

# **Problemas con la aplicación de eximentes de responsabilidad respecto a la transición entre niño en el conflicto armado y victimario.**

**Por: Lina María Rodríguez (Monitora CIFD)**

Intentar definir un conflicto armado no parece ser tan sencillo. Si bien los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales realizan una especie de *summa divisio* del Conflicto Armado, diferenciándolo entre Conflicto Armado no Internacional y Conflicto Armado Internacional (Artículos 2 y 3 del Convenio de Ginebra), esta división no brinda una definición. Por ello se han suscitado discusiones en torno a lo que debemos comprender por “*Conflicto Armado*”. Para efectos de este texto, acudiré a la definición de Conflicto Armado brindada por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el cual se establece que existirá Conflicto Armado “... *siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados o haya violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado.*” (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, The Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a "Dule", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 1995)

Teniendo en consideración este contexto, intentaré abordar temas relacionados con la protección internacional a los Niños, Niñas y Adolescentes dentro del conflicto armado y los problemas que se pueden derivar cuando una persona es tanto víctima como victimario con énfasis en el caso Dominic Ongwen.

La protección internacional a los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) ha variado con los años, iniciando en la segunda mitad del siglo XX (ONU, 1948). Desde entonces, numerosos instrumentos han propiciado una serie de garantías para esta población (ONU 1959; 1989). En este sentido, desde más o menos 1948 se ha entendido por parte de la comunidad internacional que los NNA son sujetos de especial protección. Hoy esta protección se fundamenta en su condición, que los hace merecedores de cuidados como la protección y socorro ante formas de abandono, crueldad o explotación. (Mariño Rojas, 2012)

Así, en el tema que nos compete, los Protocolos adicionales de la Convención de Ginebra contemplan que los niños deben ser respetados de forma especial y deben serle conferidos ciertas garantías fundamentales de cuidado y ayuda. (CICR, 1949;1977)

Ello es un desarrollo del principio de distinción, consistente en el respeto de la vida e integridad de ciertas personas y bienes protegidos que puedan verse afectados en el marco de un conflicto armado sin una justificación necesaria y proporcional.

De este desarrollo, el Estatuto de Roma en el artículo 8 contempla como crimen de guerra tres conductas proscritas en contra de los menores de 15 años. i) reclutar, ii) enlistar, iii) utilizar. Diferenciarlas hoy en día es posible debido a las discusiones presentadas en el caso “*Prosecutor v. Sam Hinga Norman*” en el cual el Tribunal Especial para Sierra Leona esclareció que tanto el reclutar como enlistar hace referencia al acto de aglomerar menores para que participen en el conflicto. (Special Court for Sierra Leone, SCSL 14 , 2004)

La diferencia entre estas conductas, según el tribunal, recae sobre la coacción, pues en el reclutamiento, esta finalidad se logra por medio de actos como secuestro, amenazas e incluso medios legales que lleguen a constreñir la “voluntad” del niño o niña. (Kwik, 2020, pág. 142) Utilizo el comillas para referirme a voluntad en este caso, pues sería una imprecisión discutir la validez del consentimiento o voluntad de los niños en el marco del conflicto, debido a que se les entiende en principio incapaces. Además, incluso si se les considerara “capaces”, el conflicto conllevaría un vicio del consentimiento, por lo que no sería válido. Mientras que el enlistamiento no implica esa intensidad de coerción, sino que es un acto reactivo. (Kwik, 2020, pág. 142) A su vez, la utilización implica usar activamente a los niños en las hostilidades. (Kwik, 2020, pág. 142)

Podemos concluir respecto a este punto que los niños y niñas menores de 15 años son sujetos protegidos por el derecho internacional humanitario, que cuando sobre ellos se ejercen las conductas de reclutar, enlistar y utilizar existe una respuesta por parte de la Comunidad Internacional, debido a que constituyen crímenes de guerra. En consecuencia, no hay discusión sobre el hecho de que los niños menores de 15 años que hayan sido objetos materiales de estas conductas son víctimas del conflicto.

El principal problema que observo se da en sede de culpabilidad, es decir el juicio de reproche que se le realiza a la persona de actuar conforme a derecho debiendo hacerlo. Consideremos la situación de la persona que en principio es víctima del conflicto y después se convierte en victimario. Opino que el hecho de haber sido víctima dentro del conflicto armado implica una afectación en la graduación de un comportamiento esperable, pues el juicio de reproche debe atender a las calidades y circunstancias particulares de cada persona. Así, haber sido víctima en el marco de un conflicto armado, es un hecho que debe ser considerado en sede de culpabilidad y no de punibilidad (como lo plantea el Art. 78 del Estatuto de Roma). Es decir, para mí no se trata de con cuánto tiempo deba responder una persona por los hechos, sino de si la persona en un principio deba responder o no. En este sentido, es importante precisar que esta crítica se eleva de forma generalizada a las tesis bipartitas, las cuales no diferencian de forma tajante la antijuridicidad de la culpabilidad, tal como lo hace el sistema de la CPI.

Empero, esta no es la única situación controversial, ya no desde un ámbito meramente jurídico sino también ético. Recurrir a conceptos como el “*Ethical loneliness*” (“*soledad ética*”) planteado por la filósofa Jill Stauffer. Este se refiere a un conflicto interno que tiene una persona, consistente en tener pensamientos que implican aislarse de la sociedad, usualmente relacionados con el ostracismo como consecuencia de pensar que no se es totalmente entendido. Esta noción aparece cuando las personas sufren actos de violencia o abuso y, si bien sus relatos son oídos en comisiones, muchas víctimas no sienten que son escuchados. Esta situación genera en las personas un sentimiento de resentimiento, que les vuelve invisibles. (Martel, 2017; Souris, 2017) . Me parece aplicable al caso de Dominic Ongwen, pues él fue niño víctima del conflicto en Uganda, siendo reclutado por el grupo LRA. Si bien con el pasar de los años se convirtió en uno de los Altos Mandos de dicho grupo, esta situación no debe impedir que sus experiencias influenciadas por la violencia que sufrió de pequeño sean escuchadas.

En el caso de Dominic Ongwen (International Criminal Court, ICC-02/04-01/15, 2021) la defensa alegó enfermedad o deficiencia mental y coacción, solicitando que tanto su experiencia como las secuelas que dejó en Ongwen el hecho de haber sido niño soldado involuntario pudieran ser consideradas dentro de una causal de exención de la responsabilidad del Estatuto de Roma. La Corte resolvió que en el momento en que se realizaron los hechos: i) no había sido probada la existencia de una enfermedad o deficiencia mental y ii) Ongwen ocupaba una alta posición jerárquica en el LRA, lo que significaba que podía tomar sus propias decisiones y le era fácil escapar del grupo. Por estos motivos, la Corte rechazó la aplicación del eximente y solamente tuvo en consideración esta circunstancia a la hora de atenuar la pena. Sin embargo, curiosamente respecto a los cargos de actos de reclutamiento ésta situación fue vista como un agravante. (Rodríguez, 2021, págs. 117-119)

Una de las propuestas de “solución” para la defensa que se han planteado es considerar que el hecho de haber sido niño soldado involuntario debería ser visto en sí mismo una causal que le exima de responsabilidad. Este argumento a mi juicio tiene una falencia y es intentar que un causal eximente de responsabilidad se aplique de forma objetiva. Esto implicaría no realizar un análisis sobre las condiciones que rodean a la persona, sino a la situación. Es decir, en caso de presentarse el antecedente, haber sido niño o niña víctima del conflicto, la consecuencia será no responder penalmente. Ello en mi opinión carece de sustento, pues si bien muchos niños fueron reclutados por el LRA, el hecho de haber sido soldado involuntario no implica que ésta sea una condición *sine qua non* de ser un Alto Mando Militar y cometer conductas antijurídicas.

La pregunta que me deja más bien un sinsabor es la siguiente: ¿Cómo se le puede exigir a Dominic Ongwen que actúe conforma a derecho si debido a las circunstancias presentadas,

se le puede categorizar en lo que Michael Pawlik llamaría un excluido social? (Pawlik, 2020) Me parece que esta pregunta merecerá mayor atención en el futuro. Por lo pronto será posible que lleguemos a las siguientes conclusiones:

La primera es que los niños y niñas menores de 15 años son sujetos protegidos por el DIH, protección que se concreta en los Protocolos Adicionales de Ginebra y el Estatuto de Roma en su artículo 8. En la actualidad esto no ha merecido mayores discusiones, salvo cuando se habla de su participación directa en hostilidades y si se les debe considerar como combatientes o no combatientes, situación que va más allá de este texto.

La segunda conclusión es que todavía es discutible la forma en la que se le debe dar respuesta a los casos en los que un victimario en algún momento también fue víctima. Pues, en el caso Dominic Ongwen, la Corte Penal Internacional no tuvo en cuenta el hecho de haber experimentado ser soldado involuntario como eximente de responsabilidad, sino como atenuante/agravante en sede de punibilidad.

## Referencias

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (1949) Convenios de Ginebra

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (1977) Protocolo Adicional I Convenios de Ginebra

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (1977) Protocolo Adicional II Convenios de Ginebra

International Criminal Court, (4 de febrero de 2021) Sentencia ICC-02/04-01/15 [M.P: Bertram Schmitt].

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, (2 de octubre de 1995) Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction: The Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a "Dule" [M.P: Cassese].

Kwik, J. (2020). The Road to Ongwen: Consolidating Contradictory Child Soldiering Narratives in International Criminal Law. *Asia Pacific Journal of International Humanitarian Law*, 1, 135-163.

Mariño Rojas, C. (2012). Derechos de los niños y niñas reclutados o utilizados en hostilidades en la justicia transicional en Colombia: evolución normativa y prácticas jurídicas. *Criterio jurídico garantista*, 4.

- Martel, J. (2017). Ethical Loneliness: The Injustice of Not Being Heard by Jill Stauffer. *American Political Science Association*, 227-228.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (1989) Convención sobre los derechos del Niño
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (1959) Declaración de los Derechos del Niño
- Pawlik, M. (2020). Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten». En: Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag. Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman y Fernando J. Córdoba (Eds.). Berlín. In *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*. Berlin: Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman y Fernando J. Córdoba .
- Rodríguez, J. (2021). El marco jurídico internacional de los niños soldado. Evolución y nuevos debates tras el Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional. *Ius et veritas*, 63.
- Special Court for Sierra Leone, (13 de marzo de 2004) Sentencia SCSL 14 of 2004 [M.P: Geoffrey Robertson.].
- Souris, R. N. (2019). Virtue Ethics, Criminal Responsibility, and Dominic Ongwen. *International Criminal Law Review*, 475-504.