se llega al constatar que tales actos (a) no son idóneos para causar directamente por sí mismos el umbral de daño requerido; (b) no forman parte integral de ninguna operación militar que pudiera generar dicho umbral de daño; y (c) no poseen el nexo beligerante requerido, puesto que no están específicamente diseñados para causar un menoscabo a la parte adversa de las FPLC.

Además de las actividades de naturaleza sexual, las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC desarrollaron, mientras estuvieron vinculadas a este grupo, otro tipo de actividades, incluyendo trabajo doméstico, donde principalmente desempeñaron tareas culinarias³³. Además, transportaron comida a bases aéreas y acompañaron a las otras esposas de los comandantes³⁴. Si bien cada una de estas actividades debe ser analizada caso por caso, lo cierto

26 *Idem.*

27 *Ibid.*, p. 1017.

28 *Ibid.*, p. 1019.

29 *Idem.*

30 *Ibid.*, p. 1025.

31 Castillo Forero, S., Lozano Pradere, F., Mateus Ramírez, L. & Molano Araque, A. (2012), *Pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados*, International Law Clinic, disponible en: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/documentos/2012-Semestre-II-Perdida-de-la-Condicion-de-Person/>.

32 Schmitt, M. (2010), *supra* n. 11, pp. 5-44.

33 ICC, *Lubanga Trial Judgment*, *supra* n. 23, para. 623; ICC, *Ntaganda Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 23, para. 82.

34 *Idem.*

es que, según la Sala de Primera Instancia I en el caso *Lubanga*, ninguna de las mismas parece cumplir con los tres requisitos necesarios para su consideración como participación directa en las hostilidades³⁵. De ahí, que las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC no perdieran en ningún momento su protección.

En este sentido, conviene subrayar que la versión en inglés del artículo 3 común ha inducido a cierta confusión, al utilizar el adjetivo ‘*active*’ para calificar el tipo de participación en las hostilidades que da lugar a la pérdida de protección, en lugar del adjetivo ‘*direct*’ usado con este mismo fin en otros instrumentos de DIH³⁶. En este contexto, el CICR entiende que los términos ‘*active*’ y ‘*direct*’ deben ser entendidos como sinónimos, puesto que las versiones francesa y española del texto usan únicamente la expresión ‘*directament/directamente*’³⁷ para referirse al tipo de participación en las hostilidades requerida para la pérdida de protección³⁸. En consecuencia, para el CICR ambos adjetivos representan el mismo nivel y grado de participación en las hostilidades³⁹. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Internacional Penal para Ruanda en el caso en el caso *Akayesu*⁴⁰.

Sin embargo, la CPI ha distinguido en el caso *Lubanga* entre participación ‘activa’ y ‘directa’ y al interpretar el contenido del crimen de guerra de utilizar menores de 15 años para ‘participar activamente’ en las hostilidades, previsto en el artículo 8(2)(e)(vii) del ECPI⁴¹. De esta manera, para la Sala de Primera Instancia I, el término participación activa en este crimen de guerra incluye la utilización de niños y niñas, tanto para realizar actividades de participación directa propiamente dichas, como para llevar a cabo otras actividades, que dentro de la clásica distinción entre participación directa e indirecta son consideradas como actividades de participación indirecta, pero suponen una contribución efectiva a las hostilidades (este sería el caso, por ejemplo, de las niñas que, sin estar involucrados en los combates, son utilizadas como guardaespaldas de los comandantes del grupo)⁴².

Ahora bien, la distinción realizada por la Sala de Primera Instancia I entre participación ‘activa’ y ‘directa’ en las hostilidades se ha limitado exclusivamente, por el momento, a la interpretación del crimen de guerra arriba mencionado, sin que haya sido utilizada para interpretar de forma extensiva las actividades

35 *Idem*.

36 Arts. 47, 51 (3) y 77 (2) del PA I. Ver también: Arts. 4(3)(c), 4(3)(d) y 13(3) del PA II.

37 En francés ‘*directement*’; en español ‘directamente’.

38 ICRC (2008), *supra* n. 9, p. 1014.

39 *Idem*.

40 ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T, para. 629.

41 ICC, *Lubanga Trial Judgment*, *supra* n. 23, para. 628.

42 *Idem*.

que, conforme al concepto de participación directa en las hostilidades, dan lugar a la pérdida de protección. En consecuencia, a la hora de determinar si las actividades realizadas por las niñas menores de 15 años en favor de la parte en el conflicto que las ha alistado o reclutado les hace perder su protección, es necesario analizar únicamente si se cumplen, o no, los requisitos para que dichas actividades puedan ser caracterizadas como participación directa en las hostilidades.

En este sentido, como hemos visto, la Sala de Primera Instancia I en el caso Lubanga, ha considerado que ni las actividades de naturaleza sexual, ni ninguna otra de las actividades desarrolladas por las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC, constituyen una participación directa en las hostilidades que les haya hecho perder su protección. Además, para la Mayoría de la Sala de Primera Instancia I⁴³, dichas actividades (incluidas las de naturaleza sexual) no cumplen ni tan siquiera con los requisitos más flexibles de la participación activa, puesto que las mismas (especialmente las relaciones sexuales mantenidas con sus esposos o compañeros en las FPLC) no prestaron en ningún momento una contribución efectiva a las hostilidades⁴⁴.

En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en su decisión de confirmación de cargos contra Bosco Ntaganda, ha ido incluso más allá al afirmar en relación con las actividades sexuales de las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC, que no es posible que la función de compañera sexual se pueda dar de manera concomitante a la de participación activa en las hostilidades⁴⁵.

5.5. Alcance del régimen de protección especial de las niñas menores de 15 años en los CANIs

Una interpretación integrada del DIH, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal⁴⁶, superadora de la tradicional

43 *Ibid.*, paras. 622-623.

44 En sentido contrario, ver: ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ‘Separate and dissenting opinion by judge Odio Benito’, in *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 14, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2842.

45 ICC, *Ntaganda Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 23, para. 79. Grey adopta esta misma posición, debido a la especial protección que el artículo 4(3) del PA II ofrece a las niñas menores de 15 años como consecuencia de su particular vulnerabilidad. Ver: Grey, R. (2014), ‘Sexual violence against child soldiers’, *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 16, No. 4, p. 611.

46 Droegge, C. (2008), ‘Elective affinities? Human rights and humanitarian law’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, pp. 501-548.

concepción del DIH como *lex specialis* en las situaciones de conflicto armado⁴⁷, provee de una amplia protección a las niñas menores de 15 años en los CANIs.

Esta protección no sólo se limita a la otorgada a la población civil en los casos en que las niñas no sean miembros de las partes involucradas en el conflicto al no cumplir una función continua de combate, ni participar directamente en las hostilidades, sino que debido al carácter vulnerable que tienen los niños en general⁴⁸, y las niñas menores de 15 años en particular, presenta manifestaciones propias en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁴⁹, los CGs y sus PAs, el ECPI de 1998 y las Resoluciones 1882 (2009), 1960 (2010) y 2106 (2013) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En este sentido, la Oficina del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados ha subrayado que el DIH ofrece una protección especial a los niños y

47 Esta distinción entre el DIH como *lex specialis* y el DIDH como *lex generalis* ha perdido vigencia en la doctrina, y tampoco ha sido aceptada por la jurisprudencia de los tribunales regionales de Derechos Humanos. Ver: Milanovic, M. (2014), 'The lost origins of *lex specialis*: rethinking the relationship between human rights and International Humanitarian Law', in Ohlin, J. (ed.), *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press; Isupova, M.V. (2013), 'Interrelationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in the process of fragmentation of International Law', *Russian Juridical Journal / Rossijskij Juridiceskij Zurnal*, Vol. 92, No. 5, pp. 43-48.

48 Hernández, D.M. (2000), 'Menores y conflicto armado', *Revista Derecho del Estado*, No. 9, pp. 145-166.

49 Fuera del ámbito específico de los conflictos armados, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente: '1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada'. Además, el artículo 19 de la Convención prevé: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial". El Comité de los Derechos del Niño, en su comentario general No. 13, de 18 de abril de 2011, ha afirmado que el artículo 19 de la Convención debe entenderse en el contexto más amplio posible para eliminar y combatir todas las formas de violencia contra los niños y las niñas, excluyendo cualquier tipo de violencia por leve que sea, y protegiéndolos en cualquier tipo de entorno o en el tránsito entre entornos. Ver: United Nations, Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 13 (2011) - The right of the child to freedom from all forms of violence*, April 18, 2011, UN Doc. No.: CRC/C/GC/13, paras. 7, 19.

niñas, puesto que los artículos 3 común y 27 del CG IV, así como los artículos 75(2), 76(1) y 77(1) del PA I y 4(2)(e) del PA II, disponen que los atentados contra la vida y la integridad corporal, contra la dignidad personal y los tratos humillantes y degradantes, como la violencia sexual y todo ataque contra el pudor de las personas, en especial de los niños y las niñas, están absolutamente prohibidos⁵⁰.

Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en varias ocasiones ha reiterado la protección especial de la cual gozan los niños y las niñas. Inicialmente, la Resolución 1882 (2009), establece que su protección debe ser parte en toda estrategia general para resolver un conflicto⁵¹ y condena enérgicamente todas las violaciones de Derecho Internacional frente a los mismos, incluyendo la violación y todo acto de violencia sexual⁵².

Igualmente, en la Resolución 1960 (2010), el Consejo de Seguridad reitera su exigencia a todas las partes en los conflictos armados para que “[...] pongan fin por completo con efecto inmediato a todos los actos de violencia sexual”⁵³, en aras de hacer efectiva la protección general de la cual gozan los niños, las niñas y las mujeres como parte de la población civil y a la protección especial que tienen como población expuesta a ciertos riesgos específicos⁵⁴.

Ahora bien, ninguna de las disposiciones y resoluciones anteriores menciona expresamente los abusos físicos, mentales y sexuales sufridos por los niños y las niñas que son reclutados o alistados por alguna de las partes en un conflicto armado a manos de sus miembros.

Es precisamente a esta situación, a la que se refiere la Resolución 2106 (2013) del Consejo de Seguridad, en la que se subraya que el DIH prohíbe la violación y demás formas de violencia sexual⁵⁵ y se reconoce que las niñas y mujeres reclutadas para su incorporación en las fuerzas armadas y en grupos armados organizados son especialmente vulnerables a este tipo de violencia⁵⁶.

En este mismo sentido, dos de los informes presentados por el Secretario General de las Naciones Unidas ante la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en los años 2012 y 2015 respectivamente, han resaltado que, en el marco de ciertos conflictos armados, se presentan casos donde quienes

50 United Nations, Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict (2013), *supra* n. 8, p. 16. Ver también: Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *supra* n. 10; artículo 22 de la Carta Africana para los Derechos y el Bienestar del Niño.

51 United Nations, Security Council, Resolution 1882 (2009), *Children on armed conflict*, August 4, 2009, UN Doc. No.: S/RES/1882 (2009), p. 2.

52 *Idem*.

53 United Nations, Security Council, Resolution 1960 (2010), *Women, peace and security*, December 16, 2010, UN Doc. No.: S/RES/1960(2010), p. 3.

54 *Ibid.*, p. 2.

55 United Nations, Security Council, Resolution 2106 (2013), *supra* n. 8, p. 2.

56 *Ibid.*, p. 6.

agreden sexualmente a las mujeres y niñas reclutadas de manera forzosa, son los propios miembros del grupo al que éstas pertenecen⁵⁷.

Además, el Secretario General ha considerado que la violencia sexual contra las mujeres y las niñas reclutadas por las partes en conflicto está vinculada directamente con sus objetivos estratégicos, ideológicos y de financiación, y en particular es utilizada con la finalidad de promover imperativos tácticos como el reclutamiento, la generación de ingresos mediante la trata o esclavitud sexual, el adoctrinamiento y la modificación o disolución de lazos de parentesco que unen a las mujeres y a las niñas con sus comunidades⁵⁸.

En este mismo sentido, pueden interpretarse las recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño⁵⁹, cuando, a los efectos del artículo 19(1) de la Convención, entiende por ‘cuidadores’ de los niños y las niñas a toda persona que los tenga a su cargo⁶⁰, y afirma que ‘[...] pueden ser objeto de violencia por parte de sus cuidadores principales o circunstanciales y de otras personas de las que sus cuidadores les protegen’⁶¹. En consecuencia, para el Comité, los niños y las niñas no solo pueden ser objeto de violencia por parte de terceros, sino también por parte de personas cercanas a ellos o que los cuidan⁶². Esta definición es importante en el marco de un conflicto armado, debido a que los niños y niñas que son alistados o reclutados por una parte en el conflicto se encuentran bajo el cuidado de sus miembros, que son quienes los tienen ‘a su cargo’, y quienes por lo tanto pueden cometer actos de violencia física, mental y sexual contra los mismos. Finalmente, el Derecho Internacional Penal ofrece también protección a los niños y niñas menores de 15 años frente a las partes en el conflicto armado que los han reclutado o alistado. En particular, el artículo 8(2)(b)(xxiii) del ECPI para los CAIs, y el artículo 8(2)(e)(vii), para los CANIs, recogen el crimen de guerra de ‘[r]eclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar directamente en las hostilidades’. Como la CPI ha señalado en el caso Lubanga, la protección ofrecida por esta disposición se extiende en el tiempo e incluye los actos cometidos contra los niños y las niñas por los propios miembros del grupo, una vez que se ha producido su alistamiento o reclutamiento⁶³.

57 United Nations, Secretary General (2012), *supra* n. 8, paras. 17, 18; United Nations, Secretary General (2015), *supra* n. 8, paras. 7, 18, 29, 61, 64, 83.

58 United Nations, Secretary General (2015), *supra* n. 8, paras. 82, 83.

59 Weissbrodt, D., Hansen, J. C., & Nesbitt, N. H. (2011), ‘The role of the Committee on the Rights of the Child in interpreting and developing International Humanitarian Law’, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 24, No. 1, pp. 115-153.

60 United Nations, Committee on the Rights of the Child (2011), *supra* n. 49, para. 33.

61 *Ibid.*, para. 36.

62 *Idem.*

63 La Sala de Primera Instancia I considera que la distinción entre reclutar y alistar se encuentra en la voluntad del niño o a niña porque, aunque ambas son formas de incorporación a las fuerzas armadas nacionales o a grupos armados organizados, el reclutamiento se lleva a cabo a través de la coerción, mientras que el

Atendiendo a todo lo anterior, se puede afirmar que los niños y niñas menores de 15 años gozan de una especial protección tanto en los CAIs, como en los CANIs⁶⁴, que se extiende a los actos de violencia sexual cometidos por los miembros de las fuerzas armadas nacionales o grupos armados organizados que los alistan o reclutan. En consecuencia, los actos de violencia física, mental y sexual cometidos por los comandantes y miembros de las FPLC contra las niñas menores de 15 años que han esposado o que han convertido en sus compañeras, constituyen violaciones de este régimen especial de protección.

5.6. Conclusión

Las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las partes en un CANI son objeto de protección general en cuanto que integrantes de la población civil, siempre y cuando no cumplan una función continua de combate, ni participen directamente en las hostilidades. Así mismo, al tratarse de un grupo particularmente vulnerable a la violencia de los CANI, son objeto de protección especial, tal y como se manifiesta en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, los CGs y sus PAs, el ECPI y las Resoluciones 1882 (2009), 1960 (2010) y 2106 (2013) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Esta protección general y especial no se limita a las agresiones provenientes de las partes adversas en el conflicto, tal y como afirma la defensa en el caso Ntaganda; sino que las niñas menores de 15 años se encuentran también protegidas frente a la violencia sexual ejercida contra ellas por los miembros del propio grupo que las alistó o reclutó, incluso en el caso de que ésta sea ejercida por los comandantes que las tomaron como esposas o compañeras.

alistamiento es voluntario. Sin embargo, aun cuando el menor consienta, dicha manifestación de voluntad no representa defensa válida frente al hecho punible, puesto que en un ambiente coercitivo como es el de los conflictos armados, no se dan las circunstancias necesarias para que los niños y niñas menores de 15 años, que de por sí tienen una capacidad limitada para consentir debido a su temprana edad, puedan hacerlo válidamente. Además, como la CPI ha configurado los crímenes de guerra de alistamiento y reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años como crímenes de carácter continuado, estos se siguen cometiendo mientras el niño o la niña continúa vinculado al grupo que lo alistó o reclutó hasta que cumplan la edad de 15 años. Como resultado, la protección contra el alistamiento y el reclutamiento no se limita al acto inicial de alistar o reclutar, sino que se extiende en el tiempo. Además, la protección no solo se limita a los actos de los miembros de las partes en conflicto con quienes los niños no están vinculados, sino que también se extiende a los actos cometidos contra los niños por miembros de su propio grupo, una vez que su alistamiento o reclutamiento se ha hecho efectivo. Ver: ICC, *Lubanga Trial Judgment*, *supra* n. 23, paras. 607, 617- 618. Ver también: SCSL, the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, President of the Residual SCSL, *Public decision of the president on application for conditional early release*, August 11, 2014, Case No.: RSCSL-CDF/336/SCSL-04-14-ES-836-ENG.

64 Matthews, H. (2013), 'The interaction between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: seeking the most effective protection for civilians in non-international armed conflicts', *International Journal of Human Rights*, Vol. 17, No. 5/6, p. 635.

En consecuencia, las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas entre 2002 y 2003 por las FPLC de Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda eran sin duda acreedoras de dicha protección.

5.7. Índice de jurisprudencia

Corte Penal Internacional

ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.

ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 14, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2842.

ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ‘Separate and dissenting opinion by judge Odio Benito’, in *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, March 14, 2012, ICC Doc No.: ICC-01/04-01/06-2842.

ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc No.: ICC-01/04-01/06.

ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda*, June 9, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-309.

ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Defense of Bosco Ntaganda, *Defense application in relation to counts 9 and 6 pursuant to Article 19 and Rule 58*, September 1, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-804-ENG.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

ICTY, the Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber, *Appeal Judgment*, July 15, 1999, Case No.: ICTY-94.1-A.

- ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Santic, Trial Chamber II, *Judgment*, January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, *Judgment*, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Stanislav Galic, Trial Chamber I, *Judgment*, December 5, 2003, Case No.: IT-98-29-T.

Tribunal Especial para Sierra Leona

- SCSL, the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, President of the Residual SCSL, *Public decision of the president on application for conditional early release*, August 11, 2014, Case No.: RSCSL-CDF/836/SCSL-04-14-ES-836-ENG.

5.8. Doctrina

- Castillo Forero, S., Lozano Pradere, F., Mateus Ramírez, L. & Molano Araque, A. (2012), *Pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados*, International Law Clinic, disponible en: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/documentos/2012-Semestre-II-Perdida-de-la-Condicion-de-Persona/>.
- Droege, C. (2008), 'Elective affinities? Human rights and humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, pp. 501-548.
- Fernández, J., Miralles, F., & González, B. (2001), *Adiós a las armas: ni un solo niño en la guerra*, Madrid, UPCO.
- Grey, R. (2014), 'Sexual violence against child soldiers', *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 16, No. 4.
- Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC.
- Hernández, D.M. (2000), 'Menores y conflicto armado', *Revista Derecho del Estado*, No. 9, pp. 145-166.
- Isupova, M.V. (2013), 'Interrelationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in the process of fragmentation of International Law', *Russian Juridical Journal / Rossijskij Juridiceskij Zurnal*, Vol. 92, No. 5, pp. 43-48.

- Matthews, H. (2013), 'The interaction between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: seeking the most effective protection for civilians in non-international armed conflicts', *International Journal of Human Rights*, Vol. 17, No. 5/6.
- Melzer, N. (2009), *Interpretive guidance for the notion of active participation in the hostilities under International Humanitarian Law*, Ginebra, ICRC.
- Melzer, N. (2010), *Guía para interpretar la noción de participación activa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, ICRC.
- Milanovic, M. (2014), 'The lost origins of *lex specialis*: rethinking the relationship between human rights and International Humanitarian Law', en Ohlin, J. (ed.), *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Pictet, J. (1952), *Commentary to the first Geneva Convention*, Ginebra, ICRC.
- Rodríguez-Villasante, J.L. (2013), 'La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades', *Cuadernos de Estrategia*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Vol. 160.
- Schmitt, M. (2010), 'The interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities: a critical analysis', *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, pp. 5-44.
- Weissbrodt, D., Hansen, J. C., & Nesbitt, N. H. (2011), 'The role of the Committee on the Rights of the Child in interpreting and developing International Humanitarian Law', *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 24, No. 1, pp. 115-153.
- Williamson, J.A. (2010), 'Challenges of twenty-first century conflicts: a look at direct participation in hostilities', *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20, pp. 457-471.

5.9. Resoluciones, informes y otros documentos

- Escola de Cultura de Pau (2004), *Alerta 2004! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Escola de Cultura de Pau.
- ICRC (2008), 'Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law. Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872.
- United Nations, Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 13 (2011) - The right of the child to freedom from all forms of violence*, April 18, 2011, UN Doc. No.: CRC/C/GC/13.

- United Nations, Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict (2013), *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation*, Working Paper No. 1.
- United Nations, Secretary General (2012), *Report to the General Assembly on sexual violence related to the conflict*, January 13, 2012, UN Doc. No.: S/2012/33.
- United Nations, Secretary General (2015), *Report to the Security Council on sexual violence related to the conflict*, March 23, 2015, UN Doc. No.: S/2015/203.
- United Nations, Security Council, Resolution 1882 (2009), *Children on armed conflict*, August 4, 2009, UN Doc. No.: S/RES/1882.
- United Nations, Security Council, Resolution 1960 (2010), *Women, peace and security*, December 16, 2010, UN Doc. No.: S/RES/1960.
- United Nations, Security Council, Resolution 2106 (2013), *Sexual violence in conflict*, June 24, 2013, UN Doc. No.: S/RES/2106.

6. ¿Constituye la práctica del secuestro de niños por el Ejército de Liberación del Señor un crimen de lesa humanidad de tortura, persecución u otros tratos inhumanos conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional?*

6.1. Introducción

Dominic Ongwen nació en Uganda en 1975. A la edad de 10 años fue secuestrado por los miembros del *Lord's Resistance Army* (LRA)¹, encabezado por Joseph Kony. En medio del conflicto armado entre el LRA y el gobierno ugandés, el LRA entrenó a Ongwen a luchar contra el *Ugandan People's Defense Forces* (UPDF). Debido a sus habilidades militares, treinta años después de su secuestro, Ongwen se convirtió en el comandante de la Brigada Sinia, una de las unidades operacionales más importantes del LRA.

El 23 de marzo de 2016, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI profirió una decisión confirmando setenta cargos contra Ongwen relativos a los eventos ocurridos en el Norte de Uganda entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005². Según la Sala de Cuestiones Preliminares II, muchos de los eventos en los cuales Dominic Ongwen y sus subordinados cometieron crímenes competencia de la CPI incluyeron las siguientes prácticas: (i) la privación de libertad de niños menores de quince años contra su voluntad a

* Elaborado por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional del 2017: Lina Marcela Buitrago Valderrama, Fabiola Celedón Fernández, Yuri Katherine González Herrera, Karen Johana Ramírez González, Laura Marfa Restrepo Acevedo, Ana Lucía Rodríguez Mora y Luisa Fernanda Villarraga Zschommler. La investigación se realizó en el 2017 bajo la supervisión del Profesor Héctor Olasolo, Juan David Albarracín, Lucía Carcano Fernández y Marfa Paula Tole.

1 Justice and Reconciliation Project (2008), *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*, disponible en: http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf [última visita: 11 de noviembre de 2017].

2 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, paras. 60-64.

través de la violencia o el engaño; y (ii) la separación de dichos niños de sus familias o del entorno en el cual vivían³.

La duración de la privación de la libertad de los niños varió considerablemente. A veces, esta fue larga porque fue seguida por otros delitos de la competencia de la CPI, como el reclutamiento en el LRA o la esclavitud sexual. Otras veces, el periodo de privación de la libertad no duró mucho porque los niños fueron liberados, o lograron escapar, inmediatamente después de ser secuestrados⁴. Teniendo en cuenta lo anterior, la práctica del secuestro de niños por parte del LRA se considera en este trabajo como un acto de violencia en sí mismo, sin tener en cuenta lo que sucedió con las víctimas después de ser secuestradas⁵.

La práctica del secuestro de niños es ampliamente rechazada por la comunidad internacional. El artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados Parte el deber de tomar todas las medidas nacionales, bilaterales y multilaterales necesarias para evitar el secuestro, la venta y la trata de niños con cualquier fin y de cualquier forma.

La Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados también ha declarado que el secuestro de niños contra su voluntad y la voluntad de sus tutores adultos, ya sea temporal o permanentemente, es ilegal bajo el Derecho Internacional. Para la Oficina del Representante Especial, esta práctica puede constituir una violación grave de los Convenios de Ginebra e incluso un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra⁶. Como resultado, y a luz de su magnitud y

-
- 3 *Idem.* Según la Oficina del Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los niños y el Conflicto Armado (2009/2013), *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation*, disponible en: https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper1_SixGraveViolationsLegalFoundation.pdf [última visita: 12 de marzo de 2018], el secuestro es un acto llevado a cabo contra la voluntad de los niños o sus tutores. Además, para Amnistía Internacional *Uganda. Breaking God's commands: the destruction of childhood by the Lord's Resistance Army*, 1997, disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/afr590011997en.pdf> [última visita: 12 de marzo de 2018], '[l]os niños secuestrados se embarcan en un viaje al infierno. El secuestro es en sí mismo un acto de violencia, sacando a los niños aterrorizados de la seguridad de sus familias. A menudo se acompaña de asesinatos, violaciones y palizas severas.' Los testimonios e informes sobre la situación en el norte de Uganda muestran que el LRA tenía una estrategia de traslado inmediato de niños una vez que habían sido secuestrados, para mantenerlos tan lejos de sus casas como fuere posible.
- 4 Estos casos fueron reportados por Amnistía Internacional, *supra* n. 3. Según este informe, el cual se basa en las declaraciones hechas por las víctimas, '[...] aquellos que son demasiado pequeños son liberados; ellos no son lo suficientemente fuertes para llevar bienes saqueados o usar armas. También parece que las unidades del LRA reciben ordenes de reclutamiento que cambian según la necesidad y el objetivo.'
- 5 La definición de secuestro en el Código Penal de Uganda hace énfasis en la necesidad de que el acto de secuestro se lleve a cabo mediante engaño o violencia hacia la víctima. Sin embargo, la duración del secuestro no es determinante para la comisión del delito. Ver Código Penal de Uganda, capítulo XXIV, artículo 2.4.
- 6 Office of the Special Representative of the United Nations Secretary-General for Children and Armed Conflict (2009/2013), ver *supra* n. 3.

sus graves consecuencias en la vida de los niños, la Oficina del Representante Especial considera que el secuestro de niños es una de las seis violaciones graves cometidas contra los niños durante los conflictos armados⁷.

Del mismo modo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también ha subrayado en la Resolución 2225 (2015) sobre niños y conflictos armados que el secuestro de niños constituye una violación grave del DIDH y el DIH, y que es urgente reconocer su especial gravedad a la luz del aumento de casos, especialmente en el Norte de Uganda⁸.

La Corte IDH también ha enfatizado el rechazo por parte del DIDH de la práctica del secuestro de niños. En el caso *Contreras et al. v. El Salvador*, la Corte IDH encontró que cuando los niños son separados de sus familias, se violan sus derechos fundamentales a la dignidad e integridad personal⁹. Además, las referencias realizadas en este caso por la Corte IDH al Informe Machel¹⁰ muestran su profunda preocupación por los efectos psicosociales de la violencia contra los niños en los conflictos armados, incluidos los sentimientos de pérdida, abandono, miedo intenso, incertidumbre, angustia y dolor¹¹.

Las decisiones, informes y resoluciones mencionados comparten la opinión de que la práctica del secuestro de niños, independientemente del propósito detrás del secuestro o de lo que ocurra después de su comisión, constituye una grave violación del DIDH y del DIH, que causa un gran sufrimiento y/o constituye un grave ataque a la integridad o la salud mental o física de las víctimas.

Sin embargo, el secuestro de niños no constituye ni un crimen de lesa humanidad ni un crimen de guerra autónomo según el ECPI o el DIP¹². Además,

7 *Idem*. Según la Oficina del Representante Especial, las seis violaciones graves contra la infancia durante el conflicto armado son las siguientes: (i) reclutamiento y uso de niños; (ii) asesinato o mutilación de niños; (iii) violencia sexual contra niños; (iv) ataques contra colegios u hospitales; (v) secuestro de niños; y (vi) negación de asistencia humanitaria.

8 United Nations, Security Council, Resolution 2225 (2015), June 18, 2015, UN Doc. No.: S/RES/2225.

9 IACtHR, *Contreras et al. v. El Salvador, Judgment of 31 August 2011 (Merits, Reparations and Costs)*, August 31, 2011, para. 82.

10 Machel, G. (1996), *The Impact of Armed Conflict on Children, Report of the Secretary-General's expert, Ms. Graça Machel*, August 26, 1996, UN Doc. No.: A/51/306.

11 IACtHR, *Contreras et al. v. El Salvador, supra* n. 9, para. 85.

12 El grupo de trabajo a cargo de preparar un borrador inicial del Estatuto del TESL propuso incluir como parte de la disposición sobre otras violaciones graves del DIH en conflictos armados no internacionales, 'el secuestro de niños menores de 15 años con el fin de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.' Sin embargo, Amnistía Internacional subrayó que esta propuesta no era aceptable porque implicaba que la responsabilidad penal solo surgiría si un niño fuese secuestrado con el propósito de ser un combatiente activo en las hostilidades. Según Amnistía Internacional, este requisito de propósito específico, que no recoge en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, significaba a su vez que el secuestro de niños no sería un delito si se lleva a cabo para otros fines, como la utilización de los secuestrados: (i) para realizar otras tareas (es decir, cocinar o hacer tareas domésticas); o (ii) como esclavos sexuales. Ver Amnesty International (2000), *Sierra Leone: Recommendations on the draft Statute of the Special Court*, November 14, 2000, disponible en: https://www1.essex.ac.uk/armedconf/story_id/000143.html [última visita: 10 de marzo de 2018]. El Consejo de Seguridad terminó rechazando esta propuesta. Ver United Nations, Secretary General, *Report of the Secretary-General on*

a nivel nacional, algunas legislaciones internas tratan la práctica del sustrato de niños como un delito de *abduction*¹³, mientras que otros lo consideran un delito de *kidnapping*¹⁴.

A la luz de lo anterior, este trabajo analiza si la práctica del secuestro de niños por parte del LRA (el término ‘secuestro’ se usa en este trabajo para referirse específicamente a dicha práctica) podría configurar los crímenes de lesa humanidad de tortura, persecución u otros actos inhumanos bajo los párrafos (f), (h) y (k) del artículo 7(1) del ECPI. El análisis se centra en los elementos específicos de estos tres crímenes y, por lo tanto, no se extiende a los elementos contextuales que son comunes a todos los crímenes de lesa humanidad en virtud del artículo 7 del ECPI. Además, como el análisis no toma en cuenta lo que les sucedió a los niños después de ser secuestrados, el crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso no se estudia porque, según lo dispuesto en los EC, requiere que los civiles sean transferidos de un lugar donde residen legalmente a otro lugar¹⁵.

Según el artículo 21(1)(a) del ECPI, el análisis realizado en el presente trabajo examina primero el ECPI, luego los EC y posteriormente su interpretación por la jurisprudencia de la CPI. A continuación, según lo dispuesto en el artículo 21(1)(b) del ECPI, también se analiza, cuando se considera necesario, la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y el TESL. Además, se hace referencia a la jurisprudencia de los organismos internacionales y regionales de derechos humanos, que también es aplicable de conformidad con el artículo 21(3) del ECPI.

Finalmente, aunque está fuera del alcance de nuestro análisis, vale la pena mencionar que la práctica del secuestro de niños menores de quince años por parte del LRA también puede constituir un acto preparatorio para cometer otros crímenes de la competencia de la CPI, a saber, el crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso, el crimen de guerra de reclutar, alistar o utilizar para que participen activamente en las hostilidades a niños menores de quince años¹⁶, y algunos crímenes sexuales¹⁷.

A este respecto, los elementos de prueba proporcionados por las declaraciones de los testigos y otros datos recopilados de estudios sobre el Norte de Uganda¹⁸ muestran que el LRA es un grupo armado organizado que se compone

the establishment of a Special Court for Sierra Leone, October 4, 2000, UN Doc. No.: S/2000/915. Ver también SCSL, the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, *Judgment*, May 12, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T, p. 165, n. 1056.

13 Código Penal de Uganda, capítulo XXIV, artículo 2.4.

14 Modelo Código Penal de Estados Unidos, título 18, sección 1201.

15 Ver artículo 7(1)(d) and (2)(d) del ECPI y los EC.

16 Ver artículo 8(2)(c)(vii) del ECPI y los EC.

17 Ver artículos 7(1)(g) y 8(2)(c)(vi) del Estatuto de la CPI y los EC.

18 Allen, T. & Vlassenroot, K. (2010), *The Lord's Resistance Army: Myth and Reality*, London, Zed Books, p. 138.

de niños (en gran medida). Así, el testigo experto Tim Allen¹⁹ subraya que los miembros del LRA recibían instrucciones de sus comandantes para atacar a adolescentes de entre 12 y 16 años²⁰.

Además, según World Vision Uganda, aproximadamente el 47% de los más de 3000 antiguos soldados capturados del LRA tenían entre 11 y 16 años al momento de su captura; otro 36% tenía entre 17 y 22 años. Así mismo, alrededor del 30% de las personas secuestradas registradas por World Vision Uganda son mujeres, de las que en torno al 54% tienen entre 11 y 16 años²¹. En consecuencia, debido a que los niños son más fáciles de adoctrinar y controlar, la edad ha sido el criterio principal del LRA a la hora de secuestrar civiles durante décadas.

6.2. Los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de tortura conforme al artículo 7(1)(f) y (2)(e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los EC

De acuerdo con los párrafos (1)(f) y (2)(e) del artículo 7 del ECPI, el crimen de lesa humanidad de tortura ocurre cuando, como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, el autor, con conocimiento del ataque, inflige intencionalmente ‘dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que [el acusado] tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas’.

Además, según los EC, el crimen de lesa humanidad de tortura se compone de los siguientes elementos específicos²²: (i) ‘Que el autor haya infligido a una o

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ Según Allen & Vlassenroot (2010), *supra* n. 18, p. 138, [...] of those males abducted before age 30 over two-thirds were under 18 and over three-quarters were under 21 [...] The distribution of abduction age indicates that four times as many males aged 14 were abducted as those aged 9 or 23. The study provides that “from 1998 to 2004 a 14 years old youth in the study population had an average of a 5 percent chance of abduction (20 the level of risk faced by one aged either 9 or 23).”

²¹ Cifras presentadas por World Vision Uganda en la conferencia organizada por the Foundation for Human Rights Initiative on *Challenges to Reconciliation and the Protection of Human Rights* realizada en Gulu (Norte de Uganda) el 7 de julio de 1997. Estas cifras se recogen también en Amnesty International (1997), *supra* n. 3, p. 10.

²² Según los EC, el crimen de lesa humanidad de tortura también se compone de los siguientes dos elementos contextuales: (a) la conducta se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y (b) el autor sabía que la conducta era parte de o pretendía ser parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales'; (ii) 'Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control'; y (iii) 'Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas'²³.

La limitada jurisprudencia existente de la CPI sobre la definición y los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de tortura establece que el elemento objetivo principal del crimen es la exigencia de un dolor o sufrimiento severo infligido a las víctimas (umbral de gravedad). Como la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI ha establecido en el caso Bemba, aunque no hay una definición del umbral de gravedad como un requisito legal del crimen de tortura, los tratados internacionales y la jurisprudencia aplicables aceptan reiteradamente que un grado importante de dolor y sufrimiento tiene que ser alcanzado para que un acto criminal se convierta en un acto de tortura²⁴.

Según la Sala de Cuestiones Preliminares II, el umbral de gravedad también se establece en la definición de tortura prevista en el artículo 1(1) de la Convención contra la Tortura²⁵, así como en la jurisprudencia del TPIY, el TPIR, el TESL y el TEDH²⁶. Sin embargo, estos no definen el contenido específico del umbral de gravedad.

A este respecto, vale la pena mencionar que los artículos 3 y 5 del Estatuto del TPIY, los artículos 3 y 4 del Estatuto del TPIR y los artículos 2 y 3 del Estatuto del TESL atribuyen jurisdicción al TPIY, el TPIR y el TESL sobre la tortura como un crimen de lesa humanidad y como un crimen de guerra, pero no proporcionan una definición de tortura. Como resultado, la jurisprudencia de estos tribunales ha definido la tortura a la luz del DIDH y el DIH y

23 Los párrafos (a)(ii) y (c)(i) del artículo 8 (2) del ECPI y los EC también definen y establecen los elementos del crimen de guerra de tortura, aplicable en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

24 ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424, para. 193.

25 El artículo 1 (1) de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Resolución 39/46 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984, y que entró en vigor el 26 de junio de 1987, dice lo siguiente: 'A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas', Ver United Nations, General Assembly, Resolution 39/46, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984.

26 ECtHR, Ireland v. United Kingdom, *Judgment*, January 18, 1978, para. 167; ECtHR, Selmouni v. France, *Judgment*, July 28, 1999, para. 105; ECtHR, Aydin v. Turkey, *Judgment*, September 25, 1997, para. 82.

ha establecido que la tortura se compone de dos elementos principales: (i) la imposición, por un acto intencional u omisión, de dolor o sufrimiento severo, ya sea físico o mental (elemento objetivo); con (ii) el objetivo de obtener información o una confesión, o castigar, intimidar, coaccionar, o discriminar, por cualquier motivo, a la víctima o a una tercera persona (elemento subjetivo)²⁷.

El TPIY, el TPIR y el TESL, al igual que la CPI, no proporcionan una definición clara del umbral de gravedad. En lugar de definirlo, han analizado si los actos específicos de violencia, como la violación sexual, cumplen con el mismo²⁸. Además, para estos tribunales, el umbral de gravedad (que constituye una diferencia fundamental entre los crímenes de lesa humanidad de tortura y de otros actos inhumanos) debe ser examinado caso por caso, para no confundir un acto de mera violencia física con una conducta que pueda constituir tortura²⁹. Para llevar a cabo este análisis, se deben tener en cuenta los siguientes factores: la naturaleza y el contexto del dolor infligido, la premeditación e institucionalización de los malos tratos, la condición física de la víctima, la manera y el método utilizados, la posición de inferioridad de la víctima, el efecto físico o mental del maltrato sobre la víctima y su edad, sexo y estado de salud. El grado en el que un individuo ha sido maltratado durante un periodo prolongado de tiempo también será relevante³⁰.

El TPIY, el TPIR y el TESL, al igual que la CPI, también consideran que la participación de los funcionarios del Estado no es un requisito de la definición del crimen de lesa humanidad de tortura³¹. Estos tribunales consideran que, si bien la definición de tortura prevista en el Art. 1(1) de la Convención sobre la Tortura de 1984 (la cual exige la participación de funcionarios estatales) refleja el Derecho Internacional consuetudinario en relación con el contenido de las obligaciones de los Estados Parte, este no es el caso en relación con la definición de tortura como crimen de lesa la humanidad³².

Finalmente, respecto de los elementos subjetivos, la característica más relevante de la definición del crimen de lesa humanidad de tortura consagrado en el artículo 7(1)(f) y (2)(e) del ECPI y en los EC es que no se exige una

27 ICTY, the Prosecutor v. Anton Furundzija, Trial Chamber II, *Judgment*, December 10, 1998, Case No.: IT-95-17/1-T, para. 162. Ver también, ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T, para. 180; ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T, paras. 593-595; ICTR, the Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Chamber III, *Judgment*, May 15, 2003, Case No.: ICTR-97-20-T, para. 544; SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, *Judgment*, June 20, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T, para. 726.

28 *Ídem*.

29 SCSL (2007), *Brima, Kamara & Kanu Judgment*, *supra* n. 27, para. 726.

30 ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcaic & Milojica Kos, Trial Chamber I, *Judgment*, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T, paras. 142-143.

31 *Ídem*.

32 ICTR (2003), *Semanza Trial Judgment*, *supra* n. 27, para. 342.

finalidad específica como requisito de configuración del crimen, a diferencia de lo consagrado en el artículo 1(1) de la Convención contra la Tortura. Por el contrario, tal y como se establece en la Convención contra la Tortura, la definición del crimen de guerra de tortura en el artículo 8 (2)(a)(ii) y (c)(i) y en los EC, así como la definición de tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra en la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y el TESL, también incluyen el elemento subjetivo de la finalidad específica como requisito.

Al respecto, la Sala de Primera Instancia II del TPIY ha subrayado en el caso *Krnjelac*, que la tortura como crimen no es un acto de violencia gratuito; su objetivo es conseguir determinada finalidad u objetivo por medio de infligir dolor mental o físico severo. Por lo tanto, en ausencia de tal finalidad u objetivo, incluso si se genera dolor severo, no se configura la tortura, de conformidad con los artículos 3 y 5 del Estatuto del TPIY³³. Asimismo, la Sala de Primera Instancia III del TPIR ha enfatizado en el caso *Semanza*, que la tortura implica generar dolor mental o físico severo de manera intencional con el objetivo de: obtener información o una confesión; castigar, intimidar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona; o discriminar, por cualquier razón, a la víctima o a terceros³⁴. Como resultado, a excepción de la definición del crimen de lesa humanidad de tortura en el ECPI y en los EC, todas las demás definiciones de tortura como crimen de lesa humanidad o de guerra incluyen el requisito de la finalidad específica.

En vista de lo anterior, y considerando que la definición de tortura bajo los Estatutos de la CPI, el TPIY, el TPIR y el TESL no requiere de la participación de funcionarios estatales, se puede concluir que la práctica del secuestro de niños por parte del LRA cumple los elementos objetivos y subjetivos específicos de la tortura como crimen de lesa humanidad según el artículo 7 (1)(f) y (2)(e) del ECPI y los EC.

Esta conclusión está respaldada por varias razones. Primero, como se mencionó anteriormente, el Consejo de Seguridad³⁵, la Oficina del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los niños y los conflictos armados³⁶ y la Corte IDH³⁷ consideran que el secuestro de niños causa un gran sufrimiento y/o un perjuicio grave contra la integridad o la salud mental o física de las víctimas.

Esta opinión también es compartida por dos estudios traídos a colación por la Sala de Primera Instancia I de la CPI en el caso *Lubanga*, que examinó

33 ICTY (2002), *Krnjelac Trial Judgment*, *supra* n. 27, para. 180.

34 ICTR (2003), *Semanza Trial Judgment*, *supra* n. 27, para. 544.

35 United Nations (2015), Resolution 2225, *supra* n. 8.

36 Office of the Special Representative of the UN Secretary General for Children and the Armed Conflict (2009/2013), *supra* n. 3.

37 IACtHR (2011), *Contreras et al. v. El Salvador Judgment*, *supra* n. 9.

la práctica de *las Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (el brazo armado de la *Union des Patriotes Congolais*, presidido por Thomas Lubanga) de secuestros masivos de niños menores de quince años en el distrito de Ituri (RDC) entre julio de 2002 y finales de 2003, seguida de su reclutamiento en el FPLC³⁸. Ambos estudios concluyen que el secuestro de niños causa consecuencias traumáticas para su salud mental, lo que a largo plazo puede dificultar su desarrollo normal y saludable³⁹. Como resultado, según la Sala de Primera Instancia I, la protección del bienestar físico y psicológico de los niños contra los riesgos asociados con los conflictos armados requiere, entre otras cosas, que se les ofrezca protección contra posibles traumas que puedan resultar de la separación de sus familias, la interrupción en su educación y la exposición a un contexto de violencia y miedo⁴⁰.

En este contexto, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha señalado que la edad, la condición física y la posición de inferioridad (indefensión) de los niños, así como los métodos violentos utilizados por los autores y el impacto físico y mental del secuestro en los niños, son algunos de los factores a tener en cuenta para determinar si la práctica del secuestro de niños por parte del LRA constituye tortura como crimen de lesa humanidad⁴¹.

En segundo lugar, el requisito de custodia o control sobre las víctimas se cumple en el momento en que los miembros del LRA secuestran a los niños, con independencia de si posteriormente algunos de ellos logran escapar o son liberados por el LRA. Tercero, el sufrimiento y el dolor causados a los niños no se asocian a ninguna sanción legal. Finalmente, la falta de elementos de prueba para demostrar que el secuestro estuvo destinado a obtener información o una confesión, a proporcionar castigo, intimidación o coerción, o a discriminar a las víctimas, ya no es un factor decisivo⁴², porque la definición de tortura como un crimen de lesa humanidad bajo el ECPI y los EC no incluye el requisito de la finalidad determinada.

38 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2901, para. 41.

39 *Ibid.*, para. 39.

40 *Ibid.*, para. 58.

41 SCSL (2007), *Brima, Kamara & Kanu Judgment*, *supra* n. 27, para. 726; ver también ICTY (2001), *Kvočka, Radic, Zigic, Prcać & Kos Judgment*, *supra* n. 30.

42 La práctica del secuestro de niños por parte del LRA no tenía como objetivo obtener información o una confesión. Además, incluso cuando el LRA dirigía sus ataques contra los campamentos de desplazados internos, basándose en la creencia de que todos los civiles que residían en estos campamentos apoyaban al gobierno, no hay elementos de prueba que permitan afirmar que el secuestro de niños de los campamentos tenía como objetivo castigar o discriminar a las víctimas.

6.3. Los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de persecución conforme al artículo 7(1)(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los EC

El artículo 7(1)(h) del ECPI consagra el crimen de lesa humanidad de '[p]ersecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte'. Además, el parágrafo (2)(g) de la misma disposición deja en claro que '[p]or 'persecución' se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del Derecho Internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad'.

Sobre esta base, los EC establecen los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de persecución de la siguiente manera: (i) '[q]ue el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del Derecho Internacional'; (ii) '[q]ue el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales'; (iii) '[q]ue la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional'; y (iv) '[q]ue la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte'⁴³.

A la luz de lo anterior, surge la pregunta sobre si la práctica del secuestro de niños por parte del LRA podría constituir una privación severa de los derechos fundamentales de las víctimas con base en motivos universalmente reconocidos como inadmisibles por el Derecho Internacional, como la edad (existen numerosos elementos de prueba que señalan que la edad ha sido el principal criterio de selección de las víctimas de la práctica del secuestro de

43 Según los EC, el crimen de lesa humanidad de persecución también se compone de los siguientes dos elementos contextuales: (a) la conducta se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y (b) el autor sabía que la conducta era parte de o pretendía que fuera parte del ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.

civiles por el LRA)⁴⁴. Además, en caso de una respuesta positiva, surge una segunda pregunta sobre si la práctica del secuestro de niños por el LRA se llevó a cabo en relación con otros actos que, según el ECPI, pueden constituir crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Con respecto a la primera pregunta, nuestro análisis se centra en si el acto de secuestro podría constituir en sí mismo una grave privación de los derechos fundamentales de los niños. Dada la limitada jurisprudencia de la CPI sobre la definición y los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de persecución, y considerando que este crimen ha sido central en la mayoría de los casos presentados ante el TPIY, es importante, para responder a esta pregunta, analizar cómo la jurisprudencia del TPIY ha establecido los elementos objetivos del crimen de lesa humanidad de persecución.

A este respecto, la Sala de Primera Instancia I del TPIY ha subrayado que, en el caso *Krajisnik*, la persecución como crimen de lesa humanidad requiere de un acto u omisión que discrimine y niegue un derecho humano fundamental reconocido por el Derecho Internacional⁴⁵. Además, en los casos *Kupreskic et al.*⁴⁶ y *Kvočka et al.*⁴⁷, la Sala de Primera Instancia I del TPIY también ha señalado que los elementos objetivos de este crimen incluyen cualquier acto que viole un derecho fundamental, siempre que tenga un nivel de gravedad similar al de los otros crímenes enumerados en el artículo 5 del Estatuto del TPIY⁴⁸. Como resultado, aunque el TPIY no ha alcanzado ninguna conclusión con respecto a la práctica del secuestro de niños (debido a que la violencia en la ex Yugoslavia fue significativamente diferente a las prácticas del LRA), la jurisprudencia del TPIY ha extendido la definición de persecución a una amplia gama de conductas que violan los derechos políticos, económicos o sociales, e incluso a actos de humillación y abuso psicológico, tal y como enfatiza Pocar⁴⁹. Con base en esto, y a la luz de nuestras conclusiones en la sección anterior, solo se puede concluir que el secuestro de niños constituye una privación severa de los derechos fundamentales de las víctimas.

Con respecto a la segunda pregunta, la jurisprudencia del TPIY ha señalado que, según el Derecho Internacional consuetudinario, no es necesario que la conducta determinante (la práctica del secuestro de niños por parte del LRA)

44 Allen & Vlassenroot (2010), *supra* n. 18, p. 138. Ver también Amnesty International (1997), *supra* n. 3, p. 10.

45 ICTY, the Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, Trial Chamber I, *Judgment*, September 27, 2006, Case No.: IT-00-39-T, para. 734.

46 ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Antic, Trial Chamber I, *Judgment*, January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T, para. 621.

47 ICTY (2001), *Kvočka et al. Trial Judgment*, *supra* n. 30, para. 185.

48 ICTY (2000), *Kupreskic et al. Trial Judgment*, *supra* n. 46, paras. 618-619.

49 Pocar, F. (2008), 'Persecution as a crime under International Criminal Law', *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 2, pp. 355-365.

se cometa en relación con algún otro acto que constituya un crimen de acuerdo con el Derecho Internacional⁵⁰. En consecuencia, el requisito de relación es una característica específica de la definición del crimen de lesa humanidad de persecución en el ECPI y en los EC.

La exigencia de este requisito se puede analizar desde dos enfoques distintos. El primer enfoque tiene como objetivo identificar si otros actos de violencia que constituyen crímenes de competencia de la CPI, como la mutilación, el asesinato de miembros de la familia, el saqueo o la humillación, fueron cometidos simultáneamente (o en estrecha relación) por miembros del LRA contra los mismos niños secuestrados por la fuerza. Este enfoque requiere un análisis caso por caso.

En la decisión de confirmación de cargos en el caso Ongwen, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI encontró motivos sustanciales para creer que muchos de los niños que fueron secuestrados por los miembros del LRA fueron reclutados, alistados y/o utilizados para participar activamente en las hostilidades y/o sometidos a crímenes sexuales⁵¹. De acuerdo con esto, parece cumplirse el requisito que exige una relación entre la práctica del LRA de secuestrar niños y otros crímenes de competencia de la CPI cometidos contra sus miembros.

Según el segundo enfoque, también puede existir una relación entre el secuestro de niños y otros crímenes de competencia de la CPI cuando existe un patrón sistemático de violaciones contra otras víctimas en el mismo contexto. Para este enfoque, el requisito de relación se cumple si, durante el tiempo en el que el LRA desarrolló la práctica del secuestro de niños, otros integrantes de las comunidades a las que pertenecían los menores también fueron víctimas de otros crímenes de competencia de la CPI cometidos por miembros del LRA.

Este segundo enfoque ha sido adoptado por la Sala de Cuestiones Preliminares IV de la CPI en el caso contra William Somei Ruto *et al.*, al confirmar los cargos por los crímenes de lesa humanidad de persecución, asesinato y traslado forzoso con base en actos de violencia cometidos contra diferentes víctimas que pertenecían a una misma población y compartían un contexto común⁵². La Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI adoptó el mismo enfoque al confirmar los cargos por persecución en el caso Ongwen⁵³.

50 ICTY (2000), *Kupreskic et al. Trial Judgment*, *supra* n. 46, para. 577.

51 ICC (2016), *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 2., paras. 136-145.

52 ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kirprono Kosgey & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373, paras. 269-281.

53 ICC (2016), *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 2., paras. 25, 39, 52 y 65.

De acuerdo con todo lo anterior, se puede concluir que la práctica del secuestro de niños por el LRA constituye una privación grave de los derechos fundamentales de las víctimas en función de su edad (un motivo universalmente reconocido como inadmisibles con arreglo al Derecho Internacional), que fue desarrollada en relación con varios otros crímenes de competencia de la CPI cometidos por el LRA contra los mismos secuestrados y contra otros miembros de sus comunidades.

6.4. Los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos conforme al artículo 7(1)(k) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los EC

De acuerdo con el artículo 7(1)(k) del ECPI, el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos se configura cuando, como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, el autor, con conocimiento del ataque, inflige intencionalmente sobre la(s) víctima(s) grandes sufrimientos o lesiones graves al cuerpo o a la salud mental o física, por medio de un acto inhumano de carácter similar a cualquier otro de los actos mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del ECPI. Según la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en el caso Muthaura, Kenyatta & Ali, el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, previsto en el artículo 7(1)(k) del ECPI, se considera una categoría residual de crímenes de lesa humanidad, cuyo objetivo es incluir conductas que no equivalen a ningún otro tipo de crimen de lesa humanidad según el ECPI.

Para los EC, el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos se compone de los siguientes elementos específicos: (i) ‘haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física’; (ii) ‘dicho acto tenía un carácter similar a cualquier otro acto mencionado en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto’; y (iii) ‘el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto’⁵⁴.

54 Según los EC, el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos también se compone de los siguientes dos elementos contextuales: (a) la conducta se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y (b) el autor sabía que la conducta era parte de o pretendía que fuera parte del ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.

A la luz de lo anterior, surge la pregunta sobre si la práctica del secuestro de niños por parte del LRA infligió en la(s) víctima(s) grandes sufrimientos, o perjudicó gravemente su cuerpo o su salud mental o física. Además, en caso de obtener una respuesta afirmativa, surge una segunda cuestión relativa a si la práctica del secuestro de niños por el LRA tiene un carácter similar a cualquier otro acto mencionado en el artículo 7(1) del ECPI.

Con respecto a la primera pregunta, la respuesta solo puede ser afirmativa porque, como se muestra en las secciones anteriores, la práctica del secuestro del secuestro de niños por el LRA cumple con el umbral de gravedad más alto exigido por el artículo 7(1)(f) y (2)(e) del ECPI para configurar el crimen de lesa humanidad de tortura. Como ha señalado Schabas, los tratos inhumanos implican actos u omisiones que no necesariamente alcanzan el mismo nivel de gravedad que la tortura, porque el grado de sufrimiento físico o mental requerido para que se configuren otros actos inhumanos es menor que el requerido para la tortura⁵⁵.

Con respecto a la segunda pregunta, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI ha señalado en el caso Katanga, que generar daños físicos o mentales constituye una violación grave al Derecho Internacional consuetudinario y tiene una naturaleza y gravedad similares a los otros crímenes de lesa humanidad mencionados en artículo 7(1) del ECPI. Además, esta Sala también ha subrayado que los siguientes factores deben tenerse en cuenta para analizar si se cumple el umbral de gravedad previsto en el artículo 7(1)(k) del ECPI: la naturaleza del acto, el contexto en el que ocurrió, las circunstancias personales de la víctima (edad, sexo y salud) y las consecuencias físicas, mentales y morales que el acto les causó⁵⁶.

La Sala de Apelaciones del TESL ha adoptado este mismo enfoque. Así, en el caso Brima, Kamara & Kanu ha declarado que, para que un acto configure el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos se debe hacer un análisis caso por caso, teniendo en cuenta criterios muy similares a los considerados por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Katanga⁵⁷.

Al aplicar estos factores a la práctica del secuestro de niños por el LRA, deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias. Primero, la práctica del secuestro tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado no internacional en el norte de Uganda entre 2002 y 2005. En segundo lugar, las víctimas de esta práctica generalmente eran niños menores de quince años, indefensos

55 Schabas, W. (2016), *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd. Ed., Oxford, Oxford University Press. Ver comentarios a los artículos 7(1)(k) y 8(2)(a)(i) y (c)(i).

56 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, September 30, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717, para. 449.

57 SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, *Judgment*, February 22, 2008, Case No.: SCSL-04-16-A, paras. 183-184.

frente a los métodos violentos utilizados por los miembros del LRA que los secuestraron. Tercero, los secuestros causaron un grave impacto en la salud mental de los niños, como lo demuestran los estudios en los que se basó el caso Lubanga⁵⁸. Con base en lo anterior, se puede concluir que la práctica del secuestro de niños por parte del LRA tiene un carácter similar a otros actos mencionados en el artículo 7(1) del ECPI.

Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que, durante el proceso de elaboración del Estatuto del TESL, el grupo de trabajo encargado de su redacción propuso incluir como parte de la disposición sobre otras violaciones graves del DIH en conflictos armados no internacionales, el secuestro de niños menores de 15 años con el fin de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades⁵⁹.

6.5. Conclusión

El presente trabajo ha estudiado si la práctica del secuestro de niños por el LRA podría constituir los crímenes de lesa humanidad de tortura, persecución u otros actos inhumanos en virtud de los párrafos (f), (h) y (k) del artículo 7(1) del ECPI. El análisis se ha centrado en los elementos específicos de estos tres crímenes de lesa humanidad. No se han abordado los elementos contextuales que son comunes a todos los crímenes de lesa humanidad de acuerdo con el artículo 7 del ECPI. La conclusión es que la práctica del secuestro de niños por el LRA cumple con todos los elementos específicos de los crímenes de lesa humanidad de tortura, persecución y otros actos inhumanos que se han estudiado en este trabajo.

6.6. Índice de jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

IACtHR, Contreras *et al.* v. El Salvador, *Judgment of 31 August 2011 (Merits, Reparations and Costs)*, August 31, 2011.

58 ICC (2016), *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 2, paras. 65-85.

59 Dicha propuesta fue finalmente rechazada porque contenía un requisito de finalidad específica que no se puede encontrar en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Ver *supra* n. 12.

Corte Penal Internacional

- ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, September 30, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.
- ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kirprono Kosgey & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373
- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2901
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, paras. 60-64.

Tribunal Especial para Sierra Leona

- SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, *Judgment*, June 20, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T.
- SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, *Judgment*, February 22, 2008, Case No.: SCSL-04-16-A.
- SCSL, the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, *Judgment*, May 12, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- ECtHR, Ireland v. United Kingdom, *Judgment*, January 18, 1978.
- ECtHR, Aydin v. Turkey, *Judgment*, September 25, 1997.
- ECtHR, Selmouni v. France, *Judgment*, July 28, 1999.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- ICTY, the Prosecutor v. Anton Furundzija, Trial Chamber II, *Judgment*, December 10, 1998, Case No.: IT-95-17/1-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Santic, Trial Chamber II, *Judgment*, January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcać & Milojica Kos, Trial Chamber I, *Judgment*, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, Trial Chamber I, *Judgment*, September 27, 2006, Case No.: IT-00-39-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, *Judgment*, September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T.
- ICTR, the Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Chamber III, *Judgment*, May 15, 2003, Case No.: ICTR-97-20-T

6.7. Doctrina

- Allen, T. & Vlassenroot, K. (2010), *The Lord's Resistance Army: Myth and Reality*, London, Zed Books.
- Pocar, F. (2008), 'Persecution as a crime under International Criminal Law', *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 2, pp. 255-265.
- Schabas, W. (2016), *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd. Ed., Oxford, Oxford University Press.

6.8. Resoluciones, reportes y otros documentos

- Amnesty International (1997), *Uganda. Breaking God's commands: the destruction of childhood by the Lord's Resistance Army*, 1997, disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/afr590011997en.pdf> [última visita: 12 de marzo de 2018].

- Amnesty International (2000), *Sierra Leone: Recommendations on the draft Statute of the Special Court*, November 14, 2000, disponible en: https://www1.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000143.html [última visita: 10 de marzo de 2018].
- Machel, G. (1996), *The Impact of Armed Conflict on Children, Report of the Secretary-General's expert, Ms. Graça Machel*, August 26, 1996, UN Doc. No.: A/51/306.
- Justice and Reconciliation Project (2008), *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*, disponible en: http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf [última visita: 11 de noviembre de 2017].
- Office of the Special Representative of the UN Secretary General for Children and the Armed Conflict (2009/2013), *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation*, disponible en: https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper1_SixGraveViolationsLegalFoundation.pdf [última visita: 12 de marzo de 2018]
- United Nations, General Assembly, Resolution 39/46, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984.
- United Nations, Secretary General, *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, October 4, 2000, UN Doc. No.: S/2000/915.
- United Nations, Security Council, Resolution 2225 (2015), June 18, 2015, UN Doc. No.: S/RES/2225.

La prueba de los hechos subyacentes a los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad en las decisiones de confirmación de cargos de la CPI*

El epílogo del volumen 1 de la colección *Informes de la Clínica Jurídica Internacional* consiste en el resumen ejecutivo de las principales conclusiones alcanzadas en la investigación desarrollada por la Clínica Jurídica Internacional de 2013 sobre la siguiente cuestión: si los hechos subyacentes a los elementos contextuales de los CLH (la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil en ejecución de la política de un Estado o de una organización) se habían probado de la misma manera que los hechos relativos a los elementos específicos de dichos crímenes en las decisiones de la CPI, que, con anterioridad a 2013, habían confirmado cargos por CLH. El análisis fue realizado a la luz de que ambos tipos de hechos deben, en principio, ser probados bajo el mismo estándar probatorio de “fundamentos sustanciales para creer”, previsto en el artículo 61(7) del Estatuto de la CPI.

La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I relativa a la confirmación de cargos contra Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui

La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I relativa a la confirmación de cargos contra Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui se basa en dos conjuntos de hechos diferenciados: (i) aquellos utilizados sólo para probar los elementos contextuales de los CLH; y (ii) aquellos utilizados para probar

* Escrito por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional de 2013: Lorena Herrera Santamaría, María Paula López Velásquez, Daniela Suarez Vargas, Juan Camilo Serrano Uribe y Juan Sebastián Urrea Rodríguez. La investigación fue desarrollada en 2013 bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo y Camila Suárez Ángel.

tanto los elementos contextuales como los elementos específicos de los CLH imputados por la Fiscalía.

El primer conjunto de hechos se refiere principalmente a los actos de violencia ocurridos en ataques lanzados entre febrero y marzo de 2003 por la *Force de Résistance Patriotique d'Ituri* ('FRPI') y el *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* ('FNI') en varios municipios del distrito de Ituri (Nyakunde, Kilo, Tchomia, Katoto, Bunia, Mandro) en la República Democrática del Congo. Estos actos de violencia son perfectamente distinguibles de los producidos durante el ataque a la localidad de Bogoro, que también se encuentra ubicada en el distrito de Ituri, el 24 de febrero de 2003.

La decisión menciona, en particular, la matanza de 900 civiles, predominantemente hema, que fueron asesinados en Nyakasanza, Tchomia y Katoto en el mes que siguió al mencionado ataque contra Bogoro.

La decisión también se refiere al asesinato de 600 civiles hema en los municipios de Mandro, Kilo y Drodo al final de julio de 2003.

El segundo conjunto de hechos consiste en los actos de violencia ocurridos durante el ataque a la localidad de Bogoro el 24 de febrero de 2003. Según la Sala de Cuestiones Preliminares I, miembros del FRPI y del FNI, dirigidos respectivamente por Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, que estaban equipados con armamento pesado, pistolas automáticas y machetes, rodearon Bogoro por sus cuatro costados y lo atacaron de manera indiscriminada.

El tipo de prueba mencionado por la Sala de Cuestiones Preliminares I para afirmar la existencia de motivos sustanciales para creer que los actos de violencia alegados por la Fiscalía en relación con los ataques a Nyakunde, Kilo, Tchomia, Katoto, Bunia y Mandro se habían producido, difiere del tipo de prueba al que se refiere en relación con los hechos de violencia ocurridos durante el ataque a Bogoro.

Así, con respecto a la violencia ejercida contra personas civiles durante los ataques a Nyakunde, Kilo, Tchomia, Katoto, Bunia y Mandro, la Sala de Cuestiones Preliminares I menciona únicamente informes de: (i) la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC); (ii) el Secretario General de las Naciones Unidas; (iii) organizaciones internacionales; (iv) organizaciones no-gubernamentales; y (v) medios de comunicación. Sin embargo, en relación con los actos de violencia acaecidos durante el ataque a Bogoro, la Sala de Cuestiones Preliminares I se refiere principalmente a declaraciones testificales escritas.

La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II relativa a la confirmación de cargos contra Jean-Pierre Bemba

A diferencia de lo realizado por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Katanga & Ngudjolo, la Sala de Cuestiones Preliminares II utiliza en la decisión de confirmación de cargos del caso Bemba los mismos hechos para probar los elementos contextuales y específicos de los CLH imputados por la Fiscalía.

Se observa que, cuando la Sala de Cuestiones Preliminares II se refiere al elemento contextual relativo a la existencia de un ataque generalizado, afirma que, en las localidades de Bangui, Bossangoa, Damara, Bassemble, Sibut, Bozoum, Bossemptele, Pk 12, Pk 22 y Mongoumba, las fuerzas del *Mouvement pour la Libération du Congo* (MLC), comandadas por Jean Pierre Bemba, asesinaron y violaron a un número elevado de civiles entre octubre de 2002 y marzo de 2003 (según la Sala de Cuestiones Preliminares II, al menos seis delitos cometidos por miembros del MLC fueron comunicados cada día a las autoridades de la República Centroafricana durante este periodo).

Posteriormente, al analizar los elementos específicos de los CLH de asesinato, violación y pillaje, la Sala de Cuestiones Preliminares II solo menciona actos de violencia ocurridos durante los ataques del MLC a las localidades arriba mencionadas.

Así mismo, la Sala de Cuestiones Preliminares II menciona el mismo tipo de prueba en las secciones sobre los elementos contextuales y los elementos específicos de los CLH de asesinato, violación y pillaje. La Sala se refiere principalmente a declaraciones testificales escritas, y solo menciona con fines corroborativos los informes de organizaciones internacionales, organizaciones no-gubernamentales, instituciones y autoridades nacionales de la República Centroafricana y medios de comunicación. La Sala adopta esta aproximación porque considera que los informes constituyen únicamente un medio de prueba indirecto al no ofrecer información de primera mano, a diferencia de lo que sucede con las declaraciones escritas de los testigos presenciales.

La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II relativa a la confirmación de cargos contra William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang

Como en el caso Bemba, en esta decisión, la Sala de Cuestiones Preliminares II utiliza los mismos hechos para probar tanto los elementos contextuales como los elementos específicos de los CLH imputados por la Fiscalía.

Así, al afirmar la existencia de un ataque generalizado, la Sala de Cuestiones Preliminares II, menciona que entre el 30 de diciembre de 2007 y el 16 de enero de 2008, las bandas *Kalenjin*, armadas con machetes, *pangas*, lanzas, flechas, latas de gasolina y armas de fuego, atacaron a los miembros de los grupos étnicos (Kikuyus, Kambas y Kissis) que se entendía que apoyaban al *Party of National Unity* (PNU). Según la Sala, los ataques tuvieron lugar en Turbo Town, la periferia de Eldoret (en particular, en Huruma, Kiambaa, Kimumu, Langas y Yamumbi), Kapsabet, las colinas de Nandi y los distritos de Uasin Gishu y Nandi.

Posteriormente, al analizar la existencia de motivos sustanciales para creer que se cumplen los elementos específicos de los CLH imputados por la Fiscalía, la Sala de Cuestiones Preliminares II se refiere solamente a actos de violencia ocurridos en dichos ataques.

Como resultado, al igual que en el caso Bemba, el mismo tipo de prueba es mencionado por la Sala de Cuestiones Preliminares II para afirmar la existencia de los elementos contextuales y específicos de los CLH imputados por la Fiscalía: declaraciones testimoniales escritas corroboradas por informes de organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales.

La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de confirmación de cargos contra Uhuru Muigai Kenyatta

Como en los casos Bemba y Ruto & Sang, la Sala de Cuestiones Preliminares II, en la decisión de confirmación de cargos en el caso Kenyatta, menciona los mismos hechos para afirmar la existencia de motivos sustanciales para creer que tanto los elementos contextuales como los elementos específicos de los CLH imputados por la Fiscalía se cumplen.

Según la Sala de Cuestiones Preliminares II, los actos de violencia fueron cometidos por miembros del grupo Mungiki contra miembros de los grupos étnicos (en particular, los Luos, los Kalenjins y los Luhyas), que se entendía que apoyaban al *Orange Democratic Movement* (ODM). Los actos de violencia tuvieron lugar en las ciudades de: (i) Nakuru y sus alrededores entre el 24 y el 27 de enero de 2008; y (ii) Naivasha y sus alrededores tras las elecciones del 25 de enero, y desde la mañana del 27 de enero hasta el final del día siguiente.

En consecuencia, el mismo tipo de prueba es mencionado por la Sala de Cuestiones Preliminares II para afirmar la existencia de motivos sustanciales para creer que los elementos contextuales y específicos de los CLH imputados por la Fiscalía se cumplen: declaraciones testimoniales escritas corroboradas por informes de organizaciones internacionales y no-gubernamentales.

Sin embargo, es importante subrayar que, a diferencia de los casos Bemba y Ruto & Sang, el número de informes mencionados por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la decisión de confirmación de cargos en el caso Kenyatta es ciertamente significativo.

Conclusión

El estudio realizado permite identificar dos tipos de modelos a la hora de abordar la prueba de los hechos subyacentes a los elementos contextuales de los CLH. Por una parte, el empleado en el caso Katanga & Ngudjolo por la Sala de Cuestiones Preliminares I, en el que se distingue entre hechos/incidentes exclusivamente contextuales, y hechos/incidentes utilizados para mostrar tanto la existencia de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil (elementos contextuales), como los elementos específicos de los CLH imputados por la Fiscalía. Los primeros se prueban mediante informes de la MONUC, el Secretario General de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y no-gubernamentales y medios de comunicación. Por su parte, la prueba de los segundos se basa en declaraciones testimoniales escritas.

El segundo modelo es el utilizado por la Sala de Cuestiones Preliminares II en los casos Bemba, Ruto & Sang y Kenyatta, donde todos y cada uno de los hechos/incidentes utilizados para probar el ataque sistemático o generalizado contra la población civil, son utilizados después para probar también los CLH imputados específicamente por la Fiscalía. En consecuencia, en estos casos, los hechos/incidentes mencionados se prueban a través de declaraciones testimoniales escritas porque a los informes de organizaciones internacionales (incluyendo las Naciones Unidas), organizaciones no-gubernamentales y medios de comunicación se les atribuye, a lo sumo, un valor corroborativo.

Índice de jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, August 14, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-717.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, *Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.
- ICC, the Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, January 29, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-02/11-382-Red.
- ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II *Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, February 4, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-373.