

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Sentencia ICC-01/04-02/06-1962

Análisis de la admisibilidad de los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual en perjuicio de niñas soldados en el caso "The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda"

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Abogada que presenta:

Yolanda Isabel Quiñones Galindo

ASESORA:

Michelle Elisa Reyes Milk


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, MICHELLE ELISA REYES MILK, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado Informe jurídico sobre la Sentencia ICC-01/04-02/06-1962 Análisis de la admisibilidad de los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual en perjuicio de niñas soldados en el caso “The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda”, del autor / de la autora YOLANDA ISABEL QUIÑONES GALINDO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> REYES MILK, MICHELLE ELISA	
DNI: 40514122	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2909-5026	

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene como finalidad analizar la sentencia ICC-01/04-02/06-1962, del 15 de junio de 2017, del caso “The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda”, cuya relevancia y complejidad es internacionalmente reconocida, al ser la primera ocasión en la que la CPI admite su jurisdicción respecto a los crímenes de guerra de actos de violencia y esclavitud sexual cometidos intra-filas, es decir, perpetrados por miembros del mismo grupo armado que las víctimas. Para ello, se determinará si los actos de violencia y esclavitud sexual intra-filas, cometidos en perjuicio de niños y niñas soldados, pueden ser calificados como crímenes de guerra, y se evaluarán críticamente los argumentos de la sentencia seleccionada.

Se concluirá el presente trabajo exponiendo que los actos de violencia y esclavitud sexual son correctamente calificados como crímenes de guerra, incluso si se cometen intra-filas, en perjuicio de niños y niñas soldados, en tanto dicha interpretación es coherente con la normativa del DPI, del DIH y con la especial protección que el DIDH brinda a los niños y niñas, en el contexto de un conflicto armado. Finalmente, se expondrá que, si bien la CPI determina correctamente que sí posee jurisdicción respecto a los actos de violencia sexual intra-filas cometidos en perjuicio de niñas soldados en el caso concreto, su argumentación pudo ser complementada, haciendo referencia, además de las disposiciones del Estatuto de Roma, a los principios base del DIH, así como a precedentes jurisprudenciales e instrumentos jurídicos del DIDH aplicables.

Palabras clave

Crímenes de guerra, violencia sexual intra-filas, violencia sexual, esclavitud sexual, niños soldados

ABSTRACT

The objective of this legal report is to analyze the judgment ICC-01/04-02/06-1962, issued on June 15, 2017, in the case “The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda”. This case holds significant international recognition and complexity, as it marked the first time in which the ICC asserted jurisdiction over war crimes involving acts of violence and sexual slavery committed intra-force, specifically perpetrated by members of the same armed group as the victims. The report aims to determine whether the acts of violence and intra-force sexual slavery, inflicted upon child soldiers, can be classified as war crimes, while critically evaluating the arguments presented in the selected judgment.

The research concludes that acts of violence and sexual slavery, even when committed within armed forces against child soldiers, should be classified as war crimes. This interpretation aligns with the provisions of ICL, IHL and with the special protection afforded to children under IHRL in the context of an armed conflict.

Furthermore, it is noted that while the ICC correctly establishes its jurisdiction over acts of intra-force sexual violence against child soldiers in the specific case, the argumentation could be further enhanced by referencing not only to the provisions of the Rome Statute, but also to the principles of IHL, relevant jurisprudential precedents, and applicable IHRL legal instruments.

Keywords

War crimes, intra-force sexual violence, sexual violence, sexual slavery, child soldiers

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Justificación de la elección de la resolución	1
1.2. Presentación del caso	3
2. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	4
2.1. Antecedentes	4
2.2. Hechos relevantes del caso	5
2.3. Recorrido procedimental preliminar	6
3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	8
4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	9
4.1. ¿Es posible clasificar como crímenes de guerra los actos de violación y esclavitud sexual cometidos contra niños y niñas soldados al interior de las filas de un grupo armado?	9
4.1.1. Diferencia entre CAI y CANI	9
4.1.2. Los actos de violación y esclavitud sexual como crímenes de guerra	11
4.1.2.1. Respecto a los crímenes de guerra	11
4.1.2.2. Regulación en el Estatuto de Roma	12
4.1.2.3. Elementos de los crímenes	13
4.1.2.3.1. Elementos del crimen de guerra de actos de violencia sexual	13
4.1.2.3.2. Elementos del crimen de guerra de actos de esclavitud sexual	17
4.1.3. Los niños y niñas soldados como sujetos pasivos de los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual intra-filas	19
4.1.3.1. La problemática que implica al DIH que la CPI juzgue un crimen de guerra de actos de violencia y esclavitud sexual cometido intra-filas	20
4.1.3.1.1. Categoría de persona protegida en el DIH	21
4.1.3.1.2. Diferencia entre crímenes de guerra y graves infracciones al DIH	23

4.1.3.2. La especial protección que el DIDH brinda a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado	25
4.1.3.2.1. La Convención de 1989 relativa a los Derechos del Niño	27
4.1.3.2.2. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados	29
4.2. ¿La Corte Penal Internacional tiene jurisdicción sobre los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros de las fuerzas armadas del movimiento rebelde “Unión de Patriotas Congoleños” contra niñas soldados pertenecientes al mismo grupo armado, imputados a Bosco Ntaganda bajo los cargos 6 y 9?	31
4.2.1.1. Calificación de los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual cometidos en el caso concreto	32
4.2.1.1.1. Exposición de los hechos imputados	32
4.2.1.1.2. Calificación de los hechos imputados como crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual	33
4.2.1.2. Análisis de los argumentos de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en relación a la jurisdicción de la CPI respecto a los cargos 6 y 9 imputados a Bosco Ntaganda	38
4.2.1.2.1. Respecto al significado ordinario, contexto e historia de la redacción de los artículos 8.2.b).xxii) y 8.2.e).vi) del Estatuto de Roma	39
4.2.1.2.1.1. Sobre los requisitos de estatus jurídico según los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común	39
4.2.1.2.1.2. Significado ordinario	41
4.2.1.2.1.3. Contexto e historia de la redacción del artículo 8	44
4.2.1.2.2. Respecto a la expresión “dentro del marco establecido del Derecho Internacional”	50
4.2.1.2.3. Respecto a la existencia de requisitos de estatus jurídico en base a la expresión “dentro del marco establecido del Derecho Internacional	51
5. CONCLUSIONES	57
BIBLIOGRAFÍA	60

Tabla de abreviaturas y significados		
N°	Abreviaturas	Significados
1	Art. 3 común	Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949
2	CAI	Conflicto Armado Internacional
3	CANI	Conflicto Armado No Internacional
4	CG	Convenios de Ginebra de 1949
5	CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
6	Convención 1989	Convención de los Derechos del Niño de 1989
7	CPI	Corte Penal Internacional
8	DPI	Derecho Penal Internacional
9	DI	Derecho Internacional
10	DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
11	DIH	Derecho Internacional Humanitario
12	ER	Estatuto de Roma
13	PI	Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales
14	PII	Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter internacional
15	Protocolo facultativo 2000	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados
16	RDC	República Democrática del Congo
17	SA	Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional
18	SVI	Sala de Primera Instancia VI de la Corte Penal Internacional
19	UPC	Movimiento rebelde "Unión de Patriotas Congoleños"

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	ICC-01/04-02/06
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	ICC-01/04-02/06-1962 ICC-01/04-02/06-2359
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	La Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional presenta el caso.
DEMANDADO/DENUNCIADO	El investigado es Bosco Ntaganda
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Sala de apelaciones de la Corte Penal Internacional
TERCEROS	Víctimas/representantes de las víctimas

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La relevancia del caso “The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda” es ampliamente reconocida a nivel doctrinal, ya que representa la primera ocasión en que la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) analiza casos de actos de violencia y esclavitud sexual contra niños y niñas soldados cometidos por miembros de su mismo grupo armado. Esta situación condujo a que la Sala de Apelaciones de la CPI (en adelante, SA), confirmando la decisión de la Sala de Primera Instancia VI de este tribunal (en adelante, SIV), estableciera por primera vez en la historia de la CPI su jurisdicción sobre estos casos.

Si bien está claramente establecido que el Derecho Internacional (en adelante, DI) prohíbe los actos de violencia y esclavitud sexual, existe controversia sobre si estos actos, cuando ocurren al interior de las filas o líneas de soldados (intra-filas), están protegidos por el Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) como crímenes de guerra. Ello, debido a que el DPI, al prohibir y sancionar las conductas humanas más graves en el ámbito internacional, tales como los crímenes de guerra, incorpora dentro de este delito a las graves infracciones a los Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante, CG), y a la figura de personas protegidas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH).

El DIH, por su parte, es el conjunto de normas de DI que restringe los métodos y medios de guerra, con el objetivo de limitar las atrocidades de los conflictos armados, en aras de aliviar el sufrimiento de las personas protegidas en los CG, que son aquellas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades.

De este modo, no queda claro si la categoría de crimen de guerra del DPI puede abarcar los actos de violencia y esclavitud sexual

cometidos intra-filas, toda vez que, aparentemente, los niños y niñas soldados no calzarían dentro de la figura de persona protegida del DIH, al no cumplir con los requisitos de estatus jurídico de personas que no participan o que ya no pueden seguir participando en las hostilidades de los CG. Así, por ejemplo, en 2009, el Tribunal especial para Sierra Leona estableció que el DIH nunca ha intentado criminalizar los actos de violencia cometidos por un miembro del grupo armado en perjuicio de otro, toda vez que dicha conducta queda ante la competencia del derecho penal interno del Estado del grupo armado en cuestión (SCSL, Case No. SCSL-04-15-T, para. 1453, p. 435).

En ese sentido, escogí la sentencia No. ICC-01/04-02/06-1962 debido a que en esta resolución, la SA confirma la segunda decisión de la SVI, relativa a la admisión de la jurisdicción de la CPI sobre los cargos 6 y 9 imputados a Bosco Ntaganda, que se refieren a los actos de violación y esclavitud sexual de niñas soldados, calificados como crímenes de guerra.

Al respecto, inicialmente consideré analizar la sentencia No. ICC-01/04-02/06-2666, emitida el 30 de marzo del 2021, que corresponde a la sentencia sobre las apelaciones contra la decisión de la SVI del 8 de julio de 2019, al ser la última sentencia que analiza el fondo del caso en cuestión. No obstante, finalmente decidí basar este informe jurídico en la decisión que aborda la admisibilidad del caso. La razón detrás de esta elección es que, a diferencia de la sentencia de segunda instancia sobre el fondo, la decisión de admisibilidad analiza como tema central la jurisdicción de la CPI en relación a los actos de violencia y esclavitud sexual cometidos intra-filas. Este aspecto en particular otorga una especial relevancia al caso, lo cual motivó mi elección.

A tenor de lo expuesto, elegí la presente sentencia porque me permitirá abordar la compleja interrogante respecto a si los actos de violencia y esclavitud sexual contra niños y niñas soldados,

cometidos intra-filas, pueden ser calificados como crímenes de guerra. Para llegar a una respuesta sobre esta cuestión, analizaré los elementos de estos crímenes de guerra, y determinaré si los niños y niñas soldados pueden ser sujetos pasivos de estos, de acuerdo a una interpretación de las disposiciones del Estatuto de Roma (en adelante, ER) que sea conforme al DIH y a la especial protección que brinda el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) a los niños y las niñas en el contexto de un conflicto armado.

Finalmente, el análisis de esta sentencia me permitirá hacer una evaluación crítica respecto a la fundamentación de la SA en la admisión de los cargos 6 y 9 en el caso de Bosco Ntaganda, cuyo eje de discusión gira en torno a la existencia de requisitos de estatus jurídico de acuerdo a los CG y al art. 3 común en las disposiciones del artículo 8.2 del ER, y complementar dicha decisión.

1.2. Presentación del caso

En el presente informe jurídico, la autora analiza la sentencia No. ICC-01/04-02/06-1962, del 15 de junio del 2017, mediante la cual la SA confirma la segunda decisión de la SVI, que admite la jurisdicción de la CPI en relación a los cargos 6 y 9 imputados a Bosco Ntaganda, referidos a actos de violación y esclavitud sexual cometidos contra niñas soldados, perpetrados por miembros de su mismo grupo armado.

La autora se propone como principal objetivo determinar si los actos de violación y esclavitud sexual intra-filas, cometidos contra niños y niñas soldados, pueden ser calificados como crímenes de guerra. Para ello, analizará los elementos de estos crímenes de guerra, e interpretará las disposiciones del ER que los regulan conforme al DIH y a la protección especial que el DIDH brinda a los niños y niñas soldados en el contexto de un conflicto armado.

Asimismo, la autora evaluará críticamente los argumentos expuestos por la SA, en relación a la admisión de la jurisdicción de la CPI respecto a los actos de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros de las fuerzas armadas del movimiento rebelde UPC en perjuicio de las niñas soldados del mismo grupo armado, imputados como crímenes de guerra a Bosco Ntaganda, bajo los cargos 6 y 9.

El presente trabajo concluirá exponiendo que los actos de violencia y esclavitud sexual cometidos en el contexto de un conflicto armado configuran crímenes de guerra incluso cuando son cometidos en perjuicio de niños y niñas soldados, y perpetrados por miembros del grupo armado del que formaban parte. Ello, debido a que dicha interpretación de las disposiciones del ER es conforme al DIH y a la especial protección que el DIDH brinda a los niños y niñas soldados en el contexto de un conflicto armado.

Finalmente, se establecerá que, si bien la SA determinó correctamente la jurisdicción de la CPI respecto a los actos cuestionados en el caso concreto, precisando que las disposiciones del artículo 8.2 del ER no exigen los requisitos de estatus jurídico de acuerdo a los CG y el art. 3 común, estos argumentos podrían haber sido complementados con una interpretación en concordancia con los principios DIH y la protección que el DIDH brinda a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

El caso de Bosco Ntaganda llegó a la CPI en un contexto en el cual este tribunal llevaba a cabo diversos esfuerzos internacionales por abordar los crímenes internacionales perpetrados durante el

conflicto armado en la República Democrática del Congo (en adelante, RDC).

Los hechos imputados a Bosco Ntaganda se desarrollaron en el contexto del conflicto armado que ha afectado a la RDC desde 1996 (Royo, 2016). Ntaganda empezó su carrera militar en Ruanda, a la edad de 17 años, cuando se incorporó al ala armada del ejército patriótico de Ruanda (CPI, 2019, Sentencia N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 5, p.11) Tras ocupar diversas posiciones durante el desarrollo del conflicto armado, Ntaganda asumió el cargo de Subjefe de Gabinete a cargo de operaciones y de la organización del movimiento rebelde Unión de Patriotas Congoleños (en adelante, UPC) (CPI, 2019, Sentencia N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 32, p.18), periodo durante el cual realizó las conductas criminales posteriormente analizadas en sede internacional.

2.2. Hechos relevantes del caso

- a. En el presente caso, se analizan los crímenes internacionales cometidos por el líder militar Bosco Ntaganda, entre el 6 de agosto del 2002 y el 31 de diciembre del 2003, en Ituri, en la RDC (CPI, 2019, Sentencia N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 33, p.19).
- b. El 22 de agosto del 2006 y posteriormente el 13 de julio del 2012, la CPI emitió órdenes de arresto en contra de Bosco Ntaganda. El 22 de marzo del 2013, Ntaganda se entrega voluntariamente a la CPI (CPI, 2019, Sentencia N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 33, p.19).
- c. El 10 de enero del 2014, mediante el “Documento que contiene los cargos”, Bosco Ntaganda fue acusado por haber cometido diversos crímenes internacionales al haber participado como líder del UPC en diversos ataques. Así, se le imputó una serie de crímenes de guerra y lesa humanidad, tales como asesinato (cargos 1 y 2), ataques a la población civil (cargo 3), violación sexual (cargos 4 y

5), esclavitud sexual (cargos 7 y 8), persecución (cargo 10), saqueos (cargo 11), movilizaciones forzadas y desplazamiento de civiles (cargos 12 y 13), ataques a objetos protegidos (cargo 17) y destrucción de la propiedad del enemigo (cargo 18).

- d. Asimismo, la fiscal Fatou Bensouda acusó a Bosco Ntaganda de haber cometido crímenes internacionales contra niños y niñas soldados menores de 15 años en Ituri, durante el periodo fuera del conflicto armado internacional (CPI, 2019, Sentencia N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 32, p.18), siendo expuestos el crimen de reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos, o su uso para participar activamente en hostilidades, calificados como crímenes de guerra (cargos 14, 15 y 16), y los actos de violación y esclavitud sexual de niñas soldados, calificados como crímenes de guerra (cargos 6 y 9).
- e. Durante la audiencia de confirmación, la defensa de Ntaganda argumentó contra la admisibilidad de los cargos 6 y 9, exponiendo que los crímenes cometidos por miembros de fuerzas armadas contra miembros del mismo grupo no forman parte de la jurisdicción de la CPI.

2.3. Recorrido procedimental preliminar

- a. El 9 de junio del 2014, la Sala de cuestiones preliminares II de la CPI confirmó los cargos contra Bosco Ntaganda, incluyendo los cargos 6 y 9, referidos a actos de violencia y esclavitud sexual de niñas soldados, imputados como crímenes de guerra, tipificados en el artículo 8.2.e).vi) del ER (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 5, p.4).
- b. El 1 de septiembre de 2015, la defensa de Ntaganda cuestionó la jurisdicción de la CPI respecto a los cargos 6 y 9, de conformidad con el artículo 19.4 del ER (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 6, p.5).

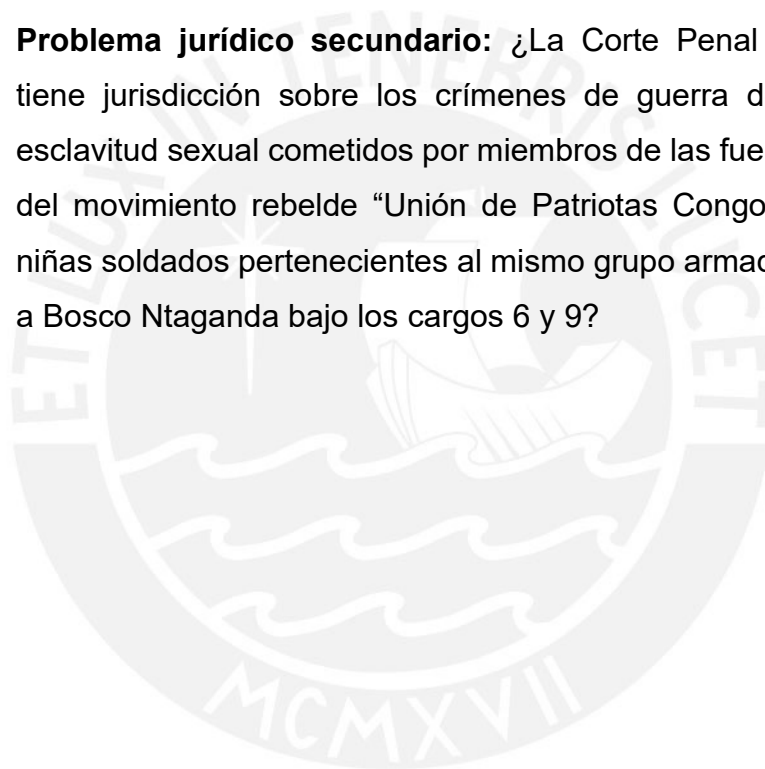
- c. El 9 de octubre del 2015, la SVI emitió la “Primera Decisión”, mediante la cual rechazó el cuestionamiento de la defensa de Ntaganda, señalando que no era necesario abordar el asunto de si los niños, o las personas en general, podían ser víctimas de violación o esclavitud sexual, de conformidad con el crimen de guerra tipificado en el artículo 8.2.e.vi del ER, cuando los actos eran cometidos por miembros del mismo grupo armado. Así, se precisó que dicha cuestión de derecho sustantivo debía ser abordada durante la evaluación probatoria de la Sala, en el juicio (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 7, p.4).
- d. El 19 de octubre del 2015, Ntaganda apeló la Primera Decisión, exponiendo que el cuestionamiento respecto a los cargos 6 y 9 sí debía ser realizado en sede preliminar (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 8, p.5).
- e. El 22 de marzo del 2016, la SA revocó la Primera Decisión, y devolvió el asunto a la SVI para que aborde el cuestionamiento planteado por la defensa de Ntaganda respecto a la jurisdicción de la CPI. La SA argumentó que las cuestiones relativas a las restricciones en las categorías de personas que pueden ser consideradas víctimas de actos de violación o esclavitud sexual como crímenes de guerra son esencialmente jurisdiccionales (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 9, p.5).
- f. El 4 de enero de 2017, la SVI emitió la “Segunda Decisión”, mediante la cual rechazó el cuestionamiento de la defensa, precisando que los miembros de un mismo grupo armado no están excluidos per se de ser víctimas potenciales de los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual, tipificados en los artículos 8.2.b.xxii) y 8.2.e.vi) del ER (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 11, p.6).
- g. El 26 de enero de 2017, la defensa de Ntaganda apeló la Segunda Decisión. Finalmente, mediante sentencia del 15 de junio de 2017, la SA de la CPI confirmó de manera unánime la Segunda Decisión,

siendo esta la primera ocasión en la que este tribunal admitía su jurisdicción sobre crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos intra-filas en perjuicio de niñas soldados.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema jurídico principal: ¿Es posible clasificar como crímenes de guerra los actos de violación y esclavitud sexual cometidos contra niños y niñas soldados al interior de las filas de un grupo armado?

3.2. Problema jurídico secundario: ¿La Corte Penal Internacional tiene jurisdicción sobre los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros de las fuerzas armadas del movimiento rebelde “Unión de Patriotas Congoleños” contra niñas soldados pertenecientes al mismo grupo armado, imputados a Bosco Ntaganda bajo los cargos 6 y 9?



4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1. ¿Es posible clasificar como crímenes de guerra los actos de violación y esclavitud sexual cometidos contra niños y niñas soldados al interior de las filas de un grupo armado?

La presente sección del informe jurídico tiene como principal objetivo determinar si los actos de violación y esclavitud sexual cometidos en perjuicio de niños y niñas soldados, perpetrados al interior de las filas de un grupo armado, pueden ser calificados como crímenes de guerra.

Con el fin de lograr este objetivo, en primer lugar se expondrá la distinción entre Conflicto Armado Internacional (en adelante, CAI) y Conflicto Armado No internacional (en adelante, CANI), con el objetivo de centrar el trabajo en la regulación que el DPI y el DIH establecen para los CANI. Esto es relevante debido a que los hechos del caso concreto, examinados en la segunda sección del informe jurídico, se desarrollaron en este tipo de conflicto armado.

En segundo lugar, se expondrá la regulación y los elementos de los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual, en el contexto de un CANI. Finalmente, se establecerá si la figura de los niños y niñas soldados es pasible de ser sujeto pasivo de los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros de su mismo grupo armado.

4.1.1. Diferencia entre CAI y CANI

Determinar el carácter internacional o no internacional de un conflicto armado es importante para establecer la regulación del DPI y del DIH aplicable al caso concreto.

En ese sentido, en primer lugar, es preciso exponer una definición de conflicto armado. En relación a este concepto, tal como expone Elizabeth Salmón, en la jurisprudencia internacional es imprescindible considerar la posición del

Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, el cual, en el caso de Dusko Tadic, precisó que existe conflicto armado cuando se configura un enfrentamiento bélico prolongado entre estados, entre estados y grupos armados organizados o entre estos grupos. (2016, p. 26).

De este modo, se advierte la existencia de cuatro elementos fundamentales en la noción de conflicto armado: i) empleo de fuerza o violencia armada (elemento definitorio), ii) la prolongación en el tiempo, iii) organización del grupo que participa en el conflicto, iv) que el conflicto se desarrolle entre grupos (entre estados o entre la autoridad estatal y el grupo armado) (Salmón, 2016, p. 26)

En segundo lugar, es necesario entender las diferencias entre los dos tipos de conflicto armado: los CAI y los CANI. A nivel doctrinal, se ha establecido que el tipo de conflicto armado no depende del grado de violencia ejercida, en tanto el único criterio diferenciador es el tipo de sujetos enfrentados (Bregaglio, 2013). Así, el conflicto armado será de índole internacional cuando los sujetos enfrentados sean únicamente Estados, y será no internacional o interno cuando se enfrente un grupo armado contra las fuerzas estatales, o dos o más grupos armados al interior de un Estado (Bregaglio, 2013).

Tal como se expuso previamente, diferenciar el carácter internacional o no internacional del conflicto armado es fundamental porque de ello depende la regulación del DPI y del DIH aplicable. Así, por un lado, las disposiciones del artículo 8.2 del ER diferencian el carácter internacional o no internacional del conflicto en la regulación de los crímenes de guerra.

Por otro lado, tal como expone Elizabeth Salmón, en los casos de CAI se aplica un conjunto acabado y complejo de

normas de DIH, el cual se compone principalmente por los CG y el Protocolo Adicional I, referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PI) (2016, p.27). Por su parte, a los CANI se aplica un número menos abundante y más sencillo de normas de DIH, el cual se constituye por el art. 3 común y el Protocolo Adicional II (Salmón, 2016, p.27).

Habiendo expuesto las principales diferencias entre estos dos tipos de conflicto armado, es preciso señalar que el desarrollo del presente trabajo se delimitará a la regulación que el DPI y el DIH establecen para los CANI, dado que los hechos del caso concreto se desarrollaron en el contexto de un CANI que tuvo como partes al movimiento rebelde UPC y las fuerzas estatales de la RDC.

En ese sentido, a continuación, se realizará el análisis de los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual en el contexto de un CANI, con la finalidad de determinar si pueden ser calificados como tal incluso cuando son cometidos por miembros de un grupo armado organizado en perjuicio de niños y niñas soldados miembros de ese grupo.

4.1.2. Los actos de violación y esclavitud sexual como crímenes de guerra

4.1.2.1. Respecto a los crímenes de guerra

Tal como expone Werle, un crimen de guerra puede ser definido como toda transgresión punible a una norma del DIH (citado en Huertas, 2011, p.77). El ER regula a los crímenes de guerra en su artículo 8, cuyo primer numeral centra la competencia de la CPI respecto de los crímenes de guerra cometidos en el marco de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Por su

parte, las conductas que configuran un crimen de guerra pueden ser cometidas en el contexto de un CAI o un CANI, y así se encuentran expuestas en las diversas disposiciones del segundo numeral del artículo 8 del ER.

En la presente sección del informe jurídico se analizarán los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual cometidos en el marco de un CANI, en tanto los hechos del caso concreto que será posteriormente materia de cuestionamiento giran en torno a este tipo de conflicto armado. Ello, con el objetivo de identificar cada uno de sus elementos, y, posteriormente, poder analizar si los niños y niñas soldados podrían ser sujetos pasivos de estos crímenes.

4.1.2.2. Regulación en el Estatuto de Roma

Los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual cometidos en el marco de un CANI se encuentran regulados en el artículo 8.2.e).vi) del ER, de la siguiente manera:

Artículo 8
Crímenes de guerra
(...)
2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:
(...)
e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
(...)
vi) **Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado,**
(...) (el énfasis es propio)

Con la finalidad de entender el alcance de estas conductas, así como el contenido de las

disposiciones del artículo 8.2.e).vi) del ER, a continuación, analizaremos los elementos de estos crímenes.

4.1.2.3. Elementos de los crímenes

De acuerdo al documento que expone los elementos de los crímenes del ER, la disposición contenida en el artículo 8.2.e).vi) regula seis conductas diferentes. A efectos del desarrollo del presente informe, importan las conductas de i) actos de violencia sexual y ii) actos de esclavitud sexual.

4.1.2.3.1. Elementos del crimen de guerra de actos de violencia sexual

Tal como se detalla en el documento que expone los elementos de los crímenes del ER, el crimen de guerra de actos de violencia sexual cometidos en el contexto de un CANI se configura mediante la presencia de cuatro elementos. A continuación, se hará una breve mención a cada uno de estos elementos.

Invasión del cuerpo de la víctima mediante penetración

En primer lugar, este crimen se configura a través de la invasión del cuerpo de la víctima mediante penetración (Elementos de los crímenes, pp. 261). De acuerdo a lo establecido en el documento que expone los elementos de los crímenes, este supuesto de hecho se configura de dos maneras: i) mediante la introducción de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor en un órgano

sexual, ii) mediante la introducción de un objeto u otra parte del cuerpo en el orificio anal o genital de la víctima.

Tal como se puede advertir, el referido elemento corresponde a un supuesto objetivo, esto es, un hecho fáctico verificable, el cual, a efectos de configurar este crimen, deberá ser acreditado en base a los medios probatorios necesarios.

Empleo de fuerza o amenaza de uso de fuerza, o coacción

En segundo lugar, este crimen exige que la invasión al cuerpo de la víctima se haya cometido mediante el empleo de fuerza o amenaza de uso de fuerza, o coacción (Elementos de los crímenes, p.261).

De esta manera, se observa que el segundo elemento del crimen de guerra de actos de violencia sexual es el medio de comisión del delito, el cual exige que los actos se realicen mediante una de las cinco maneras expuestas: i) uso de la fuerza, ii) amenaza de la fuerza, iii) coacción, iv) aprovechando el entorno coercitivo, v) en un contexto en el cual la víctima era incapaz de dar su libre consentimiento.

En relación a dichos medios de comisión, a nivel doctrinal se ha expresado que el *uso de la fuerza* supone toda acción que implique el despliegue de energía corporal del autor sobre la víctima, y que se traduce en, por ejemplo,

golpes o en sujeción a través de las manos (Salinas, 2016, p. 65). Asimismo, se expone que la resistencia de la víctima no es jurídicamente relevante, y que ningún caso de bloqueo o colaboración de la víctima elimina la existencia de este medio (Jericó, 2019, p. 306).

Respecto al medio de comisión de *amenaza de la fuerza*, el cual es definido como el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima (Salinas, 2016, p.71), la jurisprudencia internacional requiere que la amenaza sea seria, verosímil, inmediata y grave, siendo asimilable a la violencia física (Jericó, p. 354). Sin embargo, se debe considerar que estas características deben ser evaluadas de acuerdo con las circunstancias personales y fácticas en las que se encuentra la víctima en el caso concreto (Jericó, 2019, p. 354).

En relación a la *coacción*, cabe precisar que la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI hizo referencia a este medio de comisión en el caso de Jean-Pierre Bemba Gombo, en el cual se expuso que las diversas formas de coacción, tales como amenazas, intimidación y extorsión, no requieren de fuerza física, al ser situaciones en las que el autor se aprovecha del miedo de la víctima, y que, en ciertas circunstancias, tales como conflicto armado o presencia militar, la coacción podrá ser inherente. (Nuñez del Prado, 2012, p. 36).

Respecto al medio de comisión de *aprovechar el entorno coercitivo*, en la sentencia del caso Akayesu, el Tribunal Penal para Ruanda expuso que los actos de violencia sexual no sólo se cometen mediante el empleo de la violencia directa, puesto que también pueden configurarse en contextos coactivos como los que se generan como consecuencia de los conflictos armados (Villemas, 2010, p.10).

Finalmente, en relación al medio de comisión referido al *contexto en el cual la víctima era incapaz de dar su libre consentimiento*, se han expuesto diversos supuestos. Así, este medio puede configurarse a través del abuso de una situación de poder por parte de un mando militar o subversivo que ejerce autoridad y control en espacio territorial, mediante el abuso de una relación de superioridad, y por medio del abuso de una situación de vulnerabilidad (Peña Cabrera, 2007, p. 375-376).

Nexo con un conflicto armado no internacional

El tercer elemento del crimen de guerra de actos de violencia sexual implica que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un CANI. Es preciso mencionar que, además, este elemento exige que se establezca que la conducta haya estado relacionada al CANI.

La acreditación de este elemento es fundamental para la calificación de los actos de violencia sexual como crímenes de guerra,

toda vez que, de otro modo, la comisión de estos actos no competiría a la jurisdicción internacional, sino a la jurisdicción interna. En otras palabras, el elemento del nexo de la conducta con un CANI marca la diferencia entre la comisión de un crimen ordinario y un crimen internacional.

Que el autor haya sido consciente de la existencia de un conflicto armado

El cuarto elemento hace referencia a que, a efectos de configurar un crimen de guerra, los actos de violación sexual deben haber sido cometidos, además, con conocimiento de que se desarrollaban en el contexto de un CANI.

4.1.2.3.2. Elementos del crimen de guerra de actos de esclavitud sexual

El segundo crimen de guerra a analizar es el que corresponde a los actos de esclavitud sexual desarrollados en el contexto de un CANI. Tal como se precisa en el documento de Elementos de los crímenes, este crimen internacional se configura mediante la presencia de cuatro elementos, los cuales se desarrollan a continuación.

Ejercicio de uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas

El primer elemento es el supuesto de hecho, el cual exige el ejercicio de uno de los atributos del derecho de propiedad sobre la víctima (Elementos de los crímenes, p. 261).

En relación a este elemento, es preciso mencionar que, tal como lo ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso Trabajadores de Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, el hecho de ejercer uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas implica que el autor ejerza una suerte de posesión sobre las víctimas, es decir, un control intenso sobre estas, de tal manera que evidencie la pérdida o reducción sustancial de su autonomía (Corte IDH, 2016, para. 269, p.70).

Que el autor haya hecho que la víctima realice uno o más actos de naturaleza sexual

El segundo elemento exige que se acredite que “el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual” (Elementos de los crímenes, p. 261).

Tal como se ha expuesto en el caso Katanga, este elemento hace referencia a la capacidad del autor de este crimen de decidir sobre los asuntos relacionados con la actividad sexual de la víctima (Ambos 2012, como se citó en Martín y Lirola). Asimismo, es preciso mencionar que los “actos de naturaleza sexual” a los que se alude en este elemento no se limitan a la violación, en tanto incorporan a todos aquellos actos realizados sobre la

victima socavando su derecho a la autonomía sexual (García, 2020, p. 28).

Nexo con un conflicto armado no internacional

El tercer elemento implica que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un CANI. Tal como se precisó en el análisis previo, este elemento exige que se establezca que la conducta ha estado relacionada al CANI.

Que el autor haya sido consciente de la existencia de un conflicto armado

Finalmente, tal como se expuso en el análisis previo, a efectos de configurar un crimen de guerra, los actos de explotación sexual deben haber sido cometidos, además, con conocimiento de que se desarrollaban en el contexto de un CANI.

4.1.3. Los niños y niñas soldados como sujetos pasivos de los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual intra-filas

La presente sección del trabajo tiene como finalidad establecer si los niños y niñas soldados pueden ser sujetos pasivos de los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual, cuyos elementos han sido previamente abordados. Para ello, en primer lugar, se presentará la problemática que implica para el DIH que la CPI juzgue un crimen internacional cometido al interior de un grupo armado. En segundo lugar, se expondrán las diversas normas del DIDH mediante las cuales el ordenamiento jurídico internacional brinda especial protección a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado. Para concluir,

se determinará si los actos de violación y esclavitud sexual intra-filas cometidos en perjuicio de niños y niñas soldados pueden ser calificados como crímenes de guerra.

4.1.3.1. La problemática que implica al DIH que la CPI juzgue un crimen de guerra de actos de violencia y esclavitud sexual cometido intra-filas

La doctrina es unánime al exponer que el DIH, además de limitar los medios y métodos de guerra que pueden emplear las partes en conflicto, tiene como objetivo garantizar la protección y el trato humano de aquellas personas que no participan, o que ya no participan directamente en las hostilidades (Melzer, 2016, p. 17). Así, es claro que el DIH busca proteger a aquellas personas que no forman parte de los enfrentamientos bélicos, tales como la población civil, así como a aquellas personas que ya no participan directamente de estos, tales como los soldados puestos fuera de combate por heridas, detención o cualquier otra causa.

Por su parte, el DPI busca sancionar las conductas más gravosas en el ámbito internacional, así como las infracciones más graves al DIH, reguladas en el ER bajo la denominación de crímenes de guerra. De esta manera, respecto a estos crímenes internacionales, el concepto de sujeto pasivo del DPI incorpora la figura de “persona protegida” del DIH, la cual incluye a las personas que cumplan los requisitos de estatus jurídico regulados en los CG, y en el artículo 3 común, es decir, a las personas que no participan de las hostilidades o que ya no pueden hacerlo.

En ese contexto, surge la interrogante respecto a qué sucede cuando los actos que configuran los crímenes de guerra se cometen en perjuicio de una persona que, en principio, no cumple con los requisitos de estatus jurídico contenidos en los CG y en el artículo 3 común. Este, precisamente, es el caso de los actos de violencia y esclavitud sexual cometidos intra-filas. ¿Implica una problemática para el DIH que el DPI sancione este tipo de crímenes de guerra?

A fin de dar respuesta a la referida interrogante, en la presente sección del trabajo se expondrá lo referente a la categoría de persona protegida en el DIH, y se presentarán las diferencias entre crímenes de guerra y graves infracciones al DIH.

4.1.3.1.1. Categoría de persona protegida en el DIH

El DIH es aquella rama del DI que se encarga de regular los medios y métodos de hacer la guerra, y las conductas que se dan en el marco de un conflicto armado, sea de carácter internacional o no internacional. En ese sentido, tal como precisa Elizabeth Salmón, el DIH no permite ni prohíbe los conflictos armados, en tanto lo que busca es, frente a su existencia, regularlos y minimizar su impacto a lo estrictamente necesario (2016, p. 27).

El marco jurídico del DIH se ha desarrollado de manera gradual, a partir de una serie de principios y normas consuetudinarias que, progresivamente, han sido codificadas en diversos tratados, así como de acuerdo a la influencia de la normativa interna de diversos Estados. (Salmón, 2016, p. 53). Actualmente,

el marco jurídico del DIH se encuentra constituido, además de las normas consuetudinarias, por los CG y sus Protocolos Adicionales de 1977.

De esta manera, el DIH delinea una categoría especial de persona protegida, la cual se encuentra constituida por aquellas personas que cumplan con los requisitos de estatus jurídicos establecidos en los CG, en los casos de CAI, y en el artículo 3 común, en los casos de CANI. Tal como precisa Fernández-Carter, diferenciar la categoría de persona protegida es central en el DIH, toda vez que ciertas acciones están prohibidas cuando se cometen contra una persona protegida, pero no cuando se realizan contra un blanco legítimo (2017, p.87).

Así, en el caso de CAI, la categoría de persona protegida del DIH se conforma por aquellas personas que cumplan con los requisitos de estatus jurídico de los CG, incorporándose dentro de esta a los heridos y enfermos en las fuerzas en campaña y en el mar (Convenios I y II), a los prisioneros de guerra (Convenio III), y a las personas civiles, incluso en territorios ocupados (Convenio IV).

Por su parte, en el caso de CANI, la categoría de persona protegida del DIH exige que se cumplan con los requisitos del artículo 3 común, el cual incorpora a i) las personas que no participen directamente en las hostilidades, y ii) las personas puestas fuera de combate

por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

En síntesis, se tiene que la categoría de persona protegida del DIH se conforma por aquellas personas que cumplan con los requisitos de estatus jurídico de los CG, en el caso de CAI, y del artículo 3 común, en el caso de CANI, los cuales hacen alusión a aquellas personas que no participan de las hostilidades, o a aquellas que ya no pueden participar de las mismas.

4.1.3.1.2. Diferencia entre crímenes de guerra y graves infracciones al DIH

Existe una importante relación entre el DIH y el DPI, la rama del DI que sanciona la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional mediante la regulación de las conductas criminales más gravosas. Así, de acuerdo a lo establecido en el ER, los crímenes de guerra sancionan esencialmente las vulneraciones a los CG y al art. 3 común, cometidas contra personas o bienes protegidos en los términos de las referidas disposiciones.

No obstante, es preciso considerar que la categoría crímenes de guerra no es equiparable a la de graves infracciones a los CG, y así, el sujeto pasivo de los crímenes de guerra regulados por el DPI no es equiparable a la figura de persona protegida del DIH.

Por un lado, tal como lo establece el artículo 8.2 del ER, los crímenes de guerra se encuentran constituidos por: i) Infracciones graves de los CG, ii) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los CAI dentro del marco establecido de DI, iii) Violaciones graves del artículo 3 común, en CANI y iv) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los CANI, dentro del marco establecido de DI.

En ese sentido, se advierte que la categoría de crímenes de guerra es más amplia que la de graves infracciones a los CG. Ello puesto que los supuestos que configuran crímenes de guerra, además de incorporar a las graves infracciones a los CG y a las violaciones graves al art. 3 común, incorporan los supuestos de otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los CAI y CANI, dentro del marco establecido del DI. De esta manera, se tiene que, si bien la categoría de sujeto pasivo del DPI incorpora a la categoría de “persona protegida” del DIH en dos disposiciones, no se conforma únicamente por esta.

Ahora bien, al analizar los actos de violencia sexual cometidos intra-filas, es posible advertir que tienen la particularidad de ser perpetrados por miembros del grupo armado en perjuicio de miembros del mismo grupo armado. En ese sentido, se observa que las víctimas de estos actos, al ser soldados, se encontrarían fuera de la categoría de persona protegida por el

DIH. Ello, al no cumplir con los requisitos de estatus jurídicos de los CG y el art. 3 común, que exigen que las personas protegidas no formen parte de las hostilidades, o ya no participen de estas.

Sin embargo, es posible determinar que la problemática que implica al DIH que la CPI juzgue un crimen de guerra de violencia y esclavitud sexual cometido intra-filas es solo aparente. Ello puesto que, si bien las víctimas de violencia intra-filas, en principio, no cumplirían con los requisitos de estatus jurídico de los CG y el artículo 3 común, tal como se ha expuesto previamente, la categoría de sujeto pasivo del DPI es más amplia que la de persona protegida del DIH. En ese sentido, sería totalmente compatible con el DIH que desde el DPI se juzgue un crimen de guerra de actos de violación y esclavitud sexual cometido intra-filas.

4.1.3.2. La especial protección que el DIDH brinda a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado

La participación de los niños y niñas en las hostilidades propias de los conflictos armados es, lamentablemente, muy frecuente. Así, Naciones Unidas ha confirmado el reclutamiento y empleo en hostilidades de al menos mil niños y niñas por país, en 15 países, durante el periodo 2005 - 2020 (Rodríguez, 2021, p.108).

Tanto el DPI como el DIH reconocen la participación de los niños y niñas en hostilidades propias de un

conflicto armado. Así, por ejemplo, el DPI sanciona el reclutamiento y uso para participar activamente de las hostilidades de niños soldados menores de 15 años de edad como crimen de guerra, existiendo casos emblemáticos en la CPI en relación a este crimen internacional, tal como el caso de Thomas Lubanga.

Por su parte, desde el DIH, los niños se benefician de una protección específica en el contexto de un CAI, la cual se encuentra expuesta en el Protocolo Adicional I (en adelante, PI). Así, el artículo 77 PI establece, entre diversas disposiciones, que los niños y niñas serán objeto de un respeto especial, que se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor, que se les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, que las partes en conflicto tomarán las medidas necesarias para que los niños y niñas menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, que los niños y niñas arrestados serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, y que no se ejecutará la pena de muerte a personas menores de dieciocho años.

Ahora bien, en el marco del DIDH, también se han emitido importantes instrumentos internacionales, desde los cuales se reconoce una especial protección a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado. Es sumamente importante considerar esta normativa al momento de interpretar las diversas disposiciones del derecho internacional, tanto del DPI como del DIH, las cuales deben considerarse como un conjunto. En ese sentido, a continuación, se expondrán los principales

instrumentos del DIDH que reconocen una especial protección a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado.

4.1.3.2.1. La Convención de 1989 relativa a los Derechos del Niño

La Convención de 1989 relativa a los Derechos del Niño (en adelante, Convención 1989) incorpora los derechos fundamentales de los niños y niñas menores de 18 años. Los derechos que contiene esta Convención se encuentran regulados mediante obligaciones y responsabilidades estatales (UNICEF, 2019, p.3).

Este instrumento internacional incorpora cuatro disposiciones relativas a la especial protección de los niños y niñas, en el contexto de un conflicto armado, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 38.

En el primer inciso del referido artículo, se expone la obligación de los estados parte de respetar y velar por que se respeten las normas del DIH que les sean aplicables a los niños y niñas en los conflictos armados. De esta manera, se hace una clara alusión a que los estados parte deben respetar las disposiciones del artículo 77 del Protocolo Adicional I a los CG, en particular, y las normas y principios del DIH aplicables a los niños y niñas en general.

En el segundo inciso, se precisa que los estados parte deben adoptar todas las

medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. Por su parte, en el tercer inciso, se señala que los estados partes deben abstenerse de reclutar en las fuerzas armadas estatales a los niños y niñas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Asimismo, se expone que si reclutan personas entre los 15 y 18 años, darán prioridad a los de más edad.

En relación a estas disposiciones, es preciso señalar que, tal como se precisará en la siguiente sección del trabajo, el Protocolo Facultativo de la Convención de los derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados, amplió la edad límite para participar en las hostilidades a 18 años.

En el cuarto inciso, se expone que, de conformidad con las obligaciones de DIH de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los estados partes deben adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección y el cuidado de los niños y niñas afectados por el conflicto armado. Tal como ha señalado el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR), el artículo 38 de la Convención de 1989 es sumamente importante, puesto que extiende la protección del PI aplicable a los CAI también a los CANI (CICR, p.2).

4.1.3.2.2. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

Este instrumento internacional, conocido como Protocolo Facultativo 2000, complementa el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, reforzando la protección que esta brinda a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado. Tal como se precisa en su preámbulo, el Protocolo Facultativo 2000 se emite tras reafirmar que los derechos de los niños y niñas requieren una protección especial, máxime ante los preocupantes y perniciosos efectos que para ellos tienen los conflictos armados, ante los cuales se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, al convertirse en un blanco fácil.

La especial protección que este instrumento internacional brinda a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado se evidencia en sus diversas disposiciones. Así, por ejemplo, en sus primeros tres artículos, se amplía a 18 años la edad mínima para el reclutamiento obligatorio y voluntario de los miembros de las fuerzas armadas estatales, así como para su participación directa en las hostilidades. Así también, el artículo 4 establece que los grupos armados organizados diferentes a las fuerzas armadas estatales tampoco podrán reclutar a miembros

menores de 18 años, o utilizarlos en hostilidades.

Por su parte, el artículo 5 del referido Protocolo establece que la interpretación de sus disposiciones se realizará de conformidad al derecho interno de los estados partes, instrumentos internacionales y normas del DIH aplicables, priorizando siempre aquella interpretación que sea más beneficiosa a la realización de los derechos de los niños y niñas.

Los instrumentos internacionales expuestos en la presente sección nos permiten advertir que el DIDH otorga una protección especial a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado. Ello, debido al reconocimiento de su situación de vulnerabilidad en el marco de un enfrentamiento bélico, dentro del cual son reclutados a muy temprana edad, y empleados para participar de las hostilidades, al ser considerados un blanco fácil.

La presente sección del trabajo tuvo como objetivo determinar si los actos de violación y esclavitud sexual cometidos en perjuicio de niños y niñas soldados, perpetrados al interior de las filas de un grupo armado, pueden ser calificados como crímenes de guerra.

En relación a ello, en primer lugar, se expuso que la problemática que implica para el DIH que desde el DPI se sancionen crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual cometidos intrafilas es solo aparente. Ello toda vez que, si bien las víctimas de este tipo de crímenes de guerra no cumplen con los requisitos de estatus jurídico de los CG y el artículo 3 común, que configuran la categoría de persona protegida del DIH, ello no impide que puedan

ser sujetos pasivos de estos crímenes de guerra, los cuales no se limitan a las graves infracciones a los CG.

En segundo lugar, se expuso la especial protección que el DIDH brinda a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado, debido a su situación de vulnerabilidad en el marco de un enfrentamiento bélico. Tal como previamente se señaló, los instrumentos internacionales del DIDH referidos a la protección de los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado no pueden ser dejados de lado al interpretar los crímenes de guerra. Ello, al buscar una interpretación uniforme y sistemática de las normas del DI.

En ese sentido, la presente sección del trabajo concluye estableciendo que los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual sí pueden ser cometidos en perjuicio de niños y niñas soldados, incluso cuando son perpetrados por miembros de su mismo grupo armado. Ello puesto que esta interpretación no sólo es conforme al DIH y al DIDH, sino que, además, evita que los niños y niñas soldados víctimas de estos actos queden en una situación de desprotección según el DPI, lo cual no sería admisible al considerar, además, que se encuentran en dicha situación debido a un crimen internacional previo: el crimen de guerra de reclutamiento de niños y niñas soldados menores de 15 años.

4.2. ¿La Corte Penal Internacional tiene jurisdicción sobre los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros de las fuerzas armadas del movimiento rebelde “Unión de Patriotas Congoleños” contra niñas soldados pertenecientes al mismo grupo armado, imputados a Bosco Ntaganda bajo los cargos 6 y 9?

La presente sección del informe jurídico tiene como finalidad determinar si, en el caso concreto, la CPI tenía jurisdicción respecto a los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual

cometidos por miembros de las fuerzas armadas del UPC, en perjuicio de niñas soldados del mismo grupo armado, imputados a Bosco Ntaganda bajo los cargos 6 y 9.

A efectos de dar respuesta a dicho problema jurídico, en primer lugar, se analizarán los hechos del caso concreto, con la finalidad de establecer si pueden ser calificados como crímenes de guerra. En segundo lugar, se determinará si la decisión de la SA, de confirmar la jurisdicción de la CPI respecto a los referidos hechos, imputados bajo los cargos 6 y 9 a Bosco Ntaganda, estuvo correctamente fundamentada.

4.2.1.1. Calificación de los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual cometidos en el caso concreto

En la presente sección del trabajo, se analizarán los hechos imputados bajo los cargos 6 y 9 a Bosco Ntaganda, referidos a actos de violación y esclavitud sexual cometidos contra niñas soldados, perpetrados por miembros de su mismo grupo armado. Ello, con la finalidad de determinar si estos actos fueron correctamente calificados como crímenes de guerra.

4.2.1.1.1. Exposición de los hechos imputados

En el presente caso, se imputa la comisión de actos de violación y esclavitud sexual en perjuicio de tres niñas soldados.

En primer lugar, se atribuye la comisión de actos de violencia y esclavitud sexual perpetrados por miembros del UPC en el Campamento Bule, en perjuicio de P-0883, una niña de menos de 15 años de edad (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 974, p.442). En segundo lugar, se imputa la comisión

de actos de violación y esclavitud sexual en perjuicio de “Mave”, una niña de menos de 15 años, asignada al grupo armado de Floribert Kisembo, cuyas violaciones fueron cometidas por miembros del UPC (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 974, p.442). En tercer lugar, se atribuye la comisión de los actos de violación sexual en perjuicio de “Nadége”, una niña de aproximadamente 9 años de edad, cuyas violaciones sucedieron en el campamento de entrenamiento de Lingo (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 974, p.442).

Estos hechos fueron imputados a Bosco Ntaganda bajo los cargos 6 y 9, y, posteriormente, sancionados en base a la figura de responsabilidad penal individual de coautor indirecto, regulada en el artículo 25.3.a) del ER (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 1199, p.528).

A continuación, se analizará si los referidos hechos fueron correctamente calificados como actos de violación y esclavitud sexual.

4.2.1.1.2. Calificación de los hechos imputados como crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual

A efectos de determinar si los hechos imputados corresponden al crimen de guerra de actos de violación y esclavitud sexual, se analizará si los elementos del referido crimen se configuran en el caso concreto.

Respecto al crimen de guerra de actos de violación sexual cometidos en perjuicio de P-0883, Mave y Nadége

En relación a este crimen de guerra, en primer lugar, corresponde analizar si se configura el elemento de invasión del cuerpo de la víctima mediante penetración. Según el análisis desarrollado por la SVI, se ha comprobado que llevaron a cabo múltiples actos de violación sexual en perjuicio de las tres niñas soldados durante el entrenamiento militar, después de las batallas y en las residencias de los comandantes de UPC, así como en las bases del grupo armado en Ituri (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 967, p.440). En ese sentido, la SVI ha concluido que los soldados de UPC cometieron actos de penetración en perjuicio de P-0883 en el campamento de entrenamiento en Bule, contra Nadége en el campamento de entrenamiento en Lingo, así como contra Mave en la escolta de Floribert Kisembo (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 975, p.443).

En segundo lugar, la SVI indica que también se configura el elemento de empleo de fuerza o amenaza de uso de fuerza, o coacción. Este ha quedado acreditado mediante el testimonio de P-0883, quien señaló que fue amenazada de muerte si intentaba huir del campamento de entrenamiento Bule, donde fue abusada sexualmente en reiteradas ocasiones, permaneciendo en dicho lugar al temer por su vida (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 976-979, p.443-444). Asimismo, la SVI ha establecido que este elemento se configuró en el caso de Mave, toda vez que, debido a su corta edad, la única conclusión razonable es que los soldados que abusaron sexualmente de ella tomaron ventaja del entorno coercitivo en el que se encontraba, en las

bases del UPC (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 976-979, p.443-444). En relación a la tercera víctima, la SVI también ha determinado que se cumple este elemento, en tanto la edad de 9 años de Nadége impide que los actos de violencia sexual cometidos en su contra se hayan podido realizar con consentimiento (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 976-979, p.443-444).

En tercer lugar, también se ha acreditado la existencia del elemento del nexo entre los actos de violación sexual y un CANI. Este elemento requiere que la existencia del CANI sea fundamental en la capacidad del autor para cometer el crimen, en su decisión de llevarlo a cabo, en el objetivo del crimen, o en la forma en que es ejecutado (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 732, p.352).

En el caso concreto, los actos de violación sexual han sido cometidos dentro de las filas del grupo armado UPC por parte de sus miembros en perjuicio de niñas soldados, por lo cual es claro que existe un nexo entre la comisión de estos actos y el CANI, toda vez que el contexto del conflicto armado ha sido propicio para la comisión de estos crímenes.

Finalmente, se ha acreditado el elemento referido al conocimiento del autor respecto a la existencia de un CANI. Según explica la SVI, Bosco Ntaganda era consciente de las circunstancias fácticas que establecían la existencia de un conflicto armado, debido a su posición de Subjefe de Gabinete a cargo de operaciones y de la organización del UPC.

En ese sentido, tras haberse acreditado los 4 elementos expuestos, se tiene que los actos de

violación sexual cometidos en perjuicio de las niñas soldados del UPC, perpetrados por miembros del mismo grupo armado, han sido correctamente calificados como crímenes de guerra en el caso concreto.

Respecto a los crímenes de guerra de actos de esclavitud sexual cometidos en perjuicio de P-0883 y Mave

En relación a este delito, en primer lugar, se debe acreditar el elemento referido al ejercicio de uno de los atributos del derecho de propiedad sobre la víctima.

Tal como expone la SVI, este elemento se cumple en el presente caso al haberse acreditado que P-0883 se encontraba privada de su libertad en el campamento de entrenamiento de Bule, y que, así, los miembros del grupo armado UPC ejercían poderes de propiedad sobre ella (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 978, p.444). Asimismo, se ha testificado que Mave no podía dejar su posición en la escolta de Kisembo, quien ejercía cierto poder de propiedad sobre ella, restringiendo su derecho a la libertad (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 980, p.445).

En segundo lugar, se debe configurar el elemento que exige que el autor haya hecho que la víctima realice uno o más actos de naturaleza sexual. Este elemento también se configura en el caso concreto, toda vez que la SVI ha establecido que P-0883 fue violada reiteradas veces por los soldados miembros del UPC (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 978, p.444). Asimismo, se testificó que Kisembo

permitía que se cometan diversos actos de violencia sexual en contra de Mave (CPI, 2019, N° ICC-01/04-02/06-2359, para. 980, p.445).

Además, se deben acreditar los elementos del nexo de los actos con un CANI y del conocimiento del autor respecto a la existencia de un CANI. Tal como se ha expuesto previamente, estos elementos también se cumplen en el presente caso, toda vez que el contexto del CANI en Ituri entre las fuerzas armadas de la RDC y el UPC, configuraron el ambiente propicio para la comisión de los actos de esclavitud sexual en perjuicio de las niñas soldados. Asimismo, se tiene que el conocimiento de Bosco Ntaganda respecto a la existencia del CANI también ha quedado acreditado debido a su posición militar.

En base al análisis realizado, es preciso concluir que los actos de violación y esclavitud sexual imputados a Bosco Ntaganda en el caso concreto, bajo los cargos 6 y 9, han sido correctamente calificados como crímenes de guerra.

No obstante, en el caso materia de análisis, la defensa de Bosco Ntaganda cuestionó la jurisdicción de la CPI respecto a estos crímenes, exponiendo que los actos de violencia y esclavitud sexual en perjuicio de niños y niñas soldados, perpetrados por miembros de su mismo grupo armado, no podían configurar crímenes de guerra, debido a que los niños y niñas soldados no cumplían con los requisitos de estatus jurídico de persona protegida en los términos de los CG y el art. 3 común, por lo que no podían configurar la figura de sujeto pasivo de los crímenes de guerra.

Sin embargo, en la sentencia materia de análisis del presente informe jurídico, la SA amplió expresamente el concepto de sujeto pasivo del DPI, extendiéndolo más allá

de la tradicional figura de persona protegida por el DIH, incorporando en esta categoría a los niños y niñas soldados que usualmente se consideraba como personas que participan directamente en las hostilidades, y que, anteriormente, no eran claramente amparados bajo las categorías tradicionales de los CG y el art. 3 común (Fernández Carter, 2017, p. 85).

En tal sentido, a continuación, se analizarán los argumentos en base a los cuales la SA estableció la jurisdicción de la CPI respecto a los crímenes de guerra cometidos intra-filas, en perjuicio de niñas soldados.

4.2.1.2. Análisis de los argumentos de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en relación a la jurisdicción de la CPI respecto a los cargos 6 y 9 imputados a Bosco Ntaganda

El 15 de junio del 2017, la SA marcó un importante precedente en el DPI, al confirmar la jurisdicción de la CPI respecto a los cargos 6 y 9 imputados a Bosco Ntaganda, referidos a los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros del movimiento rebelde UPC en perjuicio de las niñas soldados del mismo grupo armado.

En la referida sentencia, la SA expuso que, considerando el marco establecido del DI, los miembros de un grupo armado no están categóricamente excluidos de la protección contra los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual bajo los artículos 8.2.b).xxii) y 8.2.e).vi) del ER cuando son cometidos por miembros del mismo grupo armado (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 2, p.3). Para ser sujetos pasivos de estos crímenes, la conducta en cuestión debe cometerse en el contexto de un CAI o CANI, y debe estar asociada al mismo, es decir, debe existir un nexo que,

de manera suficiente y apropiada, distinga los crímenes de guerra de los crímenes ordinarios (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 2, p.3).

Después de presentar los aspectos más relevantes de la decisión impugnada, y de la postura de la defensa de Bosco Ntaganda, de la Fiscal Fatou Bensouda y de las víctimas, la SA confirmó la decisión de la SVI, desarrollando su argumentación en tres partes. A continuación, se analizará críticamente cada uno de los referidos ejes de la argumentación.

4.2.1.2.1. Respecto al significado ordinario, contexto e historia de la redacción de los artículos 8.2.b).xxii) y 8.2.e).vi) del Estatuto de Roma

En relación a este eje de argumentación, la SA expone que, en base al significado ordinario, contexto e historia de la redacción del artículo 8.2, literales b).xxii) y e).vi) del ER, las víctimas de los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual no necesitan cumplir con los requisitos de estatus jurídico de la categoría de “personas protegida” en el limitado sentido de los CG, o del art. 3 común (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 51, p.22).

4.2.1.2.1.1. Sobre los requisitos de estatus jurídico según los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común

Antes de realizar el análisis del presente argumento, es necesario precisar que la SA hace una reiterada referencia a lo que denomina “requisitos de estatus jurídico”. Si bien este término ya ha sido abordado en la primera sección del presente informe jurídico,

es fundamental reiterar su significado, a fin de tener claro a qué se refiere la SA al hacer referencia al mismo.

Así, los “requisitos de estatus jurídico” expuestos por la SA hacen referencia a los requisitos que configuran la categoría de “persona protegida” para el DIH. De este modo, al aludir a los “requisitos de estatus jurídico”, la SA hace alusión a la categoría de persona protegida bajo los CG, en los casos de CAI, o del art. 3 común, en los casos de CANI.

Así, cuando la SA hace mención a los requisitos de estatus jurídico en una disposición que regula los CAI, exige que las personas protegidas por la disposición lo sean de acuerdo a los CG, incorporando así a los heridos y enfermos en las fuerzas en campaña o de las fuerzas armadas en el mar (Convenios I y II), a los prisioneros de guerra (Convenio III), y a las personas civiles, incluso en territorios ocupados (Convenio IV).

Por su parte, cuando la SA hace referencia a los “requisitos de estatus jurídico” en una disposición que regula un CANI, exige que las personas protegidas por la referida disposición lo sean de acuerdo al art. 3 común, el cual incorpora a las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que ya no puedan participar de las hostilidades por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

En base a ello, en el desarrollo de la presente sección del trabajo, se hará referencia al término “requisitos de estatus jurídico” en el sentido empleado por la SA, haciendo alusión a la categoría de persona protegida según los CG, en el caso de CAI, y de acuerdo al art. 3 común, en el caso de CANI.

4.2.1.2.1.2. Significado ordinario

Respecto al significado ordinario de lo estipulado en el artículo 8.2.b).xxii) y 8.2.e).vi) del ER, disposiciones que regulan los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual en el contexto de un CAI y un CANI respectivamente, la SA expone que estas disposiciones no tipifican expresamente que las víctimas de violación o esclavitud sexual deban ser personas protegidas en los términos de los CG, o personas que no participen directamente en las hostilidades en los términos del art. 3 común, toda vez que el encabezado de los referidos numerales no estipula dichos requisitos de estatus jurídico (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 46, p.19).

A fin de evidenciar el argumento de la Sala, es preciso remitirnos al artículo 8.2 del ER, en cuya sección relevante se expone lo siguiente:

Artículo 8
Crímenes de guerra
(...)
2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:
a) **Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, (...)**

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, (...)

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, **las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949**, (...)

e) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, (...)

(el énfasis es propio)

Como podemos observar, a diferencia de los literales a) y c), los literales b) y e) del art. 8.2 del ER no hacen referencia alguna a los requisitos de estatus jurídico, es decir, a la exigencia de que las personas protegidas por las referidas disposiciones lo sean de acuerdo a los CG y al art. 3 común.

En base a ello, la SA señala que exigir los requisitos de estatus jurídico sobre las víctimas de los actos de violación y esclavitud sexual del artículo 8.2.b).xxii) y 8.2.e).vi) del ER no sólo sería contrario a la estructura del artículo 8, sino que sería redundante, toda vez que incorporaría conductas idénticas a las contenidas en los literales a) y c) de la referida disposición (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 47, p.19). Asimismo, tal como refiere la Sala, ello implicaría que la referencia a “otras violaciones”, contenida en los literales b) y e) mencionados, expresión que claramente busca exponer conductas diferentes a las expuestas previamente, carecería totalmente de sentido (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 47, p.19).

En relación a ello, es preciso señalar que, tal como se indicó en la primera sección del

presente trabajo, el artículo 8.2 del ER regula diversos supuestos. En los literales a) y c) de la referida norma, se hace mención a los crímenes de guerra que, a su vez, constituyen graves infracciones a los CG y al art. 3 común. Por su parte, los literales b) y e) no contienen una referencia expresa a estas normas del DIH.

Basándonos en lo expuesto anteriormente, no es posible equiparar los crímenes de guerra a las graves infracciones a los CG, ni la figura de sujeto pasivo de los crímenes de guerra a la de persona protegida del DIH. Esto se debe a que la figura de sujeto pasivo del DPI es más amplia y puede incluir a los niños y niñas soldados, incluso cuando son víctimas de crímenes de guerra perpetrados por miembros de su mismo grupo armado.

No obstante, la autora considera que hubiera sido idóneo que la SA incorpore como parte de su fundamentación una referencia a las normas del DIDH que reconocen la especial situación de vulnerabilidad de los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado, tales como la Convención de 1989 y el Protocolo Facultativo 2000. Esto brindaría mayor solidez a la interpretación de los literales b) y e) del art. 8.2 del ER de la SA respecto a no exigir los requisitos de estatus jurídico, permitiendo que se configuren crímenes de guerra incluso contra niños y niñas soldados.

Ahora bien, es importante recordar lo expuesto por la defensa de Bosco Ntaganda sobre este argumento en su escrito de apelación. En este, se señala que aplicar los requisitos de estatus jurídico a los literales b) y e) del artículo 8.2 no es redundante, al no existir superposición entre estas disposiciones, y que cualquier duplicidad podía ser eliminada si se corroboraba que en la estructura establecida del DI existían exigencias para las víctimas de los crímenes de guerra distintas a los requisitos de estatus jurídico de acuerdo a los CG y al art. 3 común (2017, N° ICC-01/04-02/06-1794, para. 37-38, p.16-17). Así, la defensa expuso que, al no existir tales exigencias, los requisitos de estatus jurídico deben tomarse como parte del marco establecido del DI de los conflictos armados, y, por lo tanto, ser aplicados (2017, N° ICC-01/04-02/06-1794, para. 45, p.20).

No obstante, posteriormente, la SA analiza si la referencia al marco del DI del artículo 8.2 literales b) y e) podía incorporar los requisitos de estatus jurídico, negando tal posibilidad, como se precisará más adelante.

4.2.1.2.1.3. Contexto e historia de la redacción del artículo 8

Además, la SA expuso que, cuando las disposiciones de los crímenes de guerra fueron negociadas, había un deseo de definir el contenido específico o los elementos constitutivos de las violaciones en cuestión

(CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 48, p.19). Por ello, la SA señaló que los redactores del artículo 8 del ER se preocuparon por delimitar con certeza las conductas que darían lugar a responsabilidad criminal, en respeto al principio de legalidad (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 48, p.19).

De este modo, la SA expuso que, tal como lo señaló la SVI, mientras la historia de la redacción del artículo 8.2 no precisa si los redactores de los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual exigían la presencia de los requisitos de estatus jurídico, es claro que lo que intentaban era establecer crímenes de guerra distintos a las graves vulneraciones de los CG o de las violaciones del art. 3 común (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 48, p.19).

Asimismo, la SA expuso que la referencia a los CG y al art. 3 común de los literales b) y e) del artículo 8.2 del ER solo era aplicable al crimen de guerra de “cualquier otra forma de violencia sexual” (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 49, p.20), es decir, a la última conducta de dicha disposición, distinta a las dos primeras conductas de actos de violación y esclavitud sexual. Ello, en palabras de la SA, en tanto los actos de violación y esclavitud sexual son, por definición, de una gravedad comparable a la de cualquier otro acto de violencia sexual que constituya, además, una grave vulneración a los CG o al art. 3 común

(CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 49, p.20).

En relación a lo expuesto, la autora estima que la SA pudo complementar dicho argumento, haciendo mayor énfasis en las diferencias existentes entre las conductas de actos de violación y esclavitud sexual y de cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los CG, en el caso de CAI, o del art. 3 común, en el caso de CANI.

Así, se podría haber hecho mención al documento que regula los Elementos de los Crímenes, el cual diferencia claramente estas tres conductas. Dado que las dos primeras conductas, referidas a actos de violencia y esclavitud sexual, ya han sido analizadas en el presente trabajo, a continuación, se realizará una breve mención a los elementos del crimen de guerra de otras formas de violencia sexual que constituyan también una infracción grave de los CG y del art. 3 común.

Este crimen, regulado como la sexta conducta de las disposiciones del artículo 8.2.b).xxii) y 8.2.e).vi), se encuentra específicamente diferenciado en el documento que regula los Elementos de los Crímenes, el cual identifica 5 elementos para su configuración.

Así, se expone que este crimen exige i) que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual, o haya hecho que la víctima realice un acto de naturaleza sexual por la fuerza,

amenaza de la fuerza, coacción, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de la víctima de dar su libre consentimiento; ii) Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los CG, en el caso del artículo 8.2.b).xxii), o del art. 3 común, en el caso del artículo 8.2.e).vi); iii) Que el autor haya sido consciente de los supuestos fácticos que establecían la gravedad de su conducta; iv) Que la conducta se haya desarrollado en el contexto de un CAI, en el caso del artículo 8.2.b).xxii), o de un CANI, en el caso del artículo 8.2.e).vi), y haya estado relacionada con él; y v) que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia del CAI o CANI.

Tal como lo estableció la SA, y como se puede advertir de la exposición de los elementos de estos tres crímenes de guerra, únicamente la conducta referida a otras formas de violencia sexual, incorpora el requisito de que las vulneraciones, además, deben transgredir los CG o el art. 3 común.

En palabras de la SA, ello es así porque los actos de violencia y esclavitud sexual poseen especial gravedad, la cual los hace equiparables a los actos de violencia sexual que además constituyan vulneraciones al DIH. Por ello, la SA expone que las disposiciones del ER no exigen los requisitos de estatus jurídico de los CG y art. 3 común para los crímenes de guerra de actos de violencia y

esclavitud sexual. No obstante, se aprecia que la SA no sustenta el argumento en algún precedente jurisprudencial que establezca la especial gravedad de los actos de violencia y esclavitud sexual a la que hace referencia.

Así, la SA pudo complementar su fundamentación haciendo referencia al caso de Jean Pierre Bemba-Gombo, quien fue sentenciado por la CPI en 2016, por la comisión de actos de violencia y esclavitud sexual calificados como crímenes de guerra y lesa humanidad, siendo la primera vez en que la CPI declaró a alguien culpable del crimen de guerra de violencia sexual, reconociendo su especial gravedad (Amnistía internacional, 2016).

Asimismo, la SA pudo incorporar en su fundamentación referencias al caso Fernández Ortega y otros vs. México, en el cual la Corte IDH reconoce expresamente la gravedad de los actos de violencia sexual, exponiendo que en determinados casos estos actos pueden constituir tortura (Corte IDH, 2010, párr. 138).

Ahora bien, en relación a este punto, la defensa de Bosco Ntaganda expuso que no existe información disponible que acredite que los redactores del artículo 8.2 literales b) y e) no incorporaron en este los requisitos de estatus jurídico según los CG y el art. 3 común a las referidas disposiciones (2017, N° ICC-01/04-02/06-1794, para. 45, p.20). Sin

embargo, tal como precisa la SA, el debate durante la redacción del artículo 8.2 puso mucho énfasis en la necesidad de una protección especial de los niños y niñas durante el conflicto armado ante los crímenes de conscripción y alistamiento de menores, y los actos de violencia y esclavitud sexual, por lo que, a juicio de la Sala, no era lógico que dicha protección se encuentre limitada a las víctimas que son “personas protegidas” bajo los CG, o personas que no participan directamente en las hostilidades en los términos del art. 3 común (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 50, p.22).

En definitiva, la autora considera que la SA expuso un argumento muy sólido, al precisar que, en el contexto e historia de la redacción del artículo 8.2 del ER, existió un amplio debate en relación a la especial protección que el DPI debía brindar a los niños y niñas en el contexto de los conflictos armados, así como al reconocimiento de la gravedad de los actos de violencia y esclavitud sexual. No obstante, tal como previamente se indicó, idealmente la SA pudo complementar su argumentación, haciendo mención a la especial protección que el DIDH reconoce a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado, contenida en instrumentos internacionales como la Convención 1989 y el Protocolo 2000, así como haciendo referencia a pronunciamientos de tribunales internacionales que reconocen la

gravedad de los actos de violencia y esclavitud sexual.

4.2.1.2.2. Respecto a la expresión “dentro del marco establecido del Derecho Internacional”

Tal como se adelantó líneas anteriores, la SA aborda lo referente a la cuestión de si la expresión “dentro del marco establecido del DI”, contenida en el artículo 8.2 literales b) y e), implica la incorporación de elementos adicionales a los crímenes expuestos en dichas disposiciones (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 51-52, p.22).

Así, la SA expuso que, de acuerdo al artículo 21 del ER, la CPI debe aplicar, en primer lugar, el ER, los Elementos de los Crímenes, y sus reglas de procedimiento y prueba, y que recurrir a otras fuentes del Derecho sólo es posible ante la existencia de una laguna (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 53, p.23). En ese sentido, la SA señaló que la expresión “dentro del marco establecido del DI”, al encontrarse expresamente contenida en el artículo 8.2 literales b) y e), así como en la introducción de los Elementos de los Crímenes para el artículo 8 del ER, permite recurrir a la costumbre y al derecho internacional convencional, independientemente de si existe alguna laguna, a fin de garantizar una interpretación del referido artículo coherente con el DIH (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 53, p.23).

En base a ello, la SA precisó que si la costumbre o el derecho internacional convencional estipulan un nuevo elemento respecto a uno de los crímenes de guerra contenidos en el artículo 8.2 literales b) y e),

la CPI tendrá que aplicarlo, independientemente de si se trata de un elemento contenido en la referida disposición, o si se trata de un elemento adicional (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 54, p.23). Por tal motivo, la SA expuso que la expresión “dentro del marco establecido de DI”, tipificada dentro de los literales b) y e) del artículo 8 del ER, sí permite la introducción de elementos adicionales a los crímenes enumerados en dichas disposiciones (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 55, p.24).

La autora coincide con la SA en este aspecto, toda vez que es claro que mediante la expresión “dentro del marco establecido de DI” es posible la incorporación de ciertos requisitos a las disposiciones que la exponen, siempre que se determine su exigencia en la costumbre o el derecho internacional convencional. Sin embargo, en relación al caso concreto, es fundamental cuestionar por qué los legisladores incorporarían los requisitos de estatus jurídico mediante esta remisión al DI, y no directamente, como se hizo en los literales a) y c) del artículo 8.2 ER. Este aspecto, precisamente, fue analizado por la SA en el tercer fundamento de su decisión.

4.2.1.2.3. Respecto a la existencia de requisitos de estatus jurídico en base a la expresión “dentro del marco establecido del Derecho Internacional

Como tercer eje de análisis, la SA evalúa si, en base a la expresión “dentro del marco establecido del DI”, contenida en las disposiciones de los literales b) y e) del artículo 8.2, es posible introducir los requisitos de

estatus jurídico, es decir, la exigencia de que las víctimas de las referidas disposiciones lo sean en los términos de los CG, o del art. 3 común.

En opinión de la SA, esta exigencia sólo sería posible si se establece que el DIH generalmente limita su protección a personas que posean los requisitos de estatus jurídico, excluyendo de esta a los miembros de grupos armados, víctimas de crímenes cometidos por miembros de la misma fuerza o grupo armado, o al menos si se acredita que dicha exclusión existe en lo que concierne a los crímenes de guerra de actos de violencia y esclavitud sexual (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 56, p.24).

De este modo, en su análisis, la SA expone que el DIH no solo rige las acciones de las partes en conflicto, sino que, sobre todo, protege a las personas vulnerables durante un conflicto armado, así como a aquellas que no participan directamente de las hostilidades (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 55, p.24). Asimismo, la referida Sala expone que los CG I y II no solo incorporan vulneraciones cometidas por miembros del grupo armado enemigo, sino incluso las cometidas por miembros de la misma fuerza o grupo armado (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 59, p.25).

En relación a ello, la autora considera importante exponer que el DIH tiene como base un equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones de humanidad, al establecer que la necesidad militar no da total libertad a las partes en guerra, imponiéndoles ciertas restricciones en base a consideraciones de humanidad, tales como límites a los métodos y

medios de guerra, y el brindar un trato humano a quienes hayan caído en poder del enemigo (Melzer, 2016, p. 17). Así, se tiene que el DIH no tutela las acciones de las partes beligerantes que se excedan de lo estrictamente necesario en relación a los objetivos militares propios del conflicto armado, siendo sancionadas las conductas que sobrepasan tales límites.

Asimismo, la autora considera pertinente hacer mención al principio de humanidad del DIH, un principio absoluto, el cual preceptúa que todas las personas que hayan caído en poder del enemigo, se encuentren o no privadas de su libertad, tienen derecho a recibir un trato con humanidad, sin importar su estatuto o actividades previas (Melzer, 2016, p. 20). De dicha referencia, se advierte que este principio también incorpora dentro de la protección del DIH a los combatientes, si bien en los términos del art. 3 común.

En base a ello, la autora considera que no es posible establecer que el DIH limite su protección a personas que posean los requisitos de estatus jurídico, excluyendo a los miembros de grupos armados víctimas de crímenes cometidos por miembros de la misma fuerza o del mismo grupo armado, toda vez que el DIH no admite ningún tipo de acción contra la humanidad, incluso si se comete en perjuicio de un miembro del grupo armado que no cumple con los requisitos de estatus jurídico.

De hecho, la SA también hace referencia a ello, precisando que el art. 3 común provee protección contra los actos inhumanos, sin importar si la víctima

es o no parte de un grupo armado, siendo únicamente necesario que esta no participe directamente en las hostilidades en el momento de la vulneración (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 60, p.26). De este modo, la SA concluye que el DIH no contiene una regla general que excluya a los miembros de un grupo armado de la protección contra crímenes cometidos por miembros del mismo grupo armado (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 63, p.27).

Así, la SA expone que, si bien la protección del DIH contra los actos de violación y esclavitud sexual usualmente se brinda a civiles o personas “hors de combat” en poder de la parte contraria, no existe fundamento para determinar que dicha protección se limite a un determinado tipo de víctima (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 64, p.28). En base a ello, la SA confirma la conclusión de la SVI, referente a que no hay justificación para ejercer violencia sexual en ningún escenario, sin importar si la víctima de esta se encuentre expuesta a ser atacada y asesinada en virtud del DIH (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 65, p.28).

Finalmente, se concluye que, en ausencia de alguna regla general que excluya a los miembros de las fuerzas armadas de la protección contra vulneraciones de miembros del mismo grupo o fuerza armada, no hay razón para exigir tal regla en el específico caso de los crímenes de violación o esclavitud sexual, y que no existe razón para introducir los requisitos de estatus jurídico a los incisos b) y e) del artículo 8.2 del ER, en base a la expresión “dentro del marco establecido del Derecho

Internacional” contenida en las referidas disposiciones (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 65-66, p.28).

Por último, la SA enfatiza en el hecho de que, según los Elementos de los Crímenes, cada crimen de guerra contiene un requisito, el cual consiste en un nexo entre la conducta imputada y que esta “tome lugar en el contexto de, y esté asociada con un conflicto armado”, sea de carácter internacional o no internacional (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 68, p.29). En opinión de la SA, la cual es totalmente compartida por la autora del presente informe jurídico, es este requisito de nexo, y no los requisitos de estatus jurídico según los CG y el art. 3 común, los que diferencian a los crímenes de guerra de los crímenes ordinarios (CPI, 2017, N° ICC-01/04-02/06-1962, para. 68, p.29).

La presente sección del trabajo se planteó como objetivo determinar si la decisión de la SA, de confirmar la jurisdicción de la CPI respecto a los actos de violación y esclavitud sexual intra-filas, cometidos en perjuicio de niños y niñas soldados, imputados bajo los cargos 6 y 9 a Bosco Ntaganda, estuvo correctamente fundamentada.

Tal como se ha evidenciado en el presente análisis, la autora se encuentra parcialmente a favor del fallo de la SA. Ello, tras establecer que la CPI tiene jurisdicción respecto a estos actos, al no exigirse la configuración de los requisitos de estatus jurídico de persona protegida según los CG y el art. 3 común, que limitan la protección a las personas que no participan de las hostilidades, o que han sido puestas fuera de combate.

No obstante, la autora considera que, si bien es correcta la conclusión general del fallo, al exponer que las disposiciones que regulan los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual no incorporan los requisitos de estatus jurídico mencionados, el sustento pudo ser complementado, haciendo referencia a una interpretación conforme de las referidas disposiciones con los principios base del DIH y con la especial protección que el DIDH brinda a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado.



5. CONCLUSIONES

El presente informe jurídico inició planteándose la interrogante referente a si es posible clasificar como crímenes de guerra los actos de violación y esclavitud sexual cometidos contra niños y niñas soldados al interior de las filas de un grupo armado.

En relación a ello, la autora determinó que los actos de violación y esclavitud sexual cometidos en perjuicio de niños y niñas soldados al interior de las filas de un grupo armado sí pueden ser calificados como crímenes de guerra. Ello, siempre y cuando se cumplan los elementos de hecho y de derecho que configuran dichos crímenes, expuestos en el ER y en el documento que contiene los elementos de los crímenes, al margen de haber sido perpetrados por los miembros del mismo grupo armado al que pertenecen los niños y niñas soldados víctimas de tales crímenes.

Es posible llegar a esta conclusión tras establecer que la admisión de un crimen de guerra intra-filas en la CPI no entra en conflicto con el DIH. Ello debido a que las disposiciones del artículo 8.2 del ER no son equivalentes a las graves infracciones a los CG, lo que significa que el sujeto pasivo de los crímenes de guerra no se limita únicamente a la categoría de personas protegidas del DIH, sino que puede incluir incluso a los niños y niñas soldados.

Asimismo, este razonamiento se sustenta en la especial protección que el DIDH brinda a los niños y niñas soldados en el contexto de un conflicto armado, cuya reconocida situación de vulnerabilidad exige su adecuada protección en el ámbito internacional, la cual implica reconocer que los actos de violación y esclavitud sexual cometidos en su contra pueden ser sancionados como crímenes internacionales, evitando cualquier escenario de desprotección.

Además, el presente trabajo tuvo como objetivo establecer si la CPI tuvo jurisdicción sobre los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros de las fuerzas armadas del UPC contra niñas

soldados pertenecientes al mismo grupo armado, imputados a Bosco Ntaganda bajo los cargos 6 y 9.

En relación a este problema jurídico, la autora expuso que la CPI sí tiene jurisdicción respecto a los cargos 6 y 9 imputados a Bosco Ntaganda. Ello en tanto, tal como refirió la SA, las disposiciones del artículo 8.2 del ER no exigen que la figura del sujeto pasivo de los crímenes de guerra cumpla con los requisitos de estatus jurídico de persona protegida bajo los CG y el artículo 3 común, es decir, que se limite a personas que no participan de las hostilidades y aquellas fuera de combate.

No obstante, la autora señaló que es posible brindar mayor solidez a los argumentos de la SA, precisando que dicha interpretación de las disposiciones del artículo 8.2 del ER es compatible con los principios del DIH, y con la especial protección que el DIDH brinda a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado.

De este modo, en relación a la sentencia analizada, la autora se encuentra parcialmente a favor del fallo de la SA, que confirma la jurisdicción de la CPI respecto a los cargos 6 y 9 imputados a Bosco Ntaganda, referidos a los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual, cometidos por miembros del UPC en perjuicio de niñas soldados del mismo grupo armado. Ello, tras determinar que los actos de violación y esclavitud sexual cometidos intra-filas en perjuicio de las niñas soldados del UPC sí pueden ser calificados como crímenes de guerra, y establecer que la CPI tiene jurisdicción respecto a estos actos, al no exigirse la configuración de los requisitos de estatus jurídico de persona protegida según los CG y el art. 3 común, que limitan la protección a las personas que no participan de las hostilidades, o que han sido puestas fuera de combate.

No obstante, la autora concluye que, si bien es correcto el razonamiento general del fallo, al exponer que las disposiciones que regulan los crímenes de guerra de actos de violación y esclavitud sexual no incorporan los requisitos de estatus jurídico mencionados, el sustento pudo ser complementado, haciendo referencia a una interpretación

conforme de las referidas disposiciones con los principios base del DIH y con la especial protección que el DIDH brinda a los niños y niñas en el contexto de un conflicto armado.



BIBLIOGRAFÍA

1. Amnistía Internacional (2016). *Corte Penal Internacional: Sentencia contra Bemba, un avance histórico para las víctimas de violencia sexual*
<https://www.amnesty.org/es/latest/press-release/2016/03/international-criminal-court-bemba-verdict-a-historic-step-forward-for-victims-of-sexual-violence/>
2. Bregaglio, R. (2013). ¿Terrorismo o conflicto armado? *IDEHPUCP*
https://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion_1/terrorismo-o-conflicto-armado/#:~:text=De%20esta%20manera%2C%20el%20conflicto,al%20interior%20de%20un%20Estado
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Fernández Ortega y otros vs. México, 30 de agosto de 2010
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, 20 de octubre de 2016
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf
5. Corte Penal Internacional. Escrito N° ICC-01/04-02/06-1794, 21 de febrero de 2017
https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_00895.PDF
6. Corte Penal Internacional. Sentencia N° ICC-01/04-02/06-1962, 15 de junio de 2017.
https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_03920.PDF
7. Corte Penal Internacional. Sentencia N° ICC-01/04-02/06-2359, 8 de julio de 2019.

- <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-02/06-2359>
8. Cruz Roja Internacional, Comité Internacional de la. (2003). Protección jurídica de los niños en los conflictos armados [Archivo PDF].
<https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/ninos.pdf>
 9. Fernández Carter, C. (2018). Los crímenes de violencia sexual cometidos al interior de un grupo armado: el caso de los niños soldados en The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda. ANIDIP, 6, 82-109.
<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7158>
 10. García, B. (2020). La violencia sexual en el derecho internacional. *Universidad Pontificia Comillas*.
<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/411143/retrieve>
 11. Huertas, O. (2011) Para una comprensión del crimen de guerra en el marco del Derecho penal internacional. *Criterio Jurídico Garantista, año 5 (4)*, 76-88.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28191.pdf>
 12. Jericó, L (2019). Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal en Parrilla (coord.) & Monge (dir.) *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (pp. 285-337). J.M. Bosch Editor.
 13. Martín, M. y Lirola, I. (2017). *Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados*. Aranzadi.
 14. Melzer, N. (2016). *Derecho Internacional Humanitario: una introducción integral*. Comité Internacional de la Cruz Roja.
https://www.editorialjuris.com/administracion/frm-libros/pdf/1574945182_DIH-Introduccion-integral.pdf
 15. Nuñez del Prado, F. (2012) Definiendo la violación sexual en el derecho internacional: la contribución de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc. *Agenda Internacional, año 19 (30)*, 21-44.

16. Peña Cabrera, A. (2007). *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual: un estudio jurídico desde una perspectiva penal, procesal y criminológica*. IDEMSA.
17. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)
- <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/protocol-additional-geneva-conventions-12-august-1949-and>
18. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter internacional (Protocolo II)
- <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>
19. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados
- <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-involvement-children>
20. 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), 107-120.
21. Royo, J. M. (2016). Los orígenes del conflicto en la República Democrática del Congo.
- <https://escolapau.uab.cat/los-origenes-del-conflicto-en-republica-democratica-del-congo/>
22. Salinas, R. (2016). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Doctrina y jurisprudencia*. Instituto Pacífico S.A.C.
23. Salmón, E (2016). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. IDEPHUCP, CICR.
- <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

24. Special Court for Sierra Leone. Trial Chamber I. Case No. SCSL-04-15-T,
2 March 2009

<https://www.refworld.org/cases,SCSL,49b102762.html>

25. UNICEF (2019). Convención sobre los Derechos del Niño [Archivo PDF].

https://www.unicef.org/peru/sites/unicef.org/peru/files/2019-01/convencion_sobre_los_derechos_del_nino_final.pdf

26. Villellas Ariño, M. (2010). Violencia sexual en la guerra: cuestiones conceptuales, legales y de reparación (Informe QCP N° 25).

https://escolapau.uab.cat/img/qcp/violencia_sexual_guerra.pdf





Original: English

No. ICC-01/04-02/06 OA5

Date: 15 June 2017

THE APPEALS CHAMBER

Before: Judge Sanji Mmasenono Monageng, Presiding Judge
Judge Christine Van den Wyngaert
Judge Howard Morrison
Judge Piotr Hofmański
Judge Raul C. Pangalangan

SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO

IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. BOSCO NTAGANDA

Public

Judgment

on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”

Judgment to be notified in accordance with regulation 31 of the Regulations of the Court to:

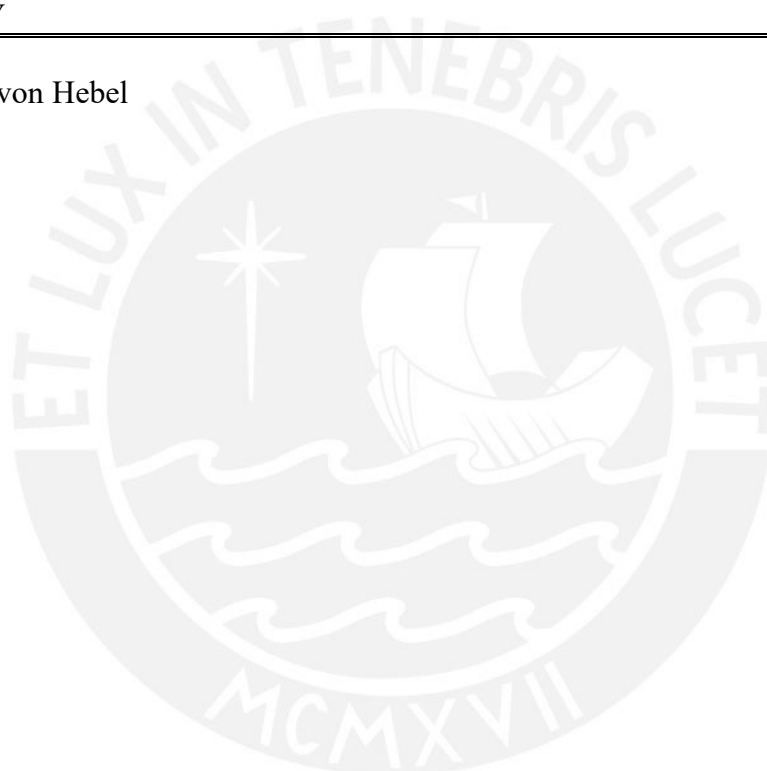
The Office of the Prosecutor
Ms Fatou Bensouda, Prosecutor
Ms Helen Brady

Counsel for the Defence
Mr Stéphane Bourgon
Mr Christopher Gosnell

Legal Representatives of Victims
Ms Sarah Pellet
Mr Dmytro Suprun

REGISTRY

Registrar
Mr Herman von Hebel



The Appeals Chamber of the International Criminal Court,

In the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the decision of Trial Chamber VI entitled “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9” of 4 January 2017 (ICC-01/04-02/06-1707),

After deliberation,

Unanimously,

Delivers the following

JUDGMENT

The “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9” is confirmed.

REASONS

I. KEY FINDINGS

1. If customary or conventional international law stipulates, in respect of a given war crime, an additional element of that crime, the Court cannot be precluded from applying it to ensure consistency of the provision with international humanitarian law, irrespective of whether this requires ascribing to a term in the provision a particular interpretation or reading an additional element into it. This does not violate the principle of legality recognised in article 22 of the Statute, which protects accused persons against a broad interpretation of the elements of the crimes or their extension by analogy; therefore, it does not impede the identification of additional elements that need to be established before an accused person can be convicted.

2. Having regard to the established framework of international law, members of an armed force or group are not categorically excluded from protection against the war crimes of rape and sexual slavery under article 8 (2) (b) (xxii) and (2) (e) (vi) of the Statute when committed by members of the same armed force or group. Nevertheless, it must be established that the conduct in question “took place in the context of and

was associated with an armed conflict” of either international or non-international character. It is this nexus requirement that sufficiently and appropriately delineates war crimes from ordinary crimes.

II. PROCEDURAL HISTORY

A. Proceedings before the Pre-Trial and Trial Chamber

3. On 10 January 2014, the Prosecutor filed the “Document Containing the Charges”,¹ alleging, *inter alia*, that Mr Bosco Ntaganda (“Mr Ntaganda”) was criminally responsible for the rape of *Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (“UPC/FPLC”) child soldiers, a war crime, punishable pursuant to article 8 (2) (e) (vi) (“Count 6”) and sexual slavery of UPC/FPLC child soldiers, a war crime, punishable pursuant to article 8 (2) (e) (vi) (“Count 9”).

4. During the confirmation hearing Mr Ntaganda argued, *inter alia*, against the confirmation of the charges under counts 6 and 9 on the basis that “crimes committed by members of armed forces on members of the same armed force do not come within the jurisdiction of international humanitarian law nor within international criminal law”.²

5. On 9 June 2014, Pre-Trial Chamber II confirmed the charges against Mr Ntaganda, including in respect of the war crimes of rape and sexual slavery of child soldiers pursuant to article 8 (2) (e) (vi) of the Statute as charged under counts 6 and 9.³ With reference to international humanitarian law, Pre-Trial Chamber II considered that it was “not barred from exercising jurisdiction” over these crimes.⁴

¹ [ICC-01/04-02/06-203-AnxA](#), para. 100 *et seq.* An “Updated Document Containing the Charges” was filed on 16 February 2015, [ICC-01/04-02/06-458-AnxA](#), para. 100 *et seq.* (“Updated Document Containing the Charges”).

² Transcript of Hearing of 13 February 2014, [ICC-01/04-02/06-T-10-Red-ENG](#), p.27, lines 15-25.

³ “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda”, [ICC-01/04-02/06-309](#) (“Confirmation Decision”).

⁴ [Confirmation Decision](#), paras 76-80.

6. On 1 September 2015, Mr Ntaganda challenged the subject-matter jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (4) of the Statute before Trial Chamber VI (“Trial Chamber”) with respect to counts 6 and 9.⁵

7. On 9 October 2015, the Trial Chamber rejected Mr Ntaganda’s challenge⁶ (“First Decision”). It concluded that it:

need not address at this stage whether such children, or persons generally, can under the applicable law be victims of rape and sexual slavery pursuant to Article 8(2)(e)(vi) when committed by members of the same group. Such questions of substantive law are to be addressed when the Chamber makes its assessment of whether the Prosecution has proven the crimes charged.

8. On 19 October 2015, Mr Ntaganda appealed the First Decision,⁷ submitting that the issues arising should be “recognized as jurisdictional because they concern the existence of a crime in respect of an entire category of circumstances – i.e. whether the war crimes of rape and sexual slavery pertain to acts committed by members of an armed group against other members of the same armed group”.⁸

9. On 22 March 2016, the Appeals Chamber held that “the question of whether there are restrictions on the categories of persons who may be victims of the war crimes of rape and sexual slavery is an essential legal issue which is jurisdictional in nature”.⁹ Accordingly, the Appeals Chamber reversed the First Decision and remanded the matter to the Trial Chamber for it to address Mr Ntaganda’s challenge to the jurisdiction of the Court.¹⁰

⁵ “Application on behalf of Mr Ntaganda challenging the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Document containing the charges”, 1 September 2015, [ICC-01/04-02/06-804](#).

⁶ “Decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, 9 October 2015, [ICC-01/04-02/06-892](#), para. 28.

⁷ “Appeal on behalf of Mr Ntaganda against Trial Chamber VI’s ‘Decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9’, ICC-01/04-02/06-892”, 19 October 2015, [ICC-01/04-02/06-909](#) (OA 2).

⁸ “Document in support of the appeal on behalf of Mr Ntaganda against Trial Chamber VI’s ‘Decision on the Defence’s Challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9’, ICC-01/04-02/06-892”, 2 November 2015, [ICC-01/04-02/06-972](#) (OA 2), para. 24.

⁹ “Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the ‘Decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9’”, [ICC-01/04-02/06-1225](#) (“Ntaganda OA 2 Judgment”), para. 40.

¹⁰ [Ntaganda OA 2 Judgment](#), para. 42.

10. On 7 April 2016, Mr Ntaganda filed his consolidated submissions challenging the jurisdiction of the Court with respect to counts 6 and 9 as charged in the Updated Document Containing the Charges (“Mr Ntaganda’s Consolidated Submissions”).¹¹

11. On 4 January 2017, the Trial Chamber rendered its “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of counts 6 and 9”¹² (“Impugned Decision”). Having determined pursuant to article 19 (4) of the Statute that exceptional circumstances existed to merit adjudication of a second jurisdictional challenge,¹³ the Trial Chamber went on to reject the challenge on its merits and held, *inter alia*, that “members of the same armed force are not *per se* excluded as potential victims of the war crimes of rape and sexual slavery as listed in Article 8(2)(b)(xxii) and (e)(vi)”.¹⁴

B. Proceedings before the Appeals Chamber

12. On 26 January 2017, following the filing of his notice of appeal against the Impugned Decision,¹⁵ Mr Ntaganda filed the “Appeal from the Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of counts 6 and 9”¹⁶ (“Document in Support of the Appeal”).

13. On 17 February 2017, the Prosecutor filed her response to the Document in Support of the Appeal.¹⁷ On 21 February 2017, a corrigendum was registered as the “Corrected version of ‘Prosecution’s Response to Ntaganda’s “Appeal from the Second Decision on the Defence’s Challenge to the Jurisdiction of the Court in

¹¹ “Consolidated submissions challenging jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Updated Document containing the charges”, [ICC-01/04-02/06-1256](#). See also “Prosecution’s response to Mr Ntaganda’s ‘Consolidated submissions challenging jurisdiction’ regarding Counts 6 and 9”, 14 April 2016, [ICC-01/04-02/06-1278](#) (“Prosecutor’s Consolidated Submissions”) and “Former child soldiers’ Response to the ‘Consolidated submissions challenging jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Updated Document containing the charges’”, 14 April 2016, [ICC-01/04-02/06-1279](#) (“Victims’ Consolidated Submissions”).

¹² [ICC-01/04-02/06-1707](#).

¹³ [Impugned Decision](#), paras 16-26.

¹⁴ [Impugned Decision](#), para. 54.

¹⁵ “Appeal on behalf of Mr Ntaganda against Trial Chamber VI’s ‘Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9’, ICC-01/04-02/06-1707”, 10 January 2017, [ICC-01/04-02/06-1710 \(OA 5\)](#).

¹⁶ [ICC-01/04-02/06-1754 \(OA 5\)](#).

¹⁷ Prosecution’s Response to Ntaganda’s “Appeal from the Second Decision on the Defence’s Challenge to the Jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, 17 February 2017, [ICC-01/04-02/06-1794](#).

respect of counts 6 and 9”, 17 February 2017, ICC-01/04-02/06-1794”¹⁸ (“Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal”).

14. On 23 February 2017, victims of the group of Former Child Soldiers participating in the proceedings filed the “Former Child Soldiers’ observations on the ‘Appeal from the Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of counts 6 and 9’”¹⁹ (“Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal”).

15. On 1 March 2017, Mr Ntaganda filed his response to the Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal.²⁰ On 3 March 2017, a corrigendum was registered as the “Corrected version of ‘Response to “Former child soldiers’ observations on the Appeal from the Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of counts 6 and 9”, ICC-01/04-02/06-1798’, ICC-01/04-02/06-1810”²¹ (“Mr Ntaganda’s Response to the Victims”).

III. MERITS

A. Introduction and standard of review

16. The principal issue arising in this appeal²² is whether the Trial Chamber erred in law when it held that victims of the war crimes of rape and sexual slavery listed in article 8(2)(b) and (e) do not have to be “protected persons” in the sense of the Geneva Conventions of 1949 (“Geneva Conventions”) or “[p]ersons taking no active part in the hostilities” in the sense of Common Article 3 to the 1949 Geneva Conventions (“Common Article 3”)²³ (so-called “Status Requirements”).²⁴ Further, Mr Ntaganda argues that, as a matter of law, the notion of being a member of an armed force is incompatible with “taking no active part in the hostilities” and that, for

¹⁸ [ICC-01/04-02/06-1794-Corr](#) (OA 5).

¹⁹ [ICC-01/04-02/06-1798](#) (OA 5).

²⁰ [ICC-01/04-02/06-1810](#) (OA 5).

²¹ [ICC-01/04-02/06-1810-Corr](#) (OA 5).

²² [Document in Support of the Appeal](#), paras 20-73.

²³ [Impugned Decision](#), paras 37, 44 and 47.

²⁴ [Impugned Decision](#), para. 39.

that reason, children who have been recruited into an armed force cannot be said to fulfil the Status Requirement.²⁵

17. Thus, the appeal alleges errors of law. The Appeals Chamber recalls that it will not defer to the Trial Chamber’s interpretation of the law. Rather, it will arrive at its own conclusions as to the appropriate law and determine whether or not the Trial Chamber misinterpreted the law; if the Trial Chamber committed such an error, the Appeals Chamber will only intervene if the error materially affected the Impugned Decision.²⁶

B. Applicable law

18. The Appeals Chamber considers it appropriate to set out the provisions of the Statute relevant to the issues raised on appeal. Article 8 (“War crimes”) provides, in relevant part, as follows:

2. For the purpose of this Statute, “war crimes” means:

(a) Grave breaches of the Geneva Conventions [...], namely, any of the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

[...]

(b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

[...]

(xxii) Committing rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, as defined in article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, or any other form of sexual violence also constituting a grave breach of the Geneva Conventions;

²⁵ [Document in Support of the Appeal](#), paras 74-81.

²⁶ Appeals Chamber, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber IV of 12 September 2011 entitled ‘Reasons for the Order on translation of witness statements (ICC-02/05-03/09-199) and additional instructions on translation’”, 17 February 2012, [ICC-02/05-03/09-295 \(OA2\)](#), para. 20; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, 21 May 2014, [ICC-01/11-01/11-547-Red \(OA4\)](#), para. 49; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, 1 December 2014, [ICC-01/04-01/06-3121-Red \(A5\)](#) (“Lubanga Appeal Judgment”), para. 18; [S. Gbagbo Admissibility Judgment](#), para. 40; [Kenyatta OA5 Judgment](#), para. 23.

[...]

(c) In the case of an armed conflict not of an international character, serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions [...], namely, any of the following acts committed against persons 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:

[...]

(e) Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

[...]

(vi) Committing rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, as defined in article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, or any other form of sexual violence also constituting a serious violation of article 3 common to the four Geneva Conventions;

[...]

19. Article 21 (“Applicable law”) provides, in relevant part, as follows:

1. The Court shall apply

(a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;

(b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;

(c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

2. [...]

3. [...]

20. Article 22 (“*Nullum crimen sine lege*”) provides as follows:

1. A person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court.

2. The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.

3. This article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under international law independently of this Statute.

C. Relevant part of the Impugned Decision

21. In the Impugned Decision, the Trial Chamber determined that the Court's statutory framework does not require that the victims of the war crimes of rape and sexual slavery pursuant to article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) of the Statute be "protected persons" in terms of the Geneva Conventions or "persons taking no active part in the hostilities" in terms of Common Article 3.²⁷ The Trial Chamber reached this conclusion in view of the division of article 8 into four categories of crimes. It considered that understanding rape and sexual slavery as necessarily being grave breaches or serious violations of Common Article 3 and thereby incorporating the Status Requirements would run contrary to the structure of article 8 and would distort the distinction between the crimes that could be charged under each category.²⁸

22. The Trial Chamber considered that the reference to the Geneva Conventions in article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) of the Statute qualified only the crime of "any other form of sexual violence", but not the other, enumerated forms of sexual violence, including "rape" and "sexual slavery".²⁹ Referring to academic commentary from individuals involved in the drafting process of the Statute and the Elements of Crimes, the Trial Chamber found that the purpose of the qualification was to set a "certain gravity threshold and exclude lesser forms of sexual violence or harassment which would not amount to crimes of the most serious concern to the international community".³⁰ The Trial Chamber also noted that the drafting history of article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) does not indicate that the drafters intended that the Status Requirements applied to the crimes of rape and sexual slavery; while the crimes of rape and other forms of sexual violence were initially considered for inclusion under different headings, including as examples of the grave breach of "wilfully causing great suffering or serious injury" or the Common Article 3 offence of "outrages upon

²⁷ [Impugned Decision](#), para. 44.

²⁸ [Impugned Decision](#), para. 40.

²⁹ [Impugned Decision](#), para. 41.

³⁰ [Impugned Decision](#), para. 41.

personal dignity”, they ultimately were set out as distinct war crimes pursuant to article 8 (2) (b) and (e) of the Statute.³¹

23. Having concluded that the Statute did not stipulate a Status Requirement, the Trial Chamber proceeded to consider “whether such limitations arise from the broader international legal framework”.³² The Trial Chamber had regard, *inter alia*, to the Lieber Code,³³ the 1949 Geneva Conventions,³⁴ the 1977 Additional Protocols thereto,³⁵ jurisprudence from the ICTY,³⁶ customary international law, the Martens clause,³⁷ the rationale of international humanitarian law,³⁸ commentary from the ICRC,³⁹ *jus cogens* norms,⁴⁰ general principles of law⁴¹ and academic works.⁴² The Trial Chamber also noted the requirement that, in order to qualify as a war crime, the conduct must have a nexus to an armed conflict, as a result of which not “any rape or instance of sexual slavery occurring during an armed conflict constitutes a war crime”.⁴³

24. Having concluded that “the protection against sexual violence under international law is not limited to members of the opposing armed forces, who are *hors de combat*, or civilians not directly participating in the hostilities”, the Trial Chamber considered it unnecessary to determine whether “child soldiers” must be considered members of the UPC/FPLC.⁴⁴ It noted, however, “as a general principle of

³¹ [Impugned Decision](#), para. 42.

³² [Impugned Decision](#), para. 44.

³³ [Impugned Decision](#), para. 46.

³⁴ [Impugned Decision](#), para. 46.

³⁵ [Impugned Decision](#), para. 46 referring to [Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts \(Protocol I\), 8 June 1977](#), 1125 United Nations Treaty Series 17512 (“Additional Protocol I”) and [Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts \(Protocol II\), 8 June 1977](#), 1125 United Nations Treaty Series 17513.

³⁶ [Impugned Decision](#), para. 46.

³⁷ [Impugned Decision](#), para. 47.

³⁸ [Impugned Decision](#), paras 48-49.

³⁹ [Impugned Decision](#), para. 50.

⁴⁰ [Impugned Decision](#), paras 51-52.

⁴¹ [Impugned Decision](#), para. 53.

⁴² [Impugned Decision](#), fns 113, 121, 129.

⁴³ [Impugned Decision](#), para. 52.

⁴⁴ [Impugned Decision](#), para. 53.

law, there is a duty not to recognise situations created by certain serious breaches of international law” and that “one cannot benefit from one’s own unlawful conduct”.⁴⁵

25. The Trial Chamber concluded that it had jurisdiction over the conduct charged under Counts 6 and 9 and accordingly rejected the jurisdictional challenge.⁴⁶

D. Mr Ntaganda’s Submissions

26. Mr Ntaganda challenges the Trial Chamber’s finding that applying the Status Requirements to article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) of the Statute would distort the distinction between the crimes set out in these provisions and the crimes that could be charged pursuant to article 8 (2) (a) and (c).⁴⁷ In his view, applying Status Requirements to the former would not create redundancy with the latter, given the absence of any “textual overlap” between the provisions.⁴⁸ Furthermore, he argues that the Trial Chamber overlooked that any redundancy could be eliminated if the “established framework of international law” were found to contain a “*different* status requirement” from that prescribed by the grave breaches regime pursuant to article 8 (2) (a) of the Statute.⁴⁹ In addition, Mr Ntaganda notes that, given the general overlap between the offences listed pursuant to article 8 of the Statute, any potential redundancy between sub-paragraphs (b) and (e) and sub-paragraphs (a) and (c) of article 8 (2) is “not an appropriate basis on which to infer a legislative intent” to exclude any Status Requirements from article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi).⁵⁰ Mr Ntaganda submits that the drafting history of article 8 of the Statute does not reflect any intent to depart from the generally accepted Status Requirements usually applicable to war crimes under the law of Geneva.⁵¹

27. As to the established framework of international law, Mr Ntaganda argues that a clear intention to depart from the customary requirements of Common Article 3 is absent; and even if they could be “culled from the writings of activist commentators”,

⁴⁵ [Impugned Decision](#), para. 53.

⁴⁶ [Impugned Decision](#), para. 54.

⁴⁷ [Document in Support of the Appeal](#), paras 35-39.

⁴⁸ [Document in Support of the Appeal](#), para. 37.

⁴⁹ [Document in Support of the Appeal](#), para. 38.

⁵⁰ [Document in Support of the Appeal](#), para. 39.

⁵¹ [Document in Support of the Appeal](#), para. 45.

they would not be recognised as “part of the ‘established framework of the international law of armed conflict’”.⁵²

28. Mr Ntaganda further notes that the Trial Chamber “did not expressly state” whether it considered the analysis of the statutory framework to mean that there were no other Status Requirements arising from the phrase “within the established framework of international law”.⁵³ Mr Ntaganda submits that the Trial Chamber failed to address whether the phrase “established framework of international law” prefacing the two sub-paragraphs meant that the specific crimes listed thereunder were subject to a Status Requirement.⁵⁴

29. Mr Ntaganda asserts that the Trial Chamber failed to “define any methodology for ascertaining”⁵⁵ the established framework of international law, thereby “curtail[ing] the scope of inquiry required”.⁵⁶ He adds that the Trial Chamber’s failure to “articulate” any precedent in treaty law or State practice in this regard “suggests, in itself” that these requirements cannot be “eliminat[ed]”.⁵⁷ Mr Ntaganda notes that this failure is “particularly noteworthy” in light of the Appeals Chamber’s “express and specific guidance” on the matter.⁵⁸

30. In conclusion, Mr Ntaganda requests that the Trial Chamber’s interpretation be rejected as “unsound both textually and contextually”.⁵⁹

31. Mr Ntaganda submits further that any argument by the Prosecutor that the factual allegations under Counts 6 and 9 do not preclude a finding that the victims at the relevant time were not actively participating in hostilities should be rejected.⁶⁰ He argues that, under Counts 6 and 9 it is alleged that the victims were members of the UPC/FPLC, and that membership in an armed group is incompatible with the notion of not taking active part in the hostilities.⁶¹ In his submission, a member of an armed

⁵² [Document in Support of the Appeal](#), para. 45.

⁵³ [Document in Support of the Appeal](#), para. 24.

⁵⁴ [Document in Support of the Appeal](#), para.69. *See also supra*, para. 26.

⁵⁵ [Document in Support of the Appeal](#), para. 70.

⁵⁶ [Document in Support of the Appeal](#), para. 71.

⁵⁷ [Document in Support of the Appeal](#), para. 73.

⁵⁸ [Document in Support of the Appeal](#), para. 72 *citing* [Ntaganda OA2 Judgment](#), para. 31.

⁵⁹ [Document in Support of the Appeal](#), para. 45.

⁶⁰ [Document in Support of the Appeal](#), para. 74.

⁶¹ [Document in Support of the Appeal](#), para. 80.

force or group attains that status only when ceasing to be a member of that force or group, laying down arms, or being placed *hors de combat*.⁶²

32. Mr Ntaganda requests the Appeals Chamber to reverse the Impugned Decision and declare that the Court has no jurisdiction over Counts 6 and 9; in the alternative, he requests the Appeals Chamber to remand the matter to the Trial Chamber for a new decision.⁶³

E. Prosecutor's Submissions

33. The Prosecutor submits that the Trial Chamber was correct in finding that rape and sexual slavery were “not intended only as grave breaches and serious violations of [Common Article 3]”. In her view, this finding was based on a “proper interpretation” of article 8 of the Statute and Mr Ntaganda shows no error in the Trial Chamber’s conclusion or reasoning.⁶⁴

34. In addition, the Prosecutor avers that the Trial Chamber correctly found that “the structure of article 8 reflects the distinction between the different types of war crimes over which this Court has subject-matter jurisdiction”.⁶⁵ As to Mr Ntaganda’s argument that there is no redundancy between article 8 (2) (b) (xxii) and article 8 (2) (a) of the Statute because there is no textual overlap between these provisions, the Prosecutor submits that this is an “overly formalistic approach” which ignores that, if the Status Requirements applied, article 8 (2) (b) (xxii) and (a) “would cover identical forms of rape and sexual violence, making article 8 (2) (b) (xxii) redundant”.⁶⁶ In her view, Mr Ntaganda’s arguments propose “departing from the ordinary meaning of the text and rendering articles 8(2)(b) and 8(2)(e) meaningless repetitions of article 8(2)(a) and 8(2)(c)”.⁶⁷

35. Regarding the established framework of international law, the Prosecutor responds that the Trial Chamber was correct in finding that conduct listed under article 8 (2) (b) and (2) (e) of the Statute need not have been subject to prior

⁶² [Document in Support of the Appeal](#), para. 80.

⁶³ [Document in Support of the Appeal](#), para. 83.

⁶⁴ [Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 17.

⁶⁵ [Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 32.

⁶⁶ [Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 37.

⁶⁷ [Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 39.

criminalisation pursuant to a treaty or customary rule of international law.⁶⁸ She emphasises that the acts listed under these provisions, simply by virtue of being listed thereunder, are already understood to be serious violations of laws and customs within the established framework of international law.⁶⁹ The Prosecutor argues that importing elements from article 8 (2) (a) and (2) (c) into article 8 (2) (b) and (2) (e), respectively, would, “perversely, define the scope of crimes which the drafters had *not* drawn from the Geneva Conventions”.⁷⁰

36. The Prosecutor argues that reference to the “established framework of international law” in the *chapeaux* of article 8 (2) (b) (xxii) and (2) (e) (vi) of the Statute must not be read as introducing new elements and restrictions not expressly provided in the Statute or the Elements of Crimes.⁷¹ The Prosecutor adds that the established framework of international law should “merely assist” in the interpretation of the crimes in question.⁷² The Prosecutor argues that introducing additional requirements in this way would allow a secondary source such as customary international law to be applied even if there were no *lacuna* in the Statute.⁷³ In her view, this would amount to circumventing article 21 and would be inconsistent with the principle of legality in articles 22 and 23 of the Statute.⁷⁴

37. In respect of the issue concerning membership, the Prosecutor argues that there are three distinct principles concerning the present subject-matter i.e. “prohibition on unlawfully recruiting children [...]; the right of a civilian not taking direct part in hostilities not to be made the direct object of attack, and the fundamental and universal protection against inhumane treatment provided to all persons not taking active part in hostilities by CA3”.⁷⁵ She notes that “all three concepts may coincide” resulting in a situation where a child may be unlawfully recruited, considered to take a continuous combat function based on their specific conduct and therefore, liable to be targeted at any time, but regardless of which, the said children may still be

⁶⁸ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 27.

⁶⁹ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), paras 33, 42.

⁷⁰ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 35.

⁷¹ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), paras 19, 27-47.

⁷² [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 46.

⁷³ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 41.

⁷⁴ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 41.

⁷⁵ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 114.

simultaneously protected against inhumane treatment by persons who have power over them.⁷⁶

38. The Prosecutor contends that by “[p]roving that a person was the victim of unlawful enlistment or conscription under article 8(2) (e) (vii) does not automatically exclude them from Common Article 3’s protection at all material times”⁷⁷ and further that any determination as to whether a person is directly participating in hostilities must be carried out on a case-by-case basis.⁷⁸ She adds that whether the child soldiers should be considered as taking no active part in the hostilities, is a question of fact that should be settled at the conclusion of the trial⁷⁹ as it still remains for her to prove that “even members of armed forces [that] were not taking active part in hostilities at the times material to the conduct charged in counts 6 and 9” enjoy protection under Common Article 3.⁸⁰

F. Victims’ Submissions

39. The Victims submit that the Trial Chamber was correct in not only noting the absence of any specific reference in article 8 (2) (b) and (e) of the Statute to Status Requirements but also in taking into account the drafters’ decision to list rape and sexual slavery as distinct war crimes as opposed to mere illustrations of grave breaches of the Geneva Conventions or violations of Common Article 3.⁸¹ In their view, this demonstrates that the drafters had no intention to specifically exclude child soldiers from the scope of these crimes.⁸²

40. The Victims aver that applying Status Requirements to the provisions on rape and sexual slavery would result in considerable overlap between the different categories of crimes pursuant to article 8 (2) of the Statute.⁸³ Moreover, any interpretation of the “expression established framework of international law as necessarily transposing the requirements of Common Article 3 would lead to a

⁷⁶ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 114.

⁷⁷ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 99.

⁷⁸ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 112.

⁷⁹ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 109.

⁸⁰ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 102.

⁸¹ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 24.

⁸² [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 24.

⁸³ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 35.

multifaceted redundancy”.⁸⁴ The Victims submit that, if the *chapeau* of article 8 (2) (e) were to be construed as including the Status Requirements, this would result in the repetition of many of the elements of the crimes enumerated under article 8 (2) (e).⁸⁵

41. The Victims argue further that the specific requirements of Common Article 3 do not automatically apply because of the reference to the “established framework of international law”.⁸⁶ In their view, other sources of law must be considered, such as conventional and customary rules applicable to armed conflict as well as human rights instruments.⁸⁷ The Victims also refer to state practice,⁸⁸ international practice,⁸⁹ the principle of legality,⁹⁰ as well as the general principles of international humanitarian law,⁹¹ the Martens clause,⁹² the “rational [*sic*] of international humanitarian law”⁹³ and *jus cogens*.⁹⁴

42. In respect of the issue of membership, the Victims contend that even if the child soldiers are considered to be members of the armed group, they are still protected under the Geneva Conventions at the time of the rape and sexual slavery as “they [did] not take active part in [the] hostilities”.⁹⁵ Highlighting the factual scenarios where such child soldiers may claim protection,⁹⁶ the Victims add that it is “illogical to suggest” that one can “assume a military role or an active involvement in hostilities” and be subject to rape and sexual slavery at the same time;⁹⁷ the children with military roles are nevertheless protected since they are placed *hors de combat* by

⁸⁴ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 39.

⁸⁵ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 39.

⁸⁶ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), paras 28-31.

⁸⁷ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 30.

⁸⁸ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), paras 41-43.

⁸⁹ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), paras 60-67.

⁹⁰ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), paras 57-59.

⁹¹ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), paras 45-56.

⁹² [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), paras 46-47.

⁹³ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 48.

⁹⁴ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), paras 49-51.

⁹⁵ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 81.

⁹⁶ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 83.

⁹⁷ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 84.

detention or by “any other reason” when they are being subjected to acts of rape and sexual slavery.⁹⁸

G. Mr Ntaganda’s response to the Victims

43. In response to the Victims’ submissions, Mr Ntaganda contends that there “is no unacceptable overlap between a *chapeaux* status requirement and status requirements mentioned within individual crimes”.⁹⁹ In his view, words such as “civilians not taking direct part in hostilities” or “civilian population” do not imply the absence of a general status requirement arising from the *chapeaux*.¹⁰⁰ He argues that only by interpreting the *chapeaux* as including default Status Requirements can certain crimes enumerated under sub-sections (b) and (e) of article 8 (2) of the Statute be brought “within the established framework of international law”.¹⁰¹ By way of example, Mr Ntaganda cites, *inter alia*, article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) as well as (b) (xvi) and (e) (v), noting that “[n]one of these enumerated crimes have individual status requirements, even though the established framework of international law imposes such a requirement”.¹⁰²

44. Furthermore, Mr Ntaganda argues that the fact that the same conduct may be simultaneously covered by different crimes in sub-paragraphs (a) and (b) or in (c) and (e) of article 8 (2) of the Statute “no more creates redundancy than does the overlap between extermination and genocide [...] as long as each crime has a materially distinct element from the other”.¹⁰³ He avers that this standard is “met for each crime under (b) and (e) even if the status requirements apply as in respect of (a) and (c)”.¹⁰⁴

45. In respect of membership, Mr Ntaganda argues that the criteria for establishing membership in an armed group are well established and they are not affected by age or the unlawfulness of the recruitment.¹⁰⁵ He reiterates that as members of an armed force, child soldiers cannot be “taking no active part in hostilities”.¹⁰⁶ Mr Ntaganda

⁹⁸ [Victims’ Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 84.

⁹⁹ [Mr Ntaganda’s Response to the Victims](#), para. 23.

¹⁰⁰ [Mr Ntaganda’s Response to the Victims](#), para. 23.

¹⁰¹ [Mr Ntaganda’s Response to the Victims](#), para. 23.

¹⁰² [Mr Ntaganda’s Response to the Victims](#), para. 23.

¹⁰³ [Mr Ntaganda’s Response to the Victims](#), para. 24.

¹⁰⁴ [Mr Ntaganda’s Response to the Victims](#), para. 24.

¹⁰⁵ [Mr Ntaganda’s Response to the Victims](#), para. 64.

¹⁰⁶ [Mr Ntaganda’s Response to the Victims](#), para. 15.

further responds that whether the child soldiers are actively participating in hostilities or not is not merely a question of fact that should be decided on at the end of the trial since the charges include two characterisations that are incompatible with one another.¹⁰⁷

H. Determination of the Appeals Chamber

1. *The ordinary meaning, context and drafting history of the provisions*

46. The Appeals Chamber notes that article 8 (2) (b) (xxii) and (2) (e) (vi) of the Statute does not expressly provide that the victims of rape or sexual slavery must be “protected persons” in terms of the Geneva Conventions or “persons taking no active part in the hostilities” in terms of Common Article 3, nor do the *chapeaux* of article 8 (2) (b) or (e) stipulate such a requirement.¹⁰⁸ This contrasts with the *chapeaux* of article 8 (2) (a) and (c), which make explicit reference to Status Requirements. Furthermore, certain crimes enumerated under article 8 (2) (b) and (e) expressly circumscribe the group of potential victims or objects, while others do not.¹⁰⁹

47. The Trial Chamber concluded on this basis that to construe article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) as including the Status Requirements would not only “run contrary to the structure of article 8”, but would lead to redundancy as the crimes contained therein would cover identical forms of rape and sexual slavery that could be charged pursuant to article 8 (2) (a) and (c); moreover, it took the view that such an interpretation would effectively render the word “other” in the *chapeaux* of article 8 (2) (b) and (2) (e) meaningless.¹¹⁰

48. In the view of the Appeals Chamber, while the potential overlap between provisions may be of relevance to their interpretation, little weight should be attached

¹⁰⁷ [Mr Ntaganda’s Response to the Victims](#), para. 69.

¹⁰⁸ [Impugned Decision](#), para. 40.

¹⁰⁹ See for example article 8 (2) (b): (xii) Declaring that no quarter will be given; (xvi) Pillaging a town or place, even when taken by assault; and article 8 (2) (e): (v) Pillaging a town or place, even when taken by assault; (x) Declaring that no quarter will be given. See further article 8 (2) (b): (i) Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities; (ii) Intentionally directing attacks against civilian objects, that is, objects which are not military objectives; and article 8 (2) (e): (i) Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities; (ii) Intentionally directing attacks against buildings, material, medical units and transport, and personnel using the distinctive emblems of the Geneva Conventions in conformity with international law.

¹¹⁰ [Impugned Decision](#), para. 40.

to this argument in the interpretation of article 8 (2) of the Statute. When the provisions on war crimes were negotiated, there was a desire to “define the specific content or constituent elements of the violations in question”.¹¹¹ States were concerned, in particular, with providing certainty as to the specific conduct that would give rise to criminal liability and in upholding the principle of legality.¹¹² As the Trial Chamber noted, while the drafting history is silent as to whether the drafters intended the war crimes of rape and sexual slavery under article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) to be subject to the Status Requirements, it is clear that the drafters intended these crimes to be “distinct war crimes”, as opposed to merely illustrations of grave breaches of the Geneva Conventions or violations of Common Article 3.¹¹³ Nevertheless, States were aware of the potential overlap between the categories of crimes listed in the various sub-paragraphs of article 8 (2) of the Statute.¹¹⁴ There is no indication that the States intended to avoid such overlap. In addition, it must be underlined that, even if no Status Requirements were to apply to the crimes pursuant to article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) of the Statute, there would in all probability be much overlap with the war crimes listed under article 8 (2) (a) or (c). This is because in practice it is likely that in many cases the victims of rape or sexual slavery would actually be “protected persons” or “persons not actively participating in hostilities”, thereby potentially fulfilling the elements of article 8 (2) (a) or (c) of the Statute, in addition to those of article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi).

¹¹¹ Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court General Assembly Official Records - Fiftieth Session Supplement No. 22, [A/50/22](#), paras 57, 76.

¹¹² “Summary of the Proceedings of the Preparatory Committee During the Period 25 March – 12 April 1996”, 8 May 1996, [A/AC-249/1](#), p. 9: “There was general agreement that the crimes within the jurisdiction of the court should be defined with the clarity, precision and specificity required for criminal law in accordance with the principle of legality.”

¹¹³ [Impugned Decision](#), para. 42. See further M. Cottier, “War Crimes”, in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Beck et al., 3rd ed., 2016), p. 503.

¹¹⁴ See for example “Informal Inter-Sessional Meeting of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, on Elements of Crimes, held in Siracusa, Italy, from 31 January to 6 February 2000”, 10 March 2000, [PCNICC/2000/WGEC/INF/1](#), para. 9: “The question of overlap of crimes (concoirs d’infractions) was considered. Some participants were of the view that this issue would be difficult to resolve, and in any event should not be addressed in the Elements of Crimes. Some other participants felt that the issue was one of serious concern on which they would reflect further, and noted that they might introduce a proposal on the subject in the future for inclusion in the Rules of Procedure and Evidence.” See also [Elements of Crime](#), General introduction, para. 9 and [Informal note on concurrence of offences](#).

49. As to the reference to the Geneva Conventions in article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi), the Trial Chamber held that it qualifies only the crime of “any other form of sexual violence” and only for the purpose of setting “a certain gravity threshold and [to] exclude lesser forms of sexual violence or harassment which would not amount to crimes of the most serious concern to the international community”.¹¹⁵ The Appeals Chamber finds no error in the Trial Chamber’s conclusion. The respective Elements of Crimes and the drafting history¹¹⁶ indicate that “other form[s] of sexual violence” should only give rise to criminal liability if the conduct in question was of a “gravity comparable to that of a grave breach of the Geneva Conventions or serious violation of Common Article 3”.¹¹⁷ However, the same does not apply for rape and sexual slavery, in relation to which the Elements of Crimes do not stipulate such a requirement. In the Appeals Chamber’s view, this is because rape and sexual slavery are by definition crimes of a gravity comparable to that of a grave breach of the Geneva Conventions or serious violation of Common Article 3.

50. The Appeals Chamber notes that Mr Ntaganda argues that “[n]either the text, nor the text considered in light of the available information considering the drafting history of article 8, provide any support for the view that article 8 (2) (b) and (e) were written to dispense with the status requirements usually applicable to ‘law of Geneva’ war crimes”.¹¹⁸ While this may be true, in the sense that much of the debate during the drafting of what would become article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) centred on the need for special protection of children during armed conflict in respect of the crimes of conscription and enlistment, and, to a more limited extent, on the sexual exploitation of children and women during armed conflict,¹¹⁹ the Appeals Chamber is not aware of

¹¹⁵ [Impugned Decision](#), para. 42.

¹¹⁶ K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court* (Cambridge University Press 2002), p. 332; see [Impugned Decision](#), fn. 94.

¹¹⁷ See [Elements of the Crimes](#), article 8(2) (b) (xxii)-6, element 2.

¹¹⁸ [Document in Support of the Appeal](#), para. 45.

¹¹⁹ For example 2nd plenary meeting Monday, 15 June 1998, at 3.10 p.m., President: Mr. Conso (Italy) Mr. Axworthy (Canada); “Rape, sexual slavery and other forms of sexual violence must be recognized as war crimes in the Statute, reflecting the landmark decision made at the United Nations Conference on Women. Children were often doubly victimized, as civilian victims of war and as child soldiers. The Court should have a mandate to prosecute those who recruited children under the age of 15 into armies”, para. 65; Ms. Boenders (Observer for the Children's Caucus International), “Despite the Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977 and the Convention on the Rights of the Child of 1989, children under the age of 15 were found in national armies and, more commonly, in armed rebel groups. They might also be sexually abused. The definition of war crimes must consider the full range of children's participation and not be limited by the words ‘direct’ or ‘active’. She

any debate on whether protection under this provision should be *limited* to victims who are “protected persons” under the Geneva Conventions or “persons taking no active part in hostilities” in terms of Common Article 3.

51. In sum, the Appeals Chamber finds no error in the Trial Chamber’s finding that, based on the ordinary meaning, context and drafting history of article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi), the victims of the war crimes of rape and sexual slavery need not be “protected persons in the (limited) sense of the grave breaches or Common Article 3”.¹²⁰

2. *The “established framework of international law”*

52. The mainstay of Mr Ntaganda’s appeal rests on the assertion that the provisions pursuant to article 8 (2) (b) and (e) are “expressly made subject” to customary international law by reference to the “established framework of international law”, such that “[t]he protections recognized in Common Article 3 in non-international armed conflict, according to that provision, are applicable only to persons taking ‘no active part in hostilities’”.¹²¹ Consequently, the Appeals Chamber’s first enquiry is whether the expression “established framework of international law” permits, in

strongly recommended the inclusion in the Statute of a ban on recruiting and allowing children under the age of 15 to take part in hostilities”, para. 119, 11 November 1998, [A/CONF.183/SR.2](#).

3rd plenary meeting Tuesday, 16 June 1998, at 10.10 a.m. President: Mr. Conso (Italy), “Ms. Nagel Berger (Costa Rica), speaking as a woman and as Minister of Justice of her country, stressed the need to give the International Criminal Court full powers to deal with all crimes in which the dignity of women was violated. The Statute must therefore include the crimes of rape, sexual slavery, prostitution and forced sterilization, as well as the recruitment of minors into the armed forces”, para. 72.

Mr. Al Kulaib (Kuwait), “His delegation endorsed the views of the speakers who had called for the inclusion of sexual violence, including acts of aggression against women in the course of war crimes, rape, sexual slavery and paedophilia in the Court’s terms of reference”, para. 97, 21 November 1998, [A/CONF.183/SR.3](#).

4th plenary meeting Tuesday, 16 June 1998, at 3.10 p.m. President: Mr. Conso (Italy)

Mr. Matos Fernandes (Portugal), “The crimes defined should include sexual abuse, particularly of women, and the use of children as soldiers. Portugal remained flexible with respect to extending the list of violations covered by the Court’s jurisdiction, in accordance with established review mechanisms and experience gained, to include other crimes which seriously undermined the fundamental values of humankind”, 21 November 1998, [A/CONF.183/SR.4](#), para. 28.

7th plenary meeting Thursday, 18 June 1998, at 10.05 a.m. President: Mr. Conso (Italy) Agenda item 11 (continued) Consideration of the question concerning the finalization and adoption of a convention on the establishment of an international criminal court in accordance with General Assembly resolutions 51/207 of 17 December 1996 and 52/160 of 15 December 1997 (A/CONF.183/2/Add 1 and Corr.I),

Mr. Gonzalez Galvez (Mexico), “Initially, the jurisdiction of the Court should be limited to genocide, crimes against humanity and war crimes, which should include crimes against women and children, especially those involving sexual assault”, 17 July 1998, [A/CONF.183/13 \(Vol.II\)](#), para. 23.

¹²⁰ [Impugned Decision](#), para. 44.

¹²¹ [Document in Support of the Appeal](#), paras 29, 31.

principle, the introduction of additional elements to the crimes listed in article 8 (2) (b) and (e).

53. The Appeals Chamber recalls that article 21 of the Statute requires the Court to apply “in the first place” its Statute, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence. Recourse to other sources of law is possible only if there is a lacuna in these constituent instruments.¹²² However, the Appeals Chamber has also found that the expression “the established framework of international law” in the *chapeaux* of article 8 (2) (b) and (2) (e) as well as in the Introduction to the Elements of Crimes for article 8 of the Statute, when read together with article 21 of the Statute, requires the former to be interpreted in a manner that is “consistent with international law, and international humanitarian law in particular”.¹²³ Thus, the specific reference to the “established framework of international law” within article 8 (2) (b) and (e) of the Statute permits recourse to customary and conventional international law regardless of whether any lacuna exists, to ensure an interpretation of article 8 of the Statute that is fully consistent with, in particular, international humanitarian law.

54. As to the Prosecutor’s argument that the “established framework of international law” should “merely assist in the interpretation of the crimes and elements as prescribed by the Statute and the Elements”, without introducing additional elements,¹²⁴ the Appeals Chamber considers that clearly distinguishing between interpreting the existing elements on the one hand and introducing additional elements on the other when examining the “established framework of international law” may not always be possible. If customary or conventional international law stipulates in respect of a given war crime set out in article 8 (2) (b) or (e) of the Statute an additional element of that crime, the Court cannot be precluded from applying it to ensure consistency of the provision with international humanitarian law, irrespective of whether this requires ascribing to a term in the provision a particular

¹²² “Judgment on the appeals of William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang against the decision of Trial Chamber V (A) of 17 April 2014 entitled ‘Decision on Prosecutor’s Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation’”, 9 October 2014, [ICC-01/09-01/11-1598](#) (OA 7 OA 8), para. 105; see [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), fn. 74.

¹²³ See “Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, 1 December 2014, [ICC-01/04-01/06-3121-Red](#), para. 322.

¹²⁴ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 46.

interpretation or reading an additional element into it. In the view of the Appeals Chamber, this does not violate the principle of legality recognised in article 22 of the Statute, which protects accused persons against a broad interpretation of the elements of the crimes or their extension by analogy; therefore, it does not impede the identification of additional elements that need to be established before an accused person can be convicted.

55. Thus, the expression “established framework of international law” permits, in principle, the introduction of additional elements to the crimes listed in article 8 (2) (b) and (e). The Appeals Chamber will now consider the question of whether the “established framework of international law” introduces as an additional element Status Requirements to the war crimes of rape and sexual slavery pursuant to article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi).

3. *Existence of Status Requirements under the “established framework of international law”*

56. In the view of the Appeals Chamber, Mr Ntaganda’s argument that the “established framework of international law” introduces Status Requirements could only succeed if it were established that either international humanitarian law generally limits protection to persons protected under the Geneva Conventions or ‘persons not taking active part in hostilities’ under Common Article 3 to the exclusion of members of armed forces or groups against whom crimes are committed by members of the same armed force or group, or that such exclusion exists at least as far as the crimes of rape and sexual slavery are concerned.

57. As to the first issue, the Appeals Chamber considers that international humanitarian law not only governs actions of parties to the conflict in relation to each other but also concerns itself with protecting vulnerable persons during armed conflict and assuring fundamental guarantees to persons not taking active part in the hostilities. Protection is required in particular against harm suffered from the enemy forces since violence – and potential abuses – during armed conflict are typically directed against, or inflicted on, enemy combatants or enemy civilians.

58. This is reflected, in particular, in Geneva Conventions III and IV. Geneva Convention III protects prisoners of war, who are defined in article 4 (A) of that instrument as members of armed forces or militias or volunteer corps “who have

fallen into the power of the enemy”. Similarly, article 4 (1) of Geneva Convention IV defines persons protected under this convention as those “who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals”. Consequently, the protections against grave breaches of Geneva Conventions III and IV are narrow in scope, owing to the nature of their respective subject-matter.

59. In contrast, Geneva Conventions I and II, which protect the wounded and sick on land and the wounded, sick and shipwrecked at sea respectively, provide protection “in all circumstances [...] without any adverse distinction founded on sex, race, nationality” and prohibit violence against them.¹²⁵ Importantly, such protected status is not limited to persons belonging to enemy armed forces, but includes wounded, sick or shipwrecked members of a party’s own armed forces, a rule that corresponds to the understanding of the scope of protection since the first Geneva Convention was adopted in 1864.¹²⁶ It follows from the above that the notion of grave breaches under Geneva Conventions I and II¹²⁷ includes violations committed against the wounded, sick or shipwrecked committed by members of their own armed force.

60. Notwithstanding the fact that the provisions of Geneva Conventions I and II extend protection irrespective of affiliation, the Appeals Chamber is not aware of any case in which the grave breaches regime has been applied to situations in which victims belonged to the same armed force as the perpetrators.¹²⁸ However, the Appeals Chamber is unconvinced that this, in and of itself, reflects the fact that Status Requirements exist as a general rule of international humanitarian law. In this regard, and as noted by the Prosecutor, Common Article 3 provides for unqualified protection against inhumane treatment irrespective of a person’s affiliation, requiring only that the persons were taking no active part in hostilities at the material time.¹²⁹

¹²⁵ [Geneva Convention I](#) and [Geneva Convention II](#), Article 12.

¹²⁶ ICRC, “Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, 2016”, 9 May 2016, accessed at <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>, article 13, margin number 1451, referring to Geneva Convention 1864 that reads: “Article 6. Wounded or sick combatants, to whatever nation they may belong, shall be collected and cared for. [...]”

¹²⁷ See [Geneva Convention I](#), article 50; [Geneva Convention II](#), article 51.

¹²⁸ See *infra*, paras 61-62.

¹²⁹ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 69.

61. The Appeals Chamber recalls in this regard that the Trial Chamber considered it “noteworthy” that the updated commentary of the International Committee of the Red Cross (“ICRC”) specifically observed that Common Article 3 protects members of armed forces against violations committed by the armed force to which they belong.¹³⁰ The Appeals Chamber is not persuaded by Mr Ntaganda’s argument that the Trial Chamber erred by relying on this commentary.¹³¹ While it is correct that the references on which the commentary relies are limited and include a decision of the Pre-Trial Chamber in this very case, and while the decision of the Trial Chamber of the Special Court for Sierra Leone (“SCSL”) reached a contrary finding, this, in and of itself, is not an indication that the ICRC’s conclusion was incorrect. Notably, the Appeals Chamber finds the decision of the SCSL Trial Chamber that “[t]he law of international armed conflict was never intended to criminalise acts of violence committed by one member of an armed group against another” to be unpersuasive, not least because it is apparently based solely on an analysis of Geneva Convention III relating to the protection of prisoners of war and the consideration that “an armed group cannot hold its own members as prisoners of war”.¹³² As noted above, while this is true as far as Geneva Convention III is concerned, it is the result of the specific subject-matter of the convention and not an expression of a general rule.

62. Moreover, the Appeals Chamber finds that Mr Ntaganda’s reliance on an academic reference, which cites two mid-twentieth century cases, namely, *Pilz*¹³³ and *Motosuke*¹³⁴ in support of his argument that *intra-force* crimes do not constitute war crimes is unpersuasive. In this regard, the Appeals Chamber notes that in *Pilz*, the Dutch Court of Cassation decided in 1950 that the killing by members of the German occupying army in The Netherlands of a Dutch national who had joined that army did not amount to a war crime because neither article 46 of the 1907 Hague

¹³⁰ [Impugned Decision](#), para. 50.

¹³¹ See [Document in Support of the Appeal](#), paras 54 *et seq.*

¹³² SCSL, Trial Chamber, *Prosecutor v. Augustine Gbao et al.*, “Judgment”, 2 March 2009, [SCSL-04-15](#), para. 1453.

¹³³ Special Court of Cassation, *In re Pilz*, Judgment, 5 July 1950, International Law Reports, volume 17, p. 391 (“*Pilz case*”).

¹³⁴ Law Reports of Trial of War Criminals, selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission, Volume XIII, 1949, Trial of Susuki Motosuke, [Case no. 77](#), 28 January 1948, (“*Motosuke case*”), p. 126 *et seq.*

Regulations¹³⁵ nor the 1929 Geneva Convention on the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in the Armies in the Field¹³⁶ applied as these instruments did not protect members of the occupying forces.¹³⁷ However, the Appeals Chamber agrees with the Prosecutor that, given the unconditional nature of the protection guaranteed to the wounded and sick in the field as far back as 1864¹³⁸ this case “appears to have been wrongly decided on this point”.¹³⁹ With respect to *Motosuke*, which concerned a member of the Japanese Intelligence Service who was charged with a war crime for having ordered the execution of a member of the Japanese Army, the Netherlands Temporary Court-Martial at Amboina decided in January 1948 that the act in question did not amount to a war crime because that notion was limited to cases involving victims of Allied nationality.¹⁴⁰ It appears, however, that this finding was reached primarily because the intention after the Second World War had been to prosecute war crimes committed against Allied nationals.¹⁴¹ Thus, it does not represent strong precedent that the notion of war crimes is generally limited to cases where victims are nationals of the opposing party. Indeed, as seen above, Geneva Conventions I and II, adopted in 1949, contain no such limitation.

63. Upon closer examination of the principles and the cases, the Appeals Chamber is persuaded that international humanitarian law does not contain a general rule that categorically excludes members of an armed group from protection against crimes committed by members of the same armed group. For this reason, the Appeals

¹³⁵ *Pilz* case, p. 391 referring to [Hague Regulations](#), article 46: “Military Authority over the Territory of the Hostile State [...] Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.”

¹³⁶ *Pilz* case, pp. 391-392 referring to [Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva](#), 27 July 1929.

¹³⁷ *Pilz* case, pp. 391-392.

¹³⁸ [Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field](#). Geneva, 22 August 1864, Article 6; [Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva](#), 27 July 1929, Article 1: “Officers and soldiers and other persons officially attached to the armed forces who are wounded or sick shall be respected and protected in all circumstances; they shall be treated with humanity and cared for medically, without distinction of nationality, by the belligerent in whose power they may be. Nevertheless, the belligerent who is compelled to abandon wounded or sick to the enemy, shall, as far as military exigencies permit, leave with them a portion of his medical personnel and material to help with their treatment.”

¹³⁹ [Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal](#), para. 84.

¹⁴⁰ *Motosuke* case, p. 127.

¹⁴¹ The court referred to the official “Explanation of the Legislation drafted with regard to War Crimes” no. 15031 of 1946 released as a supplement to the Netherlands East Indies Decrees. The court observed that as *per* the explanation, the intention of the United Nations War Commission for the Investigation of War Crimes was to undertake investigation of war crimes committed against the subjects of the United Nations. See further, [Motosuke](#) case, p. 127.

Chamber also rejects Mr Ntaganda’s argument as to the Impugned Decision’s reference to the Martens clause¹⁴² and the rationale of international humanitarian law.¹⁴³

64. With regard to the second issue – namely whether Status Requirements exist in international humanitarian law specifically for the war crimes of rape and sexual slavery – the Appeals Chamber observes that the prohibitions of rape and sexual slavery in armed conflict are without a doubt well established under international humanitarian law.¹⁴⁴ As noted by the Trial Chamber, protection under international humanitarian law against such conduct generally “appear[s] in contexts protecting civilians and persons *hors de combat* in the power of a party to the conflict”.¹⁴⁵ In this regard, the question arising before the Appeals Chamber is whether such explicit protection under international humanitarian law suggests any limits on who may be victims of such conduct. In the view of the Appeals Chamber, there is no conceivable reason for reaching such a conclusion.

65. The Appeals Chamber agrees with the Trial Chamber’s finding that “there is never a justification to engage in sexual violence against any person; irrespective of whether or not this person may be liable to be targeted and killed under international humanitarian law”.¹⁴⁶ Accordingly, in the absence of any general rule excluding members of armed forces from protection against violations by members of the same armed force,¹⁴⁷ there is no ground for assuming the existence of such a rule specifically for the crimes of rape or sexual slavery.

66. In conclusion, the Appeals Chamber finds no reason to introduce Status Requirements to article 8 (2) (b) (xxii) and (e) (vi) of the Statute on the basis of the “established framework of international law”.

¹⁴² [Document in Support of the Appeal](#), paras 47-48.

¹⁴³ [Document in Support of the Appeal](#), paras 49 *et seq.*

¹⁴⁴ See [Impugned Decision](#), para. 46. See also ICRC Customary International Humanitarian Law Rules, [Rule 93](#) at pp. 323-327; [Rule 94](#) at pp. 327-330. See further J-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II (ICRC and Cambridge University Press, 2009), [Rule 93](#) at pp. 2190-2225; [Rule 94](#) at pp. 2225-2262 for related practice.

¹⁴⁵ [Impugned Decision](#), para. 47.

¹⁴⁶ [Impugned Decision](#), para. 49.

¹⁴⁷ See *supra*, para.63.

67. The Appeals Chamber appreciates the seemingly unprecedented nature of this conclusion. The Appeals Chamber is also mindful of Mr Ntaganda's apprehension that this conclusion seems to result from a "wider application"¹⁴⁸ of the Rome Statute through "judicial activism"¹⁴⁹ or amounts to a "substantial and unjustified extension of the scope of war crimes law".¹⁵⁰ However, as reasoned above, the conclusion is not only permissible under article 8 (2) (b) (xxii) and 8 (2) (e) (vi) of the Statute, but is also aligned with the established framework of international law.

68. The Appeals Chamber emphasises in this context that the Elements of Crime for each war crime contain an express nexus requirement which must be established in each particular instance. Thus, it must be established that the conduct in question "took place in the context of and was associated with an armed conflict" of either international or non-international character. In the view of the Appeals Chamber, it is this nexus requirement, and not the purported Status Requirement, that sufficiently and appropriately delineates war crimes from ordinary crimes.¹⁵¹ To that end, as rightly observed in the Impugned Decision with reference to the judgment of the ICTY Appeals Chamber in *Kunarac*,¹⁵² the Trial Chamber may have regard, *inter alia*, to "the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator's official duties."¹⁵³ The Appeals Chamber considers that any undue expansion of the reach of the law of war crimes can be effectively prevented by a rigorous application of the nexus requirement.

¹⁴⁸ [Document in Support of the Appeal](#), para. 67.

¹⁴⁹ [Document in Support of the Appeal](#), para. 68.

¹⁵⁰ [Document in Support of the Appeal](#), para. 2.

¹⁵¹ The Appeals Chamber notes in this context that the reference to G. Gaggioli, upon which Mr Ntaganda relies at footnote 87 of his Document in Support of the Appeal, specifically notes that "if a military commander rapes a subordinate soldier in a military barracks as a form of punishment [...] without this having a link to the armed conflict situation, IHL would not apply to the act" (emphasis added). Thus, it appears that, according to this author, it is the missing nexus, and not the absence of Status Requirements, that leads to the conclusion that rape would not qualify as a war crime in these circumstances.

¹⁵² [Impugned Decision](#), para. 130.

¹⁵³ ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Kunarac et al*, "Judgement", 12 June 2002, [IT-96-23 & IT-96-23/1-A](#), para. 59.

69. The Appeals Chamber notes that Mr Ntaganda has raised a number of additional arguments seeking to counter arguments he expected the Prosecutor to make as to how the child soldiers' membership in an armed group would not preclude a finding that they were nevertheless, at the relevant time, not actively participating in hostilities.¹⁵⁴ These arguments, which are premised on the existence of Status Requirements for the war crimes of rape and sexual slavery, are moot in light of the Appeals Chamber's above finding that such Status Requirements do not exist.

70. In sum, the Appeals Chamber rejects Mr Ntaganda's grounds of appeal.

IV. APPROPRIATE RELIEF

71. On an appeal pursuant to article 82 (1) (a) of the Statute, the Appeals Chamber may confirm, reverse or amend the decision appealed (rule 158 (1) of the Rules of Procedure and Evidence). In the present case it is appropriate to confirm the Impugned Decision because no legal error has been identified that would materially affect the Trial Chamber's conclusion that the Court has jurisdiction over Counts 6 and 9.

Done in both English and French, the English version being authoritative.



Judge Sanji Mmasenono Monageng
Presiding Judge

Dated this 15th day of June 2016

At The Hague, The Netherlands

¹⁵⁴ [Document in Support of the Appeal](#), paras 74 *et seq.*