

Volume/Volumen **3**

ISSNe: 2711-4236

ILCR

INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS

Informes de la Clínica Jurídica Internacional

Director

Héctor Olasolo

Editors/Editores

R.J. Blaise MacLean

Andrés Sánchez Sarmiento

Luisa Villarraga Zschommler

Sofía Linares Botero

Clara Esperanza Hernández Cortés



Universidad del
Rosario



Doi: https://doi.org/10.12804/issne.2711-4236_10336.32180_fdj

ILCR

**INTERNATIONAL LAW
CLINIC REPORTS**

Informes de la Clínica Jurídica Internacional

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
BOGOTÁ, D.C.
2021

ILCR International Law Clinic reports = Informes de la Clínica Jurídica Internacional / dirección Héctor Olasolo; R.J. Blaise MacLean, Andrés Sánchez Sarmiento... [y otros 3], editores. -- Bogotá: Universidad del Rosario, 2020.

195 páginas (Volumen 3, agosto 2021.)

Incluye referencias bibliográficas.

ISSNe: 2711-4236

1. Derecho penal internacional -- informes. 2. Derecho internacional humanitario. 3. Justicia internacional 4. Corte Penal Internacional -- informes 5. Jurisprudencia. 6. Derecho penal. 7. Crímenes de lesa humanidad. I. Olasolo, Héctor. II. Blaise MacLean, R.J. III. Sánchez Sarmiento, Andrés. IV. Villarraga Zschommler, Luisa. V. Linares Botero, Sofía. VI. Hernández Cortés, Clara Esperanza. VII. Universidad del Rosario. VIII. Título.

341.77 SCDD 20

Catalogación en la fuente -- Universidad del Rosario. CRAI

DJGR

agosto 12 de 2021

ILCR
INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS
Informes de la Clínica Jurídica Internacional
Volume 3 / volumen 3

Content and mandatory nature of the requirements under Article 74 (5) of the Statute of the International Criminal Court in relation to no case to answer decisions
Contenido y naturaleza vinculante para las decisiones de sobreseimiento de los requisitos previstos en el artículo 74 (5) del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Procedural issues concerning the no case to answer decision of Trial Chamber I of the International Criminal Court in the Gbagbo and Blé Goudé case
Cuestiones procesales relativas a la decisión de la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional de sobreseer el caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé

Is being a former child soldier a relevant circumstance for sentencing? Special attention to the Ongwen case before the International Criminal Court
¿Es ser un ex niño soldado una circunstancia relevante para la determinación de la pena? Especial atención al caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional

Criminal responsibility under national law of under fifteen child soldiers who were victims of forced recruitment
La responsabilidad penal conforme al derecho interno de los niños soldados menores de 15 años víctimas de reclutamiento forzado

ILCR

INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS

Informes de la Clínica Jurídica Internacional

Director

Héctor Olasolo

Editors/Editores

R.J. Blaise MacLean

Andrés Sánchez Sarmiento

Luisa Villarraga Zschommler

Sofía Linares Botero

Clara Esperanza Hernández Cortés

Authors/Autores

Daniela Bohórquez Murcia, Sofía Campos Sánchez,

Daniela Corradine Charry, Federico Freydell Mesa,

María Fernanda Jaramillo Gómez, Andrés Felipe Lema González,

Sofía Linares Botero, Sara Paula Mosquera López,

Gabriela Velásquez Medina

Forward / Prólogo

Renán Villacís Cuesta

Director

Secretariat of the Assembly of States Parties to the Rome Statute
of the International Criminal Court

Secretaría de la Asamblea de los Estados Parte del Estatuto
de Roma de la Corte Penal Internacional

ILCR
INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS
Informes de la Clínica Jurídica Internacional

ISSNe: 2711-4236
Doi: https://doi.org/10.12804/issne.2711-4236_10336.32180_fdj

Director

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

Editors/Editores

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

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

Luisa Villarraga Zschommler (Colombia)
Research Assistant, *Universidad del Rosario* (Colombia)

Sofía Linares Botero (Colombia)
Research Assistant, *Universidad del Rosario* (Colombia)

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

Editorial *Universidad del Rosario*
Facultad de Jurisprudencia

Fredy Johan Espitia Ballesteros
Diseño carátula y diagramación

Primera edición: agosto de 2021

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

Todos los derechos reservados



Universidad
del Rosario

Principal
José Alejandro Cheyne

Vice-Principal
Sergio Andrés Pulgarín Molina

Treasurer
Juan Manuel Ospina Sanmiguel

Registrar
Germán Villegas González

Dean of the Faculty of Law
José Alberto Gaitán Martínez

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

Office of Public Counsel for
Victims (OPCV)

Principal Counsel
Paolina Massidda

Ibero-American Institute of
The Hague (IIH)

Chairman
Héctor Olasolo

Registrar
Romina Catera

Treasurer
Piet Williams

Contents

Director.....	11
Editors / Editores	12
Authors / Autores.....	13
Table of Abbreviations / Índice de abreviaturas.....	16
The International Law Clinic / La Clínica Jurídica Internacional.....	18
The Reparation Order in the <i>Katanga</i> Case / La orden de reparaciones en el caso <i>Katanga</i>	22
Foreword / Prólogo.....	36

PART I: ENGLISH VERSION

1. Content and Mandatory Nature of the Requirements Under Article 74 (5) of the Statute of the International Criminal Court in Relation to No Case to Answer Decisions	41
1.1. Introduction	41
1.2. The decision shall be in writing	43
1.3. The decision shall contain a full and reasoned statement of the findings on the evidence and conclusions reached	46
1.4. The requirements to issue a decision that includes majority and minority opinions and to deliver the decision or a summary thereof in open court	51

1.5. Conclusion	53
1.6. Table of jurisprudence	54
1.7. Doctrine	56
1.8. Reports, resolutions and other documents.....	56
2. Procedural Issues Concerning the No Case to Answer Decision of Trial Chamber I of the International Criminal Court in the Gbagbo and Blé Goudé Case	57
2.1. Introduction	57
2.2. Do the Trial Chambers have the power to define the applicable standard of proof after issuing their decisions?	58
2.3. Are the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings only to the benefit of the accused?	62
2.4. In which instances a declaration of mistrial is appropriate?.....	72
2.5. Conclusion	74
2.6. Table of jurisprudence.....	75
2.7. Doctrine	79
2.8. Reports, resolutions and other documents.....	79
3. Is Being a Former Child Soldier a Relevant Circumstance for Sentencing? Special Attention to the Ongwen Case Before the International Criminal Court.....	80
3.1. Introduction	80
3.2. How does being a former child soldier affect the gravity of the crime?	81
3.3. Should the International Criminal Court consider being a former child soldier as an exonerating, mitigating or aggravating circumstance?	84
3.4. Which is the most appropriate way for the International Criminal Court to deal in sentencing with the fact that the convicted person is a former child soldier?.....	87

3.5. Conclusion	90
3.6. Table of jurisprudence.....	90
3.7. Doctrine	92
4. Criminal Responsibility Under National Law of Under Fifteen Child Soldiers who were Victims of Forced Recruitment.....	93
4.1. Introduction	93
4.2. Ordinary national justice systems	94
4.3. Transitional justice systems.....	102
4.4. Conclusion	108
4.5. Legislation	109
4.6. Table of jurisprudence.....	111
4.7. Doctrine	113
4.8. Reports, resolutions, and other documents.....	114

PART II: SPANISH VERSION

Contenido

Director.....	11
Editors / Editores	12
Authors / Autores	13
Table of abbreviations / Índice de abreviaturas.....	16
The International Law Clinic / La Clínica Jurídica Internacional.....	18
The Reparation Order in the <i>Katanga</i> Case / La orden de reparaciones en el caso <i>Katanga</i>	22
Foreword / Prólogo.....	36

PART I: ENGLISH VERSION

PARTE II: VERSIÓN EN ESPAÑOL

5. Contenido y naturaleza vinculante para las decisiones de sobreseimiento de los requisitos previstos en el artículo 74 (5) del estatuto de la Corte Penal Internacional	117
5.1. Introducción.....	117
5.2. El requisito de la escritura.....	119
5.3. El requisito de la exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y de las conclusiones alcanzadas.....	122

5.4. Los requisitos de emitir un fallo que incluya las opiniones de la mayoría y de la minoría y de leer el fallo o un resumen en audiencia pública.....	128
5.5. Conclusión	130
5.6. Índice de jurisprudencia	131
5.7. Doctrina	132
5.8. Informes, resoluciones y otros documentos.....	133
6. Cuestiones procesales relativas a la decisión de la sala de primera instancia I de la Corte Penal Internacional de sobreseer el caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé.....	134
6.1. Introducción.....	134
6.2. ¿Tienen las Salas de Primera Instancia el poder de definir el estándar de prueba aplicable después de emitir sus decisiones?	135
6.3. ¿Son los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones solo en beneficio del acusado?.....	140
6.4. ¿En qué casos es apropiada la declaración de nulidad del juicio oral o <i>mistrial</i> ?	150
6.5. Conclusión	153
6.6. Índice de jurisprudencia	153
6.7. Doctrina	157
6.8. Informes, resoluciones y otros documentos.....	158
7. ¿Es ser un ex niño soldado una circunstancia relevante para la determinación de la pena? Especial atención al caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional	159
7.1. Introducción.....	159
7.2. ¿Cómo afecta a la gravedad del crimen la condición de ex niño soldado?	160

7.3. ¿Debería la Corte Penal Internacional considerar la condición de ex niño soldado como una circunstancia eximente, atenuante o agravante?	163
7.4. ¿Cuál es la forma más adecuada para que la Corte Penal Internacional trate al determinar la pena la condición de ex niño soldado del condenado?	166
7.5. Conclusión	169
7.6. Índice de jurisprudencia	169
7.7. Doctrina	171
8. La responsabilidad penal conforme al derecho interno de los niños soldados menores de 15 años víctimas de reclutamiento forzado	172
8.1. Introducción.....	172
8.2. Sistemas de justicia nacional ordinaria	173
8.3. Sistemas de justicia transicional	182
8.4. Conclusión	188
8.5. Legislación.....	189
8.6. Índice de jurisprudencia	191
8.7. Doctrina	194
8.8. Informes, resoluciones y otros documentos.....	195

Director

Héctor Olasolo (Spain / España)

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

Licenciado en Derecho, Universidad de Salamanca (España); LL.M. en Derecho, Universidad de Columbia (EE. UU.); Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). El Prof. Olasolo es presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (‘IIH’), y se desempeña como profesor titular de carrera de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde es también el director de la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y el programa de Maestría en Derecho Internacional. El Prof. Olasolo coordina también las redes de investigación sobre Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado transnacional. Ha ocupado anteriormente la cátedra de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht en los Países Bajos (2010–2012) y se ha desempeñado como letrado de la Corte Penal Internacional (2004–2010), asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002–2004) y asesor jurídico de la Delegación Española ante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999–2002).

Editors / Editores

R. J. Blaise MacLean (Canada/á)

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

Andrés Sánchez Sarmiento (Colombia)

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

Luisa Villarraga Zschommler (Colombia)

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

Sofía Linares Botero (Colombia)

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

Clara Esperanza Hernández Cortés (Colombia)

International Relations and Law Degrees, Universidad del Rosario (Colombia); Research Assistant, Faculty of Law, Universidad del Rosario / *Pregrados en Relaciones*

*Internacionales y Derecho, Universidad del Rosario (Colombia); Joven Investigadora,
Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.*

Authors / Autores

Daniela Bohórquez Murcia (Colombia)

*Law Student / Estudiante de Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario
(Colombia)*

Sofía Campos Sánchez (Colombia)

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

Daniela Corradine Charry (Colombia)

*Law Student / Estudiante de Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario
(Colombia)*

Federico Freydell Mesa (Colombia)

*Law Student / Estudiante de Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario
(Colombia)*

María Fernanda Jaramillo Gómez (Colombia)

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

Andrés Felipe Lema González (Colombia)

*Law Student / Estudiante de Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario
(Colombia)*

Sofía Linares Botero (Colombia)

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

Sara Paula Mosquera López (Colombia)

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

Gabriela Velásquez Medina (Colombia)

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

Table of Abbreviations

AC	Appeals Chamber
Art(s).	Article(s)
AUC	<i>Autodefensas Unidas de Colombia</i> / United Self-Defence Forces of Colombia
AFRC	Armed Forces Revolutionary Council
ACHR/CADH	American Convention on Human Rights
CAH	Crime(s) Against Humanity
CAR	Central African Republic
CCVS	Centre for Children in Vulnerable Situations
CDF	Civil Defence Forces
CIAC	<i>Children Involved in Armed Conflict</i>
DRC	Democratic Republic of the Congo
EC	Elements of the Crimes of the International Criminal Court
ECCC/SETC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
ECHR/CEDH	European Convention on Human Rights
ECtHR/TEDH	European Court of Human Rights
Ed(s).	Editor(s)
e.g.	For example
FARC	<i>Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia</i> / Colombian Revolutionary Armed Forces
FNI	<i>Front des Nationalistes et Intégrationnistes</i> / Front of Nationalists and Integrationists
FPLC	<i>Forces Patriotiques pour la libération du Congo</i> / Patriotic Forces for the Liberation of Congo
HRC/CDH	Human Rights Committee
IACtHR/CtIDH	Interamerican Court of Human Rights
ICC/CPI	International Criminal Court
ICCPR/PIDCP	International Covenant for Civil and Political Rights
ICL	International Criminal Law
ICRC/CICR	International Committee of the Red Cross
ICTR/TPIR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTRS	Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY/TPIY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

ICTYS	Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IHL	International Humanitarian Law
IIH	Ibero-American Institute of The Hague for Peace, Human Rights and International Justice
ILC	International Law Clinic
LSWDO	Local Social Welfare and Development Office
LRA	Lord's Resistance Army
MILF	Moro Islamic Liberation Front
MLC	<i>Mouvement pour la Libération du Congo</i> / Movement for the Liberation of Congo
NCTA	No Case To Answer
NGO	Non-Governmental Organization
No.	Number
OPCV	Office of Public Counsel for Victims of the International Criminal Court
OTP	Office of The Prosecutor
P./pp.	Page(s)
Para(s).	Paragraph(s)
PTC/SCP	Pre-Trial Chamber
RPE	Rules of Procedure and Evidence
RUF	Revolutionary United Front
SCSL/TESL	Special Court for Sierra Leone
SCSLS	Statute of the Special Court for Sierra Leone
SJP	Special Jurisdiction for Peace
STL	Special Tribunal for Lebanon
STLS	Statute of the Special Tribunal for Lebanon
TFV	Trust Fund for Victims of the International Criminal Court
TC	Trial Chamber
UN	United Nations
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

USD United States Dollars
Vol. Volume

Índice de abreviaturas

AFRC	<i>Armed Forces Revolutionary Council</i> / Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas
art(s).	Artículo(s)
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
CADH/ACHR	Convención Americana de Derechos Humanos
CDF	<i>Civil Defence Forces</i> / Fuerzas de Defensa Civil
CEDH/ECHR	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CDH/HRC	Comité de Derechos Humanos
CICR/ICRC	Comité Internacional de la Cruz Roja
CLH	Crímenes de Lesa Humanidad
CPI/ICC	Corte Penal Internacional
CIAC	<i>Children Involved in Armed Conflict</i> / Niños Involucrados en el Conflicto Armado
CJI	Clínica Jurídica Internacional
CtIDH/IACtHR	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIP	Derecho Internacional Penal
EC	Elementos de los Crímenes de la Corte Penal internacional
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
Ed(s).	Editor(es)
ERS/LRA	Ejército de Resistencia del Señor / <i>Lord's Resistance Army</i>
ETEL	Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano
ETESL	Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona
ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FFV	<i>Trust Fund for Victims of the International Criminal Court</i> / Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FNI	<i>Front des Nationalistes et Intégrationnistes</i> / Frente de Nacionalistas e Integracionistas

FPLC	<i>Forces Patriotiques pour la libération du Congo</i> / Fuerzas por la Liberación del Congo
IIH	Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
MILF	<i>Moro Islamic Liberation Front</i> / Frente de Liberación Moro Islámico
MLC	<i>Mouvement pour la Libération du Congo</i> / Movimiento para la Liberación del Congo
NCTA	<i>No Case To Answer</i>
Núm./No.	Número
NU/UN	Naciones Unidas
ONG	Organización No Gubernamental
OPCV	<i>Office of Public Counsel for Victims of the International Criminal Court</i> / Oficina de Defensoría Pública de Víctimas de la Corte Penal Internacional
P./pp.	Página(s)
Para(s)	Párrafo(s)
PIDCP/ICCPR	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RCA	República Centroafricana
RDC	República Democrática del Congo
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
RUF	<i>Revolutionary United Front</i> / Frente Revolucionario Unido
SA	Sala de Apelaciones
SCP(s)/PTC	Sala(s) de Cuestiones Preliminares
SETC/ECCC	Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya
SPI(s)	Sala(s) de Primera Instancia
TEDH/ECtHR	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEL/STL	Tribunal Especial para el Líbano
TESL/SCSL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TPIR/ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY/ICTY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

UNESCO *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization / Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura*

Vol. Volumen

The International Law Clinic

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

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

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

In 2013, the ILC became an annual programme with a semester of training and another of research and report writing. In 2014, the ILC initiated the International Internship Program for undergraduate students coming from universities outside Colombia. Interns spend 10 weeks in Bogotá, and then travel to the Hague with the other ILC members to present their report(s) orally to the OPCV staff members and to participate in the Ibero-American Week of International Justice, which is organized every year by the IIH. Moreover, since 2015, the ILC International Research Stays Program provides the opportunity to postgraduate students, doctoral candidates and professors coming from universities outside Colombia to participate in the ILC. More information on these programs can be found at: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Convocatoria-Fuera-de-Colombia/> and at <https://www.>

iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/clinica-internacional-sobre-derecho-internacional-penal-y-humanitario).

Héctor Olasolo

Director, International Law Clinic

La Clínica Jurídica Internacional

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

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

La CJI se inició en la segunda mitad de 2011 por el Prof. Héctor Olasolo, con la colaboración de la Prof. Andrea Mateus y del Prof. Mauricio Vanegas, así como del entonces joven investigador Andrés Contreras. A partir del primer semestre de 2013, el Prof. Olasolo asumió su actual posición de profesor

titular de carrera a tiempo completo en la Universidad del Rosario (Colombia) y director de la Clínica Jurídica Internacional. Desde entonces, la CJI se ha desarrollado bajo su dirección, y con la colaboración de un excelente grupo de jóvenes investigadores que han actuado como supervisores de los miembros de la CJI.

Desde 2013, la CJI se convirtió en un programa anual con un semestre de formación y otro de investigación y redacción de informes. En 2014, se abrió el Programa de Pasantías Internacionales de la CJI para estudiantes universitarios provenientes de universidades de fuera de Colombia. Los pasantes pasan 10 semanas en Bogotá, y luego viajan a La Haya con los otros miembros de la CJI para presentar sus informes oralmente a los funcionarios internacionales de la OPCV y participar en la Semana Iberoamericana de Justicia Internacional, que organiza cada año el IIH. Así mismo, desde 2015, el Programa Internacional de Estancias de Investigación en la CJI brinda la oportunidad a estudiantes de postgrado, doctorando y profesores provenientes de universidades de fuera de Colombia para participar en la CJI. Más información sobre estos programas se puede encontrar en: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Convocatoria-Fuera-de-Colombia/> y en <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/clinica-internacional-sobre-derecho-internacional-penal-y-humanitario>).

Héctor Olasolo

Director, Clínica Jurídica Internacional

The Reparation Order in the *Katanga* Case

Background of the case

On March 7th, 2014, TC II of the ICC declared, by majority, with Judge Van den Wyngaert dissenting, Germain Katanga guilty as an accessory, within the meaning of article 25(3)(d) of the ICC Statute, of one count of crimes against humanity (murder) and four counts of war crimes (murder, attacking a civilian population, destruction of property and pillage), committed on February 24th, 2003, during the attack on the village of Bogoro, in the Ituri district of the DRC. TC II acquitted Katanga of rape and sexual slavery as a crime against humanity and of the war crimes of using children under the age of fifteen years to participate actively in hostilities, sexual slavery, and rape.¹

On May 23rd, 2014, TC II, by majority, with Judge Van den Wyngaert dissenting, sentenced Katanga to 12 years of imprisonment.²

On June 25th, 2014, the Defence for Katanga and the Prosecutor discontinued their appeals against the judgment which became final.

On March 24th, 2017, TC II issued an Order awarding individual and collective reparations to the victims of crimes committed by Katanga.³

Because of Katanga's indigence, the TFV was invited to consider using its resources for the reparations and to present an implementation plan. In May 2017, the TFV Board of Directors decided to provide 1 million USD for the reparations awarded to victims in the Katanga case covering the full amount ordered by TC II. The Board also welcomed a voluntary contribution of 200,000 euros by the Government of The Netherlands, which included earmarked funding to cover the cost of individual awards. On 25 July 2017, the TFV presented its draft implementation plan to TC II.⁴

1 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, March 7, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3436-tENG.

2 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr.

3 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial II, *Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*, March 24, 2017, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3728-tENG.

4 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Public redacted document Draft implementation plan relevant to Trial Chamber II's order for reparations of 24 March 2017 (ICC-01/04-01/07-3728)*, July 25, 2017, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3751-Red.

On March 8th, 2018, the AC confirmed the Reparation Order in the case.⁵

The Reparation Order

The Katanga reparation order constitutes one of the first major reparation decisions in the ICC's emerging reparation practice—preceded by the reparation decision in the Lubanga case,⁶ as partially amended by the ICC AC.⁷

The Katanga Reparation Order builds upon principles, and procedural and substantive law of reparations developed in the Lubanga case, but it develops certain aspects of the ICC reparation system, including the quantification of the harm suffered by victims and the granting of individual compensation for the first time.

TC II found that the principles established by the AC in the Lubanga case were equally applicable in the Katanga case, in particular the following principles: humanity and dignity, equal treatment, inclusiveness, safety, physical and psychological well-being and privacy of victims, and non-discrimination.⁸ These principles have been inferred from international human rights law sources. TC II also determined that reparation orders under article 75 of the ICC Statute must be against the convicted person, establish and inform the convicted person of his/her liability, indicate the type(s) of reparations (individual/collective), define the harm inflicted on direct and indirect victims as a result of the crimes for which the accused was convicted, determine modalities of reparations, and identify the victims who can benefit from awards or set out eligibility criteria.⁹

Unlike in the Lubanga case, TC II evaluated each of the 341 applications for reparation and granted awards to 297 victims.¹⁰ In this regard, TC II found that victims for reparation purposes are those who suffered harm as a result of a crime under the ICC's jurisdiction, provided that the accused was convicted for said crime. Although harm must have been suffered personally, reparations

5 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Appeals Chamber, *Public redacted Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*, March 9, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3778-Red.

6 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision Establishing the Principles and Procedures to be Applied to Reparations*, August 7, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2904.

7 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Chamber, *Order for Reparations (amended)*, March 3, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-3129-AnxA.

8 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*, *supra* no. 4, para. 30.

9 *Ibid.*, para. 31.

10 *Ibid.*, para. 33.

could be provided to direct and indirect victims (who suffered harm as a result of a prejudice suffered by a direct victim).¹¹

Concerning evidentiary criteria, the applicants for reparations had to prove their identity and the causal link between the harm suffered and the crime(s) for which Katanga was convicted. Importantly, TC II recognised that victims may have a problem in accessing to evidence proving their injury because of the destruction or loss of documents during the attack and the lapse of time (14 years) since the events occurred. Consequently, TC II found that the standard of ‘balance of probabilities’ rather than the more demanding standard of ‘beyond reasonable doubt’ was applicable. In this regard, TC II relied on case-law of the IACtHR and of the ECCC.¹² Moreover, by referring to the IACtHR, the German Forced Labour Compensation Programme and the UN Compensation Commission, TC II concluded that the use of presumptions and indirect evidence to establish certain facts was appropriate in the case.¹³

TC II considered material, physical and psychological damage. *Material damages* claims involved the destruction of homes, annexes and office buildings, destruction/pillage of furniture, personal items and merchandise, pillage of livestock, crops and destruction of fields, and destruction of familial patrimony. For *all material damage* claims, TC II analysed: (i) whether the harm was connected to the crimes for which Katanga was convicted; (ii) whether the evidence supported the claims; and (iii) the appropriate extent of reparations.

For *claims involving destruction of homes, annexes and office/business buildings*, TC II found that the damages were committed during the attack, that the claimants provided proof that they had owned the buildings, and thus reparations were appropriate. For *claims involving destruction/pillage of furniture, personal items and merchandise*, TC II affirmed that there was a connection between the alleged damage and the attack. There were some questions as to the claimants’ ability to prove ownership over the items destroyed, but TC II relied on a presumption according to which destroyed property belonged to those using it at the time of the Bogoro attack.

For *claims involving pillaging of livestock, crops and destruction of fields*, TC found a *nexus* between the damage and the crimes. It highlighted that agriculture was an important aspect of personal and commercial survival of many in Bogoro. Although it was difficult to establish agricultural ownership at an individual level, TC II relied upon a presumption, according to which, when a finding home ownership was made, an agricultural interest was considered to exist. Moreover, TC II also found sufficient evidence of an agricultural interest

11 *Ibid.*, paras. 35, 37.

12 *Ibid.*, paras. 48-50.

13 *Ibid.*, paras. 57-61.

when there was sufficient evidence to find that victims used agriculture for individual consumption. Finally, TC II found that it lacked jurisdiction over the question of destruction of familial patrimony, as it was essentially a matter of Congolese law.

Concerning *claims of physical damage*, TC II found that the infliction of physical damage was part of the plan for the Bogoro attack and that many who survived suffered lasting injuries. Since the majority of the claims were substantiated by medical reports, TC II found that reparations were appropriate.

In relation to *claims of psychological damages*, victims alleged that they suffered several forms of *psychological* harm, including: (a) harm from the death of a parent in the attack; (b) harm from the experience of the attack; (c) transgenerational harm; and (d) harm arising from the loss of way of life, the loss of opportunity and forced exile.

The reparation claims based on *harm from the death of a parent in the attack* (which also extended to other family members as a result of the structure of society in Bogoro) raised an essential issue for TC II, namely whether reparations could be awarded for indirect harm. TC II answered this question in the affirmative. It found that reparations were appropriate provided that victims could prove that: (a) psychological harm resulted directly from the death of a family member; (b) they had a direct familial connection and a personal relationship with the deceased person; and (c) the death was the result of the Bogoro attack.

Regarding *individual psychological harm from the experience of the attack*, TC recognized the brutality of the Bogoro attack and its potential to cause psychological harm. Furthermore, it found that being present at the attack was in itself sufficient to establish a presumption of personal trauma.

In relation to *transgenerational harm*, TC II found an insufficient causal link between the crimes committed in Bogoro and the allegations of psychological harm passed on to the second generation (children) of the victims.

Victims also claimed physical and psychological harm stemming from (a) rape and sexual violence during the Bogoro attack; and (b) being a child soldier. Since Katanga was not convicted of these crimes, reparations could not be awarded.

In relation to the assessment of the damage, TC II established that the date on which the assessment should be made was the date of the issuance of the judgment. Moreover, TC II considered that material damage had to be assessed in light of property value in Bogoro, while physical and psychological harm had to be assessed in light of universal criteria as they related to the interests of humanity.¹⁴

14 *Ibid.*, para. 230.

Concerning the type of reparations awarded, two important aspects have to be underlined: (a) the discussion on the scope of individual and collective reparations; and (b) the understanding that individual and collective reparations are not mutually exclusive and can be granted cumulatively.¹⁵

For TC II, collective reparations can be awarded to one of the following groups: (a) an ethnic, racial, social, political or religious group that pre-existed the crimes; or (b) a group that can be identified after the commission of the crimes.¹⁶ Furthermore, collective reparations avoid stigmatisation, are responsive to both victims' common needs and the complexity of the harm that they suffered and promote reconciliation.

For TC II, individual reparations prevent victims from being marginalized or feeling excluded, recognize victims individually, and enable victims to recover their autonomy and make their own decisions based upon their real needs.¹⁷

In awarding reparations, TC II adopted the following methodological approach. Concerning *individual reparations*, the TC II focussed on compensation. For the first time at the ICC, TC II conducted a quantitative assessment of the harm suffered by each victim. It quantified the different types of harm according to the following criteria: (a) 50 to 3000 USD was awarded for material harm, including damage to houses, businesses, livestock, and fields/harvests; (b) 250 USD was awarded for physical harm caused by bullet wounds; (c) 8000 USD was awarded for psychological harm resulting from the loss of a close relative; (d) 4000 USD was awarded for psychological harm resulting from the loss of a distant relative; and (e) 2000 USD was awarded for harm resulting from experiencing the Bogoro attack.¹⁸

According to TC II, the total harm suffered by the victims was equivalent to 3.752.620 USD. Katanga was found liable for 1 million USD.¹⁹ Nevertheless, due to the lack of resources, the TC II only granted a *symbolic sum* of 250 USD to each of the 297 victims that were granted reparation awards. TC II acknowledged that said amount did not fully compensate for the harm suffered by the victims, as it only provided them some relief and helped them to start becoming economically autonomous.

TC II also granted *collective reparations* through measures that supported access to housing, income-generating activities, education and psychological well-being.²⁰ According to the Draft Implementation Plan presented by the TFV, these measures could consist of: (a) building a house with basic household

15 *Ibid.*, para. 270.

16 *Ibid.*, para. 274.

17 *Ibid.*, paras. 284, 285, 289.

18 *Ibid.*, para. 239.

19 *Ibid.*, paras. 239, 264.

20 *Ibid.*, para. 302.

furniture, expanding a current home, purchasing a plot of land, or assisting with rent payments (*housing assistance*); (b) payment of primary or secondary school fees and related costs for victims' children (*education assistance*); (c) payment of university-level enrolment and tuition, vocational training in small business enterprises (such as dressmaking and taxi driving, animal husbandry, agriculture, and fishing) and training in developing business plans and the provision of business kits (such as sewing machines and clothes-making materials, or livestock, seeds, and farming tools) (*income-generating activities*); and (d) individual trauma-based counselling sessions and group counselling sessions (*psychological rehabilitation*).

In implementing the reparation award, the TFV distinguished victims according to the harm that they had suffered: (1) loss of home and livestock; (2) loss of home or equivalent material loss; (3) loss of an immediate family member; (4) loss of personal affairs and minor material loss; and (5) general moral harm. Victims who suffered extensive family loss (more than five immediate family members) were assigned two cows and a veterinary kit, as support for income-generating activities, whereas families that suffered only general harm got one cow. Furthermore, victims who did not have minor dependents and therefore could not benefit from education assistance could choose to obtain more support for housing assistance or income-generating activities. Similarly, victims who needed to support more children in school could forego support for housing assistance and income-generating activities so as to have education assistance for more of their children. Finally, a financial adviser would advise victims on ways to quickly and confidentially receive and use their 250 USD individual awards.

While collective reparations are still being implemented confidentially to preserve the security and well-being of the beneficiaries, by mid-2019, the TFV had fully disbursed the individual reparation awards. Moreover, by the end of 2020, the TFV had concluded the implementation of the educational assistance measures, and almost fully concluded the implementation of income-generating activities support measures. The TFV continues to work closely with Victims Legal Representatives and the Registry to find suitable solutions for the implementation of housing assistance and psychological support.

The Katanga Reparation Order constitutes an important step in the development of the ICC reparation system. Nevertheless, the implementation phase demonstrates that important challenges remain to be overcome, including *inter alia* the lack of resources, delays in the implementation of housing assistance and psychological support and difficulties linked to the still volatile security situation in the Ituri region.

The ICC's reparation mandate is a crucial component of the effort made by the ICC Statute to provide a voice to victims and to allow them to exercise

their rights in the system of international criminal justice. The promise of reparations set out in article 75 of the ICC Statute reflects the consensus in the international community that victims' reparation is essential to addressing the terrible consequences experienced by them. More efforts should therefore be made to find more efficient and timely ways to implement reparation awards.

The Hague, July 1st, 2021

Paolina Massidda

Principal Counsel, Office for Public Counsel for Victims (OPCV)
International Criminal Court

La orden de reparaciones en el caso *Katanga*

Antecedentes del caso

El 7 de marzo de 2014, la SPI II declaró por mayoría, con el voto particular de la magistrada Van den Wyngaert, culpable al Sr. Germain Katanga en calidad de partícipe según el artículo 25(3)(d) del ECPI. Lo anterior, por un crimen de lesa humanidad (homicidio) y cuatro crímenes de guerra (homicidio, ataque contra la población civil, destrucción de propiedad y pillaje) cometidos el 24 de febrero de 2003 durante un ataque al pueblo de Bogoro en el distrito de Ituri en la República Democrática del Congo (“RDC”). La SPI II absolvió a Katanga de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de abuso y esclavitud sexual, y del crimen de guerra de uso de menores de 15 años para participar activamente en hostilidades.¹

El 23 de mayo de 2014, la SPI II por mayoría y con el voto particular de la magistrada Van den Wyngaert, condenó a Katanga a 12 años de prisión.²

El 25 de junio de 2014, la Defensa de Katanga y la Fiscalía desistieron de sus apelaciones contra el fallo que, en consecuencia, quedó en firme.

El 24 de marzo de 2017, la SPI II emitió una Orden de Reparaciones individuales y colectivas a favor de las víctimas de los crímenes cometidos por Katanga.³

En virtud de la situación de indigencia del condenado, el Fondo Fiduciario para las Víctimas (“FFV”) fue invitado a considerar el uso de sus recursos para las reparaciones del caso y a presentar un plan de implementación. En mayo del mismo año, la Junta Directiva del FFV decidió proveer 1 millón de USD para las reparaciones reconocidas a las víctimas en el caso Katanga, cubriendo el monto total ordenado por la SPI II. El FFV también recibió la donación de 200.000 euros del gobierno de los Países Bajos, que expresamente preveía

1 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, March 7, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3436-tENG.

2 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr.

3 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial II, *Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*, March 24, 2017, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3728-tENG.

su utilización para financiar el costo de las reparaciones individuales. El 25 de julio siguiente, el FFV presentó a la SPI II su plan de implementación.⁴

El 8 de marzo de 2018, la SA confirmó la Orden de Reparaciones en el caso.⁵

La Orden de Reparaciones

La Orden de Reparaciones en el caso Katanga constituye una de las primeras y más significativas decisiones en la incipiente práctica de la CPI en materia de reparaciones, solo precedida por la decisión adoptada en el caso Lubanga,⁶ que fue modificada parcialmente por la SA.⁷

La Orden en el caso Katanga se basa en los principios y en el derecho procesal y sustantivo aplicados en el caso Lubanga, pero elabora por primera vez ciertos aspectos del sistema de reparaciones de la CPI, tales como la cuantificación del daño sufrido por las víctimas y la concesión de compensaciones individuales.

En particular, la SPI II considera que los siguientes principios, establecidos por la SA en el caso Lubanga con base en el derecho internacional de los derechos humanos, son también aplicables en el caso Katanga: la humanidad y la dignidad, la igualdad de trato, la inclusión, la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la privacidad de las víctimas y la no discriminación.⁸ De esta manera, para la SPI II, las órdenes de reparación en virtud del art. 75 del ECPI han de dictarse contra el condenado y tienen que tener el siguiente contenido: establecer e informar al condenado de su responsabilidad, indicar el tipo o tipos de reparación (individual/colectiva), definir el daño infligido a las víctimas directas e indirectas como resultado de los crímenes objeto de la condena, determinar las modalidades de reparación e identificar a las víctimas que pueden beneficiarse de las indemnizaciones (o establecer los criterios de elegibilidad).⁹

4 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Public redacted document Draft implementation plan relevant to Trial Chamber II's order for reparations of 24 March 2017* (ICC-01/04-01/07-3728), July 25, 2017, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3751-Red.

5 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Appeals Chamber, *Public redacted Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute"*, March 9, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3778-Red.

6 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision Establishing the Principles and Procedures to be Applied to Reparations*, August 7, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2904.

7 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Chamber, *Order for Reparations (amended)*, March 3, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-3129-AnxA.

8 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*, *supra* no. 24, para. 30.

9 *Ibid.*, para. 31.

A diferencia del caso Lubanga, la SPI II ha evaluado cada una de las 341 solicitudes de reparación, concediendo indemnizaciones a 297 víctimas.¹⁰ En este sentido, la Sala considera que, a efectos de la reparación, tienen la condición de víctimas quienes han sufrido un daño como resultado de cualquier crimen de la competencia de la CPI que es objeto de la condena. Aunque el daño debe haber sido sufrido personalmente, las reparaciones pueden ser concedidas tanto a las víctimas directas como a las indirectas (siendo estas últimas las que experimentan un perjuicio como resultado del daño ocasionado a una víctima directa).¹¹

En cuanto a los criterios probatorios, los solicitantes de reparaciones deben probar su identidad y el vínculo causal entre el daño sufrido y el crimen o crímenes por los que es condenado el acusado. Es importante destacar que la SPI II ha reconocido que las víctimas pueden tener problemas para acceder a los elementos de prueba relativos al daño sufrido, debido a la destrucción o pérdida de documentos durante el ataque y al tiempo transcurrido (14 años) desde que ocurrieron los hechos. En consecuencia, para la Sala, el estándar aplicable es el del “equilibrio de probabilidades” en lugar del de “más allá de toda duda razonable” (que es más exigente). Para llegar a esta conclusión, la Sala se ha basado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CtIDH”) y de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (“SETC”).¹² Además, con fundamento en la propia jurisprudencia de la CtIDH, el Programa Alemán de Indemnización por Trabajos Forzados y la Comisión de Indemnización de las NU, la SPI II considera que el uso de presunciones y pruebas indirectas para establecer ciertos hechos es también apropiado.¹³

La SPI II ha considerado diversos tipos de daños, como los materiales, los físicos y los psicológicos. Las reclamaciones sobre *daños materiales* se refieren a la destrucción de viviendas, anexos y edificios de oficinas, la destrucción o saqueo de muebles, objetos personales y mercancías, el saqueo de ganado y cultivos, la destrucción de campos y la destrucción del patrimonio familiar. Para *todas las reclamaciones por daños materiales*, la SPI II ha establecido como test de procedencia la determinación sobre: (i) si el daño está relacionado con los crímenes por los que Katanga ha sido condenado; (ii) si los elementos de prueba sustentan dichas reclamaciones; y (iii) el alcance apropiado de la consiguiente reparación.

En el caso de las *reclamaciones relativas a la destrucción de viviendas, anexos y edificios de oficinas/empresas*, la Sala ha entendido que los daños

10 *Ibid.*, para. 33.

11 *Ibid.*, paras. 35, 37.

12 *Ibid.*, paras. 48-50.

13 *Ibid.*, paras. 57-61.

fueron ocasionados durante el ataque, que los demandantes han aportado pruebas de que eran propietarios de los edificios, y en consecuencia que la reparación es apropiada. Por su parte, en el caso de las *reclamaciones relativas a la destrucción/pillaje de muebles, objetos personales y mercancías*, la SPI II ha afirmado que existe una conexión entre los supuestos daños y el ataque. De esta manera, si bien se ha cuestionado la capacidad de los demandantes para demostrar la cantidad y el tipo de artículos destruidos, la Sala ha reconocido la presunción de que la propiedad destruida pertenecía a quienes la usaban en el momento en el que se llevó a cabo el ataque a Bogoro.

En el caso de las *reclamaciones relativas al saqueo de ganado y cultivos y la destrucción de campos*, la Sala ha encontrado un *nexo causal* entre los daños y los crímenes cometidos. En consecuencia, ha reconocido que la agricultura era un aspecto importante para la supervivencia personal y comercial de muchos de los habitantes en Bogoro. De este modo, si bien ha sido difícil establecer la propiedad agrícola a nivel individual, la Sala ha aceptado la presunción de que cuando alguien era propietario de una vivienda, existía también un interés agrícola. Además, la SPI II ha señalado que, para probar el interés agrícola, es suficiente que existan pruebas que indiquen que las víctimas utilizaban la agricultura para el consumo individual. Por último, la SPI II ha subrayado que carece de jurisdicción sobre la cuestión relativa a la destrucción del patrimonio familiar, ya que es principalmente una cuestión de derecho congolés.

En cuanto a las *reclamaciones por daños físicos*, la Sala considera que provocar este tipo de daños era parte del plan para atacar Bogoro y que muchos de los sobrevivientes han sufrido lesiones duraderas de esta naturaleza. Además, para la Sala, las solicitudes presentadas son en general adecuadas porque en su mayoría se encuentran corroboradas por informes médicos.

En relación a las *reclamaciones por daños psicológicos*, las víctimas han alegado que han padecido este tipo de daño a causa de: (a) la muerte de uno de los padres en el ataque; (b) la experiencia traumática del ataque; (c) el daño transgeneracional; y (d) la pérdida de la forma y oportunidades de vida y el desplazamiento forzado.

Las solicitudes basadas en el *daño por la muerte en el ataque de uno de los padres* (u otro miembro de la familia, dada la estructura social en Bogoro) ha planteado la cuestión fundamental sobre si es posible conceder reparaciones por daños indirectos. La Sala ha respondido afirmativamente al considerar que las reparaciones son apropiadas, siempre y cuando las víctimas puedan demostrar que: (a) el daño psicológico es resultado directo de la muerte de uno de los progenitores (o de un miembro de la familia); (b) existía una conexión familiar directa y una relación personal con el fallecido; y (c) su muerte fue resultado del ataque a Bogoro.

En cuanto a los *daños psicológicos individuales por la experiencia del ataque*, la Sala ha afirmado la brutalidad del ataque a Bogoro, así como su potencial para causar daños psicológicos. Además, ha señalado que estar presente en el ataque es, en sí mismo, suficiente para establecer una presunción de trauma personal.

En cuanto a los *daños transgeneracionales*, la Sala no ha encontrado un vínculo causal suficiente entre los crímenes cometidos y las alegaciones de daños psicológicos transmitidos a la segunda generación (los hijos) de las víctimas.

Las víctimas han solicitado también reparaciones por los daños físicos y psicológicos derivados de (a) las violaciones y la violencia sexual padecidas durante el ataque a Bogoro; y (b) su condición de niños/as soldado. Sin embargo, como Katanga no ha sido condenado por estos crímenes, la Sala no ha aceptado estas solicitudes.

En cuanto a la valoración de los daños, la Sala entiende que la fecha en la que debe realizarse la valoración es la de emisión de la sentencia. Además, para la cuantificación económica de los daños, la SPI II ha creado un sistema dual en el que los daños materiales se valoran en función del lugar en el que se producen, mientras que los daños físicos y psicológicos tienen un mismo valor universal por estar relacionados con los intereses de la humanidad.¹⁴

En relación con el tipo de reparaciones previstas, hay que subrayar dos aspectos importantes: (a) la discusión sobre el alcance conceptual de las reparaciones individuales y colectivas; y (b) el principio de que ambos tipos de reparaciones no se excluyen mutuamente y pueden por tanto concederse conjuntamente.¹⁵

Con respecto a las reparaciones colectivas, la SPI II subraya que pueden adoptarse para favorecer a cualquiera de los siguientes grupos: (a) un grupo étnico, racial, social, político o religioso preexistente al delito; o (b) un grupo identificado con posterioridad al daño colectivo a partir de los delitos objeto de la condena.¹⁶ Así mismo, para la Sala, las reparaciones colectivas evitan la estigmatización, responden a las necesidades comunes y a la complejidad de los daños de las distintas víctimas y promueven la reconciliación.

Por su parte, según la SPI II, las reparaciones individuales evitan que las víctimas se sientan excluidas o marginadas, las reconocen individualmente y les permiten recuperar su autonomía y tomar sus propias decisiones en función de sus necesidades reales.¹⁷

Fruto de lo anterior, la Sala, al conceder las reparaciones, ha seguido la siguiente metodología. En cuanto a las *reparaciones individuales*, la Sala se ha centrado en la indemnización. En particular, ha determinado, por primera vez,

14 *Ibid.*, para. 230.

15 *Ibid.*, para. 270.

16 *Ibid.*, para. 274.

17 *Ibid.*, paras. 284, 285, 289.

cuantitativamente el daño sufrido por cada víctima de la siguiente manera: (a) 50 a 3000 USD por los daños materiales, incluidos los daños a las casas, los negocios, el ganado y los campos/cosechas; (b) 250 USD por los daños físicos sufridos por heridas de bala; (c) 8000 USD por los daños psicológicos derivados de la pérdida de un familiar cercano; (d) 4000 USD por este último tipo de daños como consecuencia de la pérdida de un familiar lejano; y (e) 2000 USD por los daños relacionados con la experiencia del ataque.¹⁸

Como resultado, el valor total de los daños infligidos a las víctimas se ha cuantificado en 3.752.620 USD, considerando la SPI II que Katanga es personalmente responsable por 1 millón de USD.¹⁹ Sin embargo, debido a la falta de recursos, la Sala solo ha concedido una *cantidad simbólica* de 250 USD a cada víctima, aunque ha reconocido que esta cantidad no compensa totalmente el daño sufrido, sino que sólo contribuye a aliviarlo, ayudando a las víctimas a ser económicamente autónomas.

En cuanto a las *reparaciones colectivas*, la Sala ha concedido medidas de apoyo a la vivienda, a actividades generadoras de ingresos, a la educación y al bienestar psicológico.²⁰ Conforme al Proyecto de Plan de Implementación presentado por el FFV, estas medidas pueden consistir en: (a) la construcción de un hogar con el mobiliario básico, la ampliación de la vivienda actual, la compra de un terreno o la ayuda para el pago del alquiler (*ayuda a la vivienda*); (b) el pago de las tasas de la escuela primaria o secundaria y los costos relacionados con los hijos de las víctimas (*ayuda a la educación*); (c) *actividades generadoras de ingresos*, como el pago de la matrícula de la enseñanza universitaria, la formación profesional en pequeñas empresas dedicadas a la confección y a la conducción de taxis, la cría de animales, la agricultura y la pesca (la formación en el desarrollo de planes de negocio y el suministro de kits empresariales -como máquinas de coser y materiales para la confección de ropa, o ganado, semillas y herramientas agrícolas- son otras opciones); y (d) la *rehabilitación psicológica*, que puede incluir sesiones de terapia individual enfocado en el trauma y sesiones de terapia grupal.

A efectos de la implementación de las indemnizaciones, el FFV clasifica a las víctimas según el daño que han sufrido: (1) pérdida de la vivienda y del ganado; (2) pérdida de la vivienda o de material equivalente; (3) pérdida de un familiar directo; (4) pérdida de artículos personales y de material menor; y (5) daño moral general. Aplicando dichas categorías a la situación de cada víctima, en términos de actividades generadoras de ingresos, las víctimas que han sufrido amplias pérdidas familiares (más de cinco familiares directos) han

18 *Ibid.*, para. 239.

19 *Ibid.*, paras, 239, 264.

20 *Ibid.*, para. 302.

recibido dos vacas y un kit veterinario, mientras que las familias que solo han sufrido daños generales han recibido una sola vaca. Además, las víctimas que no tienen menores a su cargo y que no se pueden beneficiar de la ayuda a la educación pueden optar por “completar” las modalidades de ayuda a la vivienda o las actividades generadoras de ingresos. Del mismo modo, las víctimas que necesitan mantener a más hijos en la escuela pueden renunciar a la ayuda a la vivienda o a las actividades generadoras de ingresos para que más hijos se beneficien de la educación. Por último, un asesor financiero aconseja a las víctimas sobre los medios para recibir de forma rápida y confidencial el monto de 250 USD, y así poder utilizarlo.

Aunque las actuales actividades colectivas de reparación se siguen llevando a cabo de forma confidencial para preservar la seguridad y el bienestar de los beneficiarios, a mediados de 2019, el FFV había desembolsado por completo las indemnizaciones individuales. Además, a finales de 2020 finalizó la ejecución tanto del programa de asistencia educativa como de las actividades generadoras de ingresos. Finalmente, en lo que atañe a la asistencia en materia de vivienda y al apoyo psicológico, el FFV sigue trabajando estrechamente con los abogados de las víctimas y con la Secretaría de la CPI para encontrar soluciones adecuadas.

En definitiva, si bien la Orden de Reparaciones en el caso Katanga constituye un paso importante en el desarrollo del sistema de reparación de la CPI, no es menos cierto que la fase de implementación muestra que aún quedan importantes desafíos por superar: la falta de recursos, el retraso en la ejecución y las dificultades vinculadas a la todavía volátil situación de seguridad en la región de Ituri.

Por ello, siendo el mandato de reparación de la CPI un componente crucial para dar voz a las víctimas y permitirles ejercer sus derechos dentro del sistema de justicia internacional penal, y reflejando la promesa de reparaciones recogida en el art. 75 del ECPI el consenso de la comunidad internacional sobre su carácter esencial para hacer frente a las terribles consecuencias experimentadas por las víctimas de crímenes internacionales y de violaciones graves de los derechos humanos, es necesario realizar los mayores esfuerzos para encontrar una forma más eficiente y oportuna de llevar a cabo las reparaciones.

La Haya, 1 de julio de 2021

Paolina Massidda

Abogada Principal, Oficina de Defensoría Pública de Víctimas (OPCV)
Corte Penal Internacional

Foreword

Volume 3 of the International Law Clinic Reports (ILCR) presents the research work carried out during the 2019-2020 period by the International Law Clinic, which has been developed since 2013 based upon the cooperation between the ICC Office of Public Counsel for Victims (OPCV), the Faculty of Law of the *Universidad del Rosario* (Colombia) and the Ibero-American Institute of The Hague for Peace, Human Rights and International Justice (The Netherlands). As can be seen in the quality of the research presented, the International Law Clinic continues to offer outstanding academic results at a time when we are on the eve of the tenth anniversary of its creation.

This volume addresses issues that have arisen within the framework of two cases of particular relevance to the ICC in recent years: (a) the case against Laurent Gbagbo and Charles Blé Goude, who, during the period in which the events for which they were accused took place, served, respectively, as President and Minister of Youth of Ivory Coast (*Côte d'Ivoire*); and (b) the case against Dominic Ongwen. Despite being kidnapped when he was a child by the LRA in Northern Uganda, Ongwen rose progressively through the organization until he became one of its main commanders between 2002 and 2005. It was during this period that the crimes for which he was convicted on February 4th, 2021, were committed.

In relation to the issues that are the subject of the different chapters in this volume, the variety of thematic areas addressed provides a good example of the versatility of the research carried out by the International Law Clinic. Thus, chapters 1 and 5 analyze the content and nature of the requirements set forth under Article 74 (5) of the ICC Statute. Particular attention is paid to the question regarding the degree of bindingness of these requirements in relation to no case to answer decisions issued by ICC Chambers. This is a particularly relevant issue for the Gbagbo and Blé Goudé case, if we consider that the case ended precisely through a no case to answer decision issued by TC I on January 15th, 2019. This decision was later confirmed by the AC on March 31st, 2021.

Chapters 2 and 6 are also devoted to certain procedural issues that have arisen in relation to the aforementioned no case to answer decision in the Gbagbo and Blé Goudé case. Among the specific issues addressed, the following three especially stand out: (a) whether the TCs have the power to define the applicable standard of evidence after having issued their decisions;

(b) whether the principles of fair trial and expeditiousness of the proceedings are only to the benefit of the accused; and (c) the determination of the instances in which a declaration of mistrial is appropriate.

To answer these questions, a broad analysis is undertaken of the jurisprudence issued to date by the ICC, the ICTY, ICTR, several hybrid tribunals such as the ECCC, the STL and the SCSL, the HRC, the ECtHR and IACtHR.

In contrast to the previous chapters, chapters 3 and 7 focus their attention on the system for determining penalties contained in Article 78 of the ICC Statute and in Rule 145 of the ICC Rules of Procedure and Evidence. In particular, these chapters address the question of whether being a former child soldier, as Dominic Ongwen, is a circumstance relevant to the determination of the sentence, because it constitutes one of the aggravating or mitigating circumstances provided for in section (2) of Rule 145, or because it is a condition to be considered in the individualization of the penalty. To address this issue, a detailed analysis is carried out of the main sentencing decisions issued to date by the ICC and the SCSL.

Finally, chapters 4 and 8 focus their attention on national legal systems for the determination of sentence. They study the treatment that national systems grant to those who being child soldier at the time of the commission of the crimes for which they are convicted or prior to their commission (especially when, as in the Ongwen case, the crimes for which he was convicted were committed years later, during adulthood). The analysis carried out to address this last question includes several national jurisdictions of the Romano-Germanic and Common Law traditions on different continents, including Egypt, Kenya and South Africa in Africa, El Salvador, Peru and the United States in America and Germany, Hungary and Spain in Europe. In addition, particular attention is paid to the United Kingdom (given its strong ties with Uganda) and national jurisdictions, such as Colombia, Uganda and The Philippines, in which transitional justice systems have been established that provide for special measures for recruited minors.

At this point I can only invite the reader to enter with a critical spirit in the reading of this new volume of the ILCR, which is an important contribution, with broad perspectives, to the study of ICL.

The Hague (The Netherlands), June 30th, 2021

Renán Villacís Cuesta

Director

Secretariat of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the
International Criminal Court

El volumen 3 de *Informes de la Clínica Jurídica Internacional* (ILCR) presenta los trabajos de investigación realizados durante el período 2019-2020 por la Clínica Jurídica Internacional, desarrollada desde 2013 con base en la cooperación entre la Oficina de Defensoría Pública de Víctimas de la CPI, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) y el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Como se puede observar en la calidad de los trabajos que se presentan, la Clínica Jurídica Internacional continúa ofreciendo unos resultados académicos sobresalientes cuando estamos en vísperas de que se cumplan diez años desde su creación.

El presente volumen aborda cuestiones surgidas en el marco de dos casos de particular relevancia para la CPI en los últimos años: (a) el caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goude, quienes durante el período en que se produjeron los hechos por los que fueron acusados se desempeñaron, respectivamente, como presidente y ministro de la juventud de Costa de Marfil (*Côte d'Ivoire*); y (b) el caso contra Dominic Ongwen, quien, a pesar de ser secuestrado cuando era un niño por el ERS en el norte de Uganda, fue escalando progresivamente en la organización, hasta convertirse en uno de sus principales comandantes entre 2002-2005 (período en el que se cometieron los crímenes por los que fue condenado el 4 de febrero de 2021).

En relación con las cuestiones objeto de los distintos capítulos del presente volumen, llama la atención la variedad de las áreas temáticas abordadas, lo que da buena muestra de la versatilidad en la investigación desarrollada por la Clínica Jurídica Internacional. Así, los capítulos 1 y 5 analizan el contenido y la naturaleza de los requisitos previstos en el artículo 74(5) del Estatuto de la CPI, con particular atención a la cuestión relativa al grado de vinculatoriedad de estos requisitos en relación con las decisiones de sobreseimiento dictadas por las Salas de la CPI. Se trata esta de una cuestión particularmente relevante para el caso Gbagbo y Blé Goudé, si tenemos en cuenta que el mismo finalizó precisamente a través de una decisión de sobreseimiento dictada por la SPI I el 15 de enero de 2019, que fue posteriormente confirmada por la SA el 31 de marzo de 2021.

Los capítulos 2 y 6 se dedican también a ciertas cuestiones procesales surgidas en relación con la mencionada decisión de sobreseimiento en el caso Gbagbo y Blé Goudé. Entre las cuestiones abordadas, destacan especialmente las tres siguientes: (a) si las SPIs tienen la facultad para definir el estándar

de prueba aplicable después de emitir sus decisiones; (b) si los principios procesales del juicio justo y la celeridad en las actuaciones son solo en beneficio del acusado; y (c) la determinación de los casos en los es apropiada la declaración de la nulidad del juicio oral o “*mistrial*”.

Para responder a estas preguntas, se realiza un amplio análisis de la jurisprudencia emitida hasta el momento por la CPI, el TPIY, el TPIR, varios tribunales híbridos como las SETC, el TEL y el TESL, el CDH, el TEDH y la CtIDH

En contraste con los capítulos anteriores, los capítulos 3 y 7 centran su atención en el sistema de determinación de las penas recogido en el artículo 78 del Estatuto de la CPI y en la regla 145 de sus Reglas de Procedimiento y Prueba. En particular, estos capítulos abordan el interrogante sobre si ser un ex niño soldado, como Dominic Ongwen, constituye una circunstancia relevante en la determinación de la pena, porque configura una de las circunstancias agravantes o atenuantes previstas en el apartado (2) de la regla 145, o porque se trata de una condición a tener en cuenta en la individualización de la pena. Para abordar esta cuestión, se realiza un análisis pormenorizado de las principales decisiones de imposición de pena dictadas hasta el momento por la CPI y el TESL.

Finalmente, los capítulos 4 y 8 centran su atención en los sistemas nacionales de determinación de la pena, con el fin de estudiar el tratamiento que los mismos otorgan a ser un niño soldado al momento de cometerse los crímenes objeto de la condena o con anterioridad a su comisión (especialmente cuando, como en el caso Ongwen, los delitos por los que se es condenado se cometen años después, durante la edad adulta). El análisis realizado para abordar esta última cuestión incluye varias jurisdicciones nacionales de tradición romano-germánica y de derecho común en diferentes continentes, incluyendo Egipto, Kenia y Sudáfrica en África, El Salvador, Perú y los Estados Unidos en América y Alemania, Hungría y España en Europa. Además, se pone particular atención en el Reino Unido (debido a sus estrechos vínculos con Uganda) y en aquellas jurisdicciones nacionales, como Colombia, Uganda y Filipinas, en las que se han establecido sistemas de justicia transicional que prevén medidas especiales para los menores reclutados.

Llegados a este momento no me queda sino invitar al lector para que se adentre con espíritu crítico en la lectura de este nuevo volumen de los ILCR, que constituye un importante aporte, con perspectivas amplias, al estudio del DIP.

En La Haya (Países Bajos), a 30 de junio de 2021,

Renán Villacís Cuesta

Director

Secretaria de la Asamblea de Estados Parte del
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

PART I

ENGLISH VERSION

1. Content and Mandatory Nature of the Requirements Under Article 74 (5) of the Statute of the International Criminal Court in Relation to No Case to Answer Decisions*

1.1. Introduction

This chapter analyses the question of whether no case to answer ('NCTA') decisions rendered by the ICC TCs at the conclusion of the presentation of the Prosecution's evidence at trial (on the grounds that, even if the highest possible probative value were attributed to that evidence, it would be insufficient to meet the 'beyond reasonable doubt' standard with respect to the guilt of the accused), must comply with the requirements of Art. 74(5) of the ICC Statute. According to this provision, '[t]he decision shall be in writing and shall contain a full and reasoned statement of the Trial Chamber's findings on the evidence and conclusions. The Trial Chamber shall issue one decision. When there is no unanimity, the Trial Chamber's decision shall contain the views of the majority and the minority. The decision or a summary thereof shall be delivered in open court.'

Based on the content of Art. 74(5) of the ICC Statute, authors such as Terrier consider that this provision requires the TC to issue its judgment in writing, which must contain a full and reasoned statement of the evidence, the facts proved and the conclusions reached, as well as a clear response to the charges presented by the Prosecution and to the requests made by the Defence.¹ According to Terrier, considering that its central objective is to explain to the parties and the general public the reasons that lead the TC to make its judgment, the reasoning must be: (i) based on demonstrative logic;

* This chapter was written between September 2019 and April 2020 by the following members of the 2019 International Law Clinic: Sofía Campos Sánchez, María Fernanda Jaramillo Gómez, Sofía Linares Botero and Sara Paula Mosquera López. The research was conducted under the supervision of Prof. Héctor Olasolo and with the support of Clara Esperanza Hernández Cortés.

1 Terrier, F. (2002), 'The Procedure before the Trial Chamber'. In Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, Oxford University Press, Vol. II., Cap. 31.2.

(ii) without contradictions; and (iii) precise and complete. In addition, it must not leave any of the arguments raised by the parties unresolved.²

Other authors, such as Klamberg, emphasize that Art. 74(5) of the ICC Statute is one of the few procedural aspects of ICC proceedings that is regulated in detail. This is to satisfy the principles of public hearing, fairness and the right to appeal.³ As a result, while other procedural issues (e.g., the presentation of evidence) are left to the discretion of the TC, all the requirements of Art. 74(5) of the ICC Statute are of a binding nature.⁴ Moreover, for Klamberg, while Art. 23 of the ICTYS and Art. 22 of the ICTRS refer specifically to ‘judgments’, Art. 74(5) of the ICC Statute uses the term ‘decision’,⁵ which may be understood to include, *inter alia*, NCTA decisions issued by the ICC TCs.

Nevertheless, the ICC’s jurisprudence on Art. 74(5) of the ICC Statute has so far only addressed: (a) the binding nature of the second requirement under Art. 74(5) (the TC’s obligation to provide a full and reasoned account of its evaluation of the evidence and its conclusions); and (b) how non-compliance with it constitutes a procedural error. These issues have been addressed by the AC in the case against Jean Pierre Bemba. Nevertheless, there is no ICC ruling on whether this second requirement applies only to judgments, or is also applicable to all, or some, interlocutory decisions, such as NCTA decisions.

In light of the foregoing, sections 2 to 4 of this chapter address the requirements under Art. 74(5) of the ICC Statute, namely: (a) that the decision shall be in writing (section 2); (b) that the decision shall include a reasoned and complete statement of the findings on the evidence and the conclusions reached (section 3); and (c) that the decision shall include the majority and minority opinions, and shall be delivered, or a summary thereof, in open court (section 4). For this purpose and considering Art. 21(1)(b) and (3) of the ICC Statute, the jurisprudence of the ICC, the ICTY, the ICTR, the HRC, the ECtHR and the IACtHR is analysed.

2 *Ibid.*, para. 1315E.

3 Klamberg, M. (2017), *Commentary on the Law of the International Criminal Court.*, Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher. pp. 565-569.

4 *Ibid.*, p. 554.

5 *Ibid.*, p. 555.

1.2. The decision shall be in writing

1.2.1. The International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda

The first requirement under Art. 74(5) of the ICC Statute is that ‘the decision shall be in writing’. A similar provision is contained in relation to judgments in Art. 23 of the ICTYS, Rule 98 Ter (c) of the ICTY RPE, Art. 22 of the ICTRS and Rule 88 (c) of the ICTR RPE. Similar provisions can also be found for appellate proceedings in Rules 117(b) of the ICTY RPE and 118(b) of the ICTR RPE.

When addressing this requirement, the jurisprudence of the ICTY and the ICTR has affirmed that a written judgment is needed to guarantee that the judgment rendered fulfils the requirement of a reasoned opinion.⁶

Furthermore, the ICTY AC in the Kvočka case determined that the TC is required to make findings of facts, which are essential to a determination of guilt on a particular count.⁷ This could include NCTA decisions issued by TCs because they are essential for the determination of criminal responsibility, given that its main effect is to end the trial due to the insufficient evidence put forward by the Prosecution during its case to prove the criminal liability of the accused.

1.2.2. The Human Rights Committee

Art. 14(1) of the ICCPR provides for the right to ‘a fair and public hearing’. Nevertheless, neither this provision, nor HRC’s General Comment 32 on Art. 14 of the ICCPR, refer explicitly to the oral or written nature of judgments and other decisions.

The requirement for decisions to be delivered in writing can only be explicitly found in Art. 14(3) of the ICCPR in relation to the accused’s right to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him. In this context, the HRC highlights in its General Comment 32 that this requirement can be met by stating the charge either orally - if later confirmed in writing - or in writing, provided

6 ICTR, the Prosecutor v. Kayishema, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1-A, para. 165; ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija., Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A, para. 69.

7 ICTY, the Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber, *Judgment*, February 28, 2001, Case No.: IT-98-30/1-A, para. 286.

that the information indicates both the law and the alleged general facts on which the charge is based.⁸

Moreover, in *Pratt and Morgan v. Jamaica* (Communication Num. 210/1986), where a Jamaican Appeals Court did not disclose the reasons why it dismissed the applicants' appeal until almost four years later, the HRC found undue delay in the judicial proceedings that constituted a violation of the applicants' rights to be tried within a reasonable period.

The HRC agreed with the applicants that the delay of the Jamaican Appeals Court to formulate its decision and its reasons in writing could be the cause of serious injustice because it prevented the applicants from exercising their right to appeal before the *Privy Council*. As a result, for the HRC, the appropriate remedy for the violation of Arts. 7 and 14 of the ICCPR was to commute the sentence.⁹

1.2.3. The European Court of Human Rights

The ECtHR has stated that State Parties ought to comply with the requirements established under Art. 6 of the ECHR on the right to a fair trial. According to the ECtHR, there is no specific requirement under this provision that judgments or other decisions be delivered in writing. Moreover, State Parties to the ECHR enjoy a wide margin of discretion in the way in which they comply with their obligations under the ECHR.

Nevertheless, the ECtHR, in the case of *Cerovšek & Božičnik v. Slovenia* (2017), found that, according to national legislation (Slovenian penal and procedural laws and regulations), any Slovenian Court that conducts a trial and examines the evidence must provide a written judgment in which the grounds that justify the verdict are addressed.¹⁰ As no written reason was provided for almost three years, the ECtHR found that Slovenia had breached the applicants' right to a fair trial. As a result, the ECtHR declared that Slovenian Higher Courts should have ordered a retrial and should have remitted the case to the first-instance court for a new hearing. Nevertheless, as Slovenian Higher Courts did not provide for a proper remedy to overcome the violation, and since the sentence had already been served by the applicants, the ECtHR ordered Slovenia to pay each of the applicants the sum of 5.000 Euros for

8 HRC, *General Comment No. 32 (2007) - Art. 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, August 23, 2007, UN Doc.: CCPR/C/GC/32, para. 31.

9 HRC, *Pratt & Morgan v. Jamaica, Communication No. 210/1986*, April 6, 1989, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/210/1986.

10 ECtHR, *Cerovšek & Božičnik v. Slovenia*, Judgment, March 7, 2017, para. 43.

non-pecuniary damage and 2.500 Euros for the legal costs of the proceedings held before the ECtHR.¹¹

As a consequence, according to the ECtHR, when determining the fairness of a process, it is essential to consider the proceedings as a whole, in light of the specific national statutory requirements, the circumstances of the case¹² and the decisions of the Appeals Courts.¹³ Thus, if there is a statutory provision requiring a judgment - or even an interlocutory decision - to be in writing, national tribunals must comply with that requisite, in order to ensure the proper administration of justice and prevent arbitrariness.

1.2.4. The Inter-American Court of Human Rights

According to Art. 8(1) of the ACHR, '[e]very person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labour, fiscal, or any other nature.'

The IACtHR has interpreted this provision in relation to the requisite of providing judgements and other decisions in writing in the *Claude-Reyes et al. v. Chile* case (2006).¹⁴ According to the facts of the case, the applicants formally requested in 1998 to the Vice-President of the Foreign Investment Committee ('the Committee'), a Chilean State body, to provide information on *inter alia*: (i) whether the Vice-President of the Committee had requested from all companies in the public and private sectors the reports required for the fulfilment of the Committee's mandate; and (ii) any infraction or crime committed by companies coming under the oversight of the Committee.¹⁵ The Vice-President of the Committee refused to provide such information. Moreover, he also refused to provide, at the request of the applicants,¹⁶ a reasoned written decision explaining why he refused to provide the information requested by the applicants.¹⁷

Based on the above-mentioned, the IACtHR found that by not providing a written and reasoned decision, the applicants' rights under Art. 8(1) of the ACHR had been breached by Chile. Thus, for the IACtHR, the decision

11 *Ibid.*, para. 45.

12 ECtHR, *Ruiz Torrija v. Spain*, Judgment, December 9, 1994, para. 29.

13 ECtHR, *Cerovšek & Božičnik v. Slovenia*, *supra* n. 10, para. 37.

14 IACtHR, *Claude-Reyes et al. v. Chile*, *Judgment of 19 September, 2006 (Merits, Reparations and Costs)*, September 19, 2006.

15 *Ibid.*, para. 57.13.

16 *Ibid.*, para. 57.16.

17 *Ibid.*, para. 122.

of the Vice-President of the Committee was arbitrary and unfounded, and therefore did not comply with the guarantee that every decision must be duly justified, protected by Art. 8(1).¹⁸ As a result, the IACtHR condemned Chile to repair the applicants' non-pecuniary damages by: (i) providing the information requested by the applicants, if appropriate, or adopting a reasoned decision in this regard; (ii) publishing in the official gazette and in another newspaper with extensive circulation, the chapter on 'Established Facts' of the IACtHR's decision in this case; (iii) adopting the necessary measures to ensure the right of access to State-held information; and (iv) providing to public entities, authorities and agents responsible for deciding on requests for access to State-held information training on the law and regulations governing this right.¹⁹

In reaching its decision, the IACtHR found that Art. 8(1) of the ACHR requires that all decisions made by domestic bodies must be delivered in a written form, regardless of the nature of the decision or of the State body making it.

1.3. The decision shall contain a full and reasoned statement of the findings on the evidence and conclusions reached

1.3.1. The International Criminal Court

The second requirement under Art. 74(5) of the ICC Statute is that 'the decision [...] shall contain a full and reasoned statement of the Trial Chamber's findings on the evidence and conclusions.' In the Bemba Appeals Judgement, the ICC AC has affirmed that Art. 74(5) of the ICC Statute requires the TC to provide a full and reasoned statement on its findings on the evidence and conclusions.²⁰ For the ICC AC, the TC's obligation aims at protecting the rights of the parties to appeal the trial judgment, as this right can only be properly exercised when the TC provides in a clear way the factual and legal basis of the judgment.²¹ Moreover, the ICC AC has established that, in order to fulfil this requirement, it is not necessary to consider every single factor, but only those factors that were relevant to come to the TC's conclusion.²²

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibid.*, paras. 156 *et seq.*

²⁰ ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chambers III's Judgment pursuant to Art. 74 of the Statute*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red, paras. 49-50.

²¹ *Ibid.*, para. 51.

²² *Ibid.*, para. 49.

According to the ICC AC, if the TC fails to provide a full and reasoned statement on its findings on the evidence and conclusions, it would amount to a procedural error.²³ Nevertheless, the AC has also made clear that the appropriate remedy will depend on the specific circumstances of the case.²⁴ For the ICC AC, when the lack of reasoning is extensive, the AC may decide to order a new trial before a different TC.²⁵ In turn, when the reasoning is merely insufficient, the AC may remand some factual findings to the original TC with instructions to (i) strengthen the reasoning in support of them; and (ii) to then send the judgment back to the AC.

The ICC AC has not addressed the issue of whether the second requirement of Art. 74(5) of the ICC Statute applies only to judgments, or whether it is also applicable to other decisions, such as NCTA decisions.

1.3.2. The International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda

The TC's obligation to provide a full and reasoned statement is also found in relation to judgements in Rules 98 Ter (c) of the ICTY RPE and 88(c) of the ICTR RPE. Similar provisions can also be found for appellate proceedings in Rules 117(b) of the ICTY RPE and 118(b) of the ICTR RPE.

In the *Kuranac et al.* and *Limaj et al.* cases, the ICTY AC has found that a full and reasoned opinion by the TC is a key safeguard for the right to a fair trial, as it ensures the parties' effective exercise of their right to appeal. Therefore, not only judgements, but all decisions relating to the central issues of the case (NCTA decisions would fall within this category), must contain a full and reasoned statement of the TC's findings on the evidence and conclusions.²⁶ In reaching its conclusion, the ICTY AC has taken into consideration the ECtHR's decision in the *Hadjianastassiou v Greece* case (1994).²⁷

In the *Karera* case, the ICTR AC has taken the same approach as the ICTY AC, in that it has explicitly found that '[a] reasoned opinion ensures that the accused can exercise his right of appeal and that the AC can carry out its statutory duty under Art. 24 of the Statute.'²⁸

²³ *Ibid.*, para. 56.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

²⁶ ICTY, the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, June 12, 2002, Case No.: IT-96-23/1 & IT-96-23/1-A, paras. 41-42; ICTY, the Prosecutor v. Fatmir Limaj *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, September 27, 2007, Case No.: IT-03-66-A, para. 81.

²⁷ ECtHR, *Hadjianastassiou v. Greece*, *Judgment*, December 16, 1994, para. 29.

²⁸ ICTR, the Prosecutor v. Francois Karera, Appeals Chamber, *Judgment*, February 2, 2009, Case No.: ICTR-01-74-A, para. 20; ICTR, the Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi, Appeals Chamber, *Judgment*, August 29, 2008, Case No.: ICTR-2000-55A-A, para. 144.

For the ICTR AC in the Ndindiliyimana case, to fulfil the requirements provided for in Art. 22(2) of the ICTR Statute and Rule 88(C) of the ICTR RPE, the TC must ‘set out in a clear and articulated manner the factual and legal findings on the basis of which it reached the decision to convict or acquit an accused. In particular, a TC is required to provide clear, reasoned findings of fact as to each element of the crime charged’.²⁹

The ICTR AC has also highlighted in the Karera case that the reasoned opinion requirement is applicable to all decisions addressing central issues of the case,³⁰ which is clearly consistent with the above-mentioned jurisprudence of the ICTY AC.

1.3.3. The Human Rights Committee

There is one relevant communication before the HRC in relation to the second requirement. In *Lenford Hamilton v. Jamaica* (Communication Num. 333/1988), the HRC found that the lack of a reasoned judgment in writing by a Jamaican Appeals Court violated the applicant’s rights under Art. 14(3)(c) and (5) of the ICCPR, as it materially deprived the applicant from exercising his right to appeal before the *Privy Council*. As a result, for the HRC, the victim was entitled to “an effective remedy entailing his release.”³¹

1.3.4. The European Court of Human Rights

The ECtHR has dealt with the second requirement in several cases, beginning with *Hadjianastassiou v. Greece* case (1992).³² In this case, a Greek aeronautical engineer was sentenced to prison for disclosing military secrets. The Greek Military Appeals Court failed to provide reasons in the judgment, which was read out in a public hearing. The applicant only found the specific reasons for his conviction two months after the public hearing. As a result, for the ECtHR, the applicant’s appeal was bound to fail because he did not possess sufficient elements to prepare a well-grounded appeal.³³ Consequently, the ECtHR found that Greece had breached Art. 6 of the ECHR and was required to provide monetary compensation to the applicant (this was the only remedy granted by

29 ICTR, the Prosecutor v. Augustin Ndindiliyimana *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 11, 2014, Case No.: ICTR-00-56-A, para. 293.

30 *Idem.*

31 HRC, *Lenford Hamilton v. Jamaica*, *Communication No.: 333/1988*, March 25, 1994, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/333/1988.

32 ECtHR, *Hadjianastassiou v. Greece*, *supra* n. 27, para. 28.

33 *Ibid.*, para. 29.

the ECtHR in this case, because the applicant had already served his time in prison, and thus his claim was aimed at obtaining pecuniary compensation).³⁴

The ECtHR has followed its conclusion in more than twenty subsequent cases, including the *Taxquet v. Belgium* (2010)³⁵ and the *Nikolay Genov v. Bulgaria* (2017) cases.³⁶ In this last case, the ECtHR also emphasized that in all judgments of national tribunals must be clear that all essential issues of the case have been addressed.³⁷

Finally, in the *Suominen v. Finland* case,³⁸ the applicant claimed that she did not receive a fair hearing, as she was prevented from presenting all the evidence she requested to be admitted at trial. The Finnish District Court refused to admit the evidence without giving a reasoned written decision. Rather, it simply made an interlocutory oral decision not to accept the evidence at a preparatory hearing.³⁹ For the ECtHR, this constituted a violation of Art. 6 of the ECHR because, although the impugned decision was not a judgment, national tribunals have an obligation to deliver a reasoned decision to allow applicants to effectively exercise their right to appeal against interlocutory decisions.⁴⁰

1.3.5. The Inter-American Court of Human Rights

The IACtHR has dealt with the second requirement in several cases, starting with the *Yatama v. Nicaragua* case (2005).⁴¹ According to the facts of this case, the Yatama indigenous group was not permitted to participate in the 2000 elections in Nicaragua. This decision was made by the Nicaraguan Supreme Electoral Council (a Nicaraguan administrative body) without apparent justification and with no proper notification. It simply issued an unreasoned resolution stating the decision.⁴²

The IACtHR found that Nicaragua failed to duly justify the decision, thus violating the Yatama indigenous group's judicial guarantees and its right to due process.⁴³ As a result, the IACtHR condemned Nicaragua: (i) to compensate the applicants in the amount of USD \$80,000; (ii) to publish the relevant paragraphs of the IACtHR's decision in (a) the official national gazette and in another newspaper with widespread national circulation; and (b) a radio station

³⁴ *Ibid.*, para. 49.

³⁵ ECtHR, *Taxquet v. Belgium*, Judgment, November 16, 2010, para. 23.

³⁶ ECtHR, *Nikolay Genov v. Bulgaria*, Judgment, July 13, 2017, para. 88.

³⁷ *Ibid.*, para. 27.

³⁸ ECtHR, *Suominen v. Finland*, Judgment, July 24, 2003, para. 34.

³⁹ *Ibid.*, para. 25.

⁴⁰ *Ibid.*, paras. 35-37.

⁴¹ IACtHR, *Yatama v. Nicaragua*, Judgment of 23 June, 2005 (*Preliminary Objection and Merits*), June 23, 2005.

⁴² *Ibid.*, para. 154.

⁴³ *Ibid.*, paras. 152, 164.

with broad coverage in the Atlantic Coast region; (iii) to adopt the necessary legislative measures to establish a simple, prompt and effective judicial recourse against the decisions made by the Nicaraguan Supreme Electoral Council (this included the derogation of any norm that could be an obstacle for the effective exercise of such judicial recourse); and (iv) to reform Electoral Act No. 331 of 2000 to ensure that members of indigenous and ethnic communities may participate effectively in electoral processes. Moreover, the IACtHR stated that the judgment also constituted, *per se*, a form of reparation.⁴⁴ The Yatama precedent has been followed by the IACtHR since 2005 in more than fifteen cases,⁴⁵ the last one being the Rico v. Argentina case (2019).⁴⁶

Moreover, over the years, the IACtHR has elaborated, based on the Yatama precedent, the State Parties' duty to state grounds (also known as the 'duty to give reasons'). In this regard, the Apitz Barbera *et al.* v. Venezuela case (2008) is particularly relevant.⁴⁷ According to the facts of the case, the five applicants were appointed in September 2000 by the Judicial Commission of the Supreme Court of Justice of Venezuela as provisional judges for the First Court of Administrative Disputes. Three years later, in October 2003, three of the five judges were deemed by an administrative decision of the said Judicial Commission to have committed a "serious legal error of an inexcusable character" because of approving an application against an administrative decision related to the sale of real estate.⁴⁸ Although no specific grounds were stated for this decision, the applicants were subjected because of it to criminal proceedings, a disciplinary investigation, a precautionary suspension and removal from office.⁴⁹

In this case, the IACtHR considered that Venezuela had failed to comply with its duty to provide reasons to its decisions under Art. 8(1) of the ACHR. This was due to the fact that the administrative decision and the subsequent judicial removal decision should have had a clear motivation, should have referred to the offense committed by the judges and its seriousness, and should have mentioned why the removal measure was proportional to the offense.⁵⁰ Hence, by not complying with this, the IACtHR ordered the reinstatement of the position in favour of the victims, the publication of its decision in a mass dissemination media, the adoption of legislative measures to ensure the due

44 *Ibid.*, paras. 230-260.

45 IACtHR, Chaparro Álvarez & Lapo Íñiguez v. Ecuador, *Judgment of 21 November, 2007 (Preliminary Objection and Merits)*, November 21, 2007; IACtHR, Apitz Barbera et al. ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela, *Judgment of 5 August, 2008 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 5, 2008.

46 IACtHR, Rico v. Argentina, *Judgment of 2 September, 2019 (Preliminary objections and merits)*, September 2, 2019.

47 IACtHR, Apitz Barbera et al. ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela, *supra* no. 45.

48 *Ibid.*, para. 33.

49 *Ibid.*, paras. 77-91, 136.

50 *Ibid.*, paras. 88-89.

exercise of the rights enshrined in the ACHR and the payment of a financial compensation to cover the material and non-material damages, the costs and other expenses within the process.⁵¹

In subsequent cases, such as in the *Chocrón v. Venezuela* case (2011),⁵² the IACtHR has elaborated on the content of the States Parties' duty to state grounds by making clear that State bodies (including national courts) have the obligation to provide in their decisions the facts, the grounds, and the legislation upon which their decisions are grounded, regardless of the nature of the State body that issues the decision.⁵³

According to the IACtHR, the duty to provide reasons is a fundamental one, since it is related to the exteriorization of the reasoned justification that allows a conclusion to be reached. Its fulfilment brings credibility to the decisions of State bodies and shows their lack of arbitrariness in decision making.⁵⁴ Its lack of fulfilment constitutes a violation of the right to due process under Art. 8(1) of the ACHR.⁵⁵

1.4. The requirements to issue a decision that includes majority and minority opinions and to deliver the decision or a summary thereof in open court

1.4.1. The requirement to issue a decision that includes both majority and minority opinions

The third requirement of Art. 74(5) of the ICC Statute provides that '[t]he Trial Chamber shall issue one decision. Where there is no unanimity, the Trial Chamber's decision shall contain the views of the majority and the minority.'

⁵¹ *Ibid.*, paras. 243-260.

⁵² IACtHR, *Chocrón Chocrón v. Venezuela*, *Judgment of 1 July, 2011 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, July 1, 2011, para. 118.

⁵³ In the *Chocrón Chocrón v. Venezuela* case, Mercedes Chocrón Chocrón was appointed as a temporary judge by the Judicial Commission of the Supreme Court of Justice of Venezuela. Nevertheless, after merely three months, the same Commission, through an administrative decision, with no full or reasoned explanation, removed judge Chocrón from her position.

⁵⁴ IACtHR, *Apitz Barbera et al. ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela*, *supra* no. 45, para. 77.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 78.

In this regard, Rules 98 ter (c) and 88 (c) (trial proceedings) and 117(c) and 118(c) (appeals procedure) of the ICTY and ICTR RPE contain the duty of the TC to render a judgment, to which separate opinions and dissenting opinions are appended.

Nevertheless, it is not possible to identify jurisprudence of either of these two tribunals with respect to the content of this requirement. The same situation has arisen in relation to the ICC, the HRC, the ECtHR and the IACtHR.

1.4.2. The requirement to deliver the decision or a summary thereof in open court

The fourth and last requirement of Art. 74(5) of the ICC Statute refers to the fact that '[t]he decision or a summary thereof shall be delivered in open court.'

1.4.2.1. The International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda

Rules 98 Ter (a) and 88(a) of the ICTY and ICTR RPE provide respectively that the judgment must be pronounced in a public hearing, at which the parties and their representatives are entitled to be present and for which they shall be notified in advance. Similar provisions can be found in Rules 117(d) and 118(d) of the ICTY and ICTR RPE, in relation to appeal decisions. Nevertheless, no jurisprudence of the ICTY or the ICTR has been identified where this requirement is expressly discussed.

1.4.2.2. The Human Rights Committee

The HRC analyses in its General Comment No. 32 the link between the obligation of judicial bodies to deliver their judgments and decisions in open court and the interest of the parties to the proceedings that must be protected to guarantee their right to a public hearing. Nevertheless, no specific pronouncement of the HRC on the specific content of this requirement has been identified in contentious cases.

1.4.2.3. The European and Inter-American Courts of Human Rights

The ECtHR has addressed this fourth requirement in several cases, including *Pretto et al. v. Italy* (1983),⁵⁶ *Axen v. Germany* (1983)⁵⁷ and *Ryakib Biryukov v. Russia* (2008).⁵⁸ The latter case is particularly relevant to this chapter. According to the facts of the case, the applicant initiated a suit for damages against a first aid hospital in which he had received treatment, because the medical staff of the hospital failed to provide him with proper medical care, and this negligence caused him to lose an arm. The trial judgment denied his claims but was appealed by the applicant on the grounds that it had not been ‘publicly pronounced’ at a hearing, as required by Art. 6(1) of the ECHR.⁵⁹ Russia rejected these allegations, stating that the factual and legal grounds of the judgment had been read at a hearing in the presence of the applicant, and that a copy of the judgment was delivered to him some time later.

Based on the above, the ECtHR decided in favour of the applicant because, although States Parties to the ECHR enjoy a wide discretion in designing their judicial systems to comply with the standards of the ECHR and, in particular, Art. 6, it is essential that they provide for a minimum threshold of publicity when issuing judgments;⁶⁰ the latter being an essential component of the right to a fair trial under Art. 6(1) of the ECHR.

Likewise, for the ECtHR, the decision in this case constituted sufficient compensation to the applicant for the non-pecuniary damages suffered,⁶¹ because the declaration of the violation by the ECtHR is an appropriate remedy when States Parties violate the duty to pronounce the judgment publicly.

No relevant jurisprudence of the IACtHR has been identified as to the specific content of this requirement.

1.5. Conclusion

Authors such as Terrier consider that Art. 74(5) of the ICC Statute binds the TC to issue a written judgment containing a full and reasoned statement of the evidence, the facts established and the conclusions reached (in addition to responding clearly to the charges presented by the Prosecution and the requests

56 ECtHR, *Pretto et al. v. Italy*, *Judgment*, December 8, 1983.

57 ECtHR, *Axen v. Germany*, *Judgment*, December 8, 1983.

58 ECtHR, *Ryakib Biryukov v. Russia*, *Judgment*, January 17, 2002.

59 *Ibid.*, para. 7.

60 *Ibid.*, para. 30.

61 *Ibid.*, para. 51.

of the Defence).⁶² Moreover, Klamberg points out that the English version of Art. 74(5) of the ICC Statute uses the term ‘decision’ instead of ‘judgment’, which could include NCTA decisions.

Nevertheless, out of the four requirements provided for in Art. 74(5) of the ICC Statute, the last two relating to the inclusion of the majority and minority opinions in the TC’s decisions, and their delivery, on a summary thereof, in open court, have no jurisprudential development in the international criminal tribunals analysed (including the ICC), and only the ECtHR addresses in depth the issue of pronouncing the judgment publicly.

Moreover, with respect to the requirement to provide a full and reasoned account of the evaluation of the evidence and the conclusions reached by the TC in its decisions, the ICC AC in the Bemba case has affirmed its mandatory nature, and how non-compliance with it constitutes a procedural error. Nevertheless, unlike the jurisprudence of the ICTY, the ICTR, the ECtHR and the IACtHR, which extends this requirement to all decisions relating to the central issues of the case, including NCTA decisions, ICC’ jurisprudence has not yet pronounced itself on this matter.

Finally, regarding the first requirement concerning the written nature of the TC’s decisions, ICC’ jurisprudence has not yet pronounced itself on this issue either. Both the ICTY and the ICTR, however, have affirmed its mandatory nature and its extension to decisions relating to the central issues of the case, including NCTA decisions. This approach varies, however, in the jurisprudence of the ECtHR and the IACHR because, while the former only requires writing when the national procedural rules so require, the latter affirms the need for all judgments and all judicial and administrative decisions to be issued in writing, to allow the effective exercise of the right to a remedy by those to whom they are addressed.

1.6. Table of jurisprudence

International jurisprudence

European Court of Human Rights

ECtHR, *Cerovšek y Božičnik v. Slovenia*, *Judgment*, March 7, 2017.

ECtHR, *Ruiz Torrija v. Spain*, *Judgment*, December 9, 1994.

ECtHR, *Hadjianastassiou v. Greece*, *Judgment*, December 16, 1994.

⁶² Terrier, F. (2002), *supra* no. 1, Cap. 31.2.

- ECtHR, *Taxquet v. Belgium*, *Judgment*, November 16, 2010.
ECtHR, *Nikolay Genov v. Bulgaria*, *Judgment*, July 13, 2017.
ECtHR, *Suominen v. Finland*, *Judgment*, July 24, 2003.
ECtHR, *Pretto y et al. v. Italy*, *Judgment*, December 8, 1983.
ECtHR, *Axen v. Germany*, *Judgment*, December 8, 1983.
ECtHR, *Ryakib Biryukov v. Russia*, *Judgment*, January 17, 2002.

Human Rights Committee

- HRC, *Pratt & Morgan v. Jamaica*, *Communication No. 210/1986*, April 6, 1989, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/210/1986.
HRC, *Lenford Hamilton v. Jamaica*, *Communication No.: 333/1988*, March 25, 1994, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/333/1988.

Inter-American Court of Human Rights

- IACtHR, *Yatama v. Nicaragua*, *Judgment of 23 June, 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, June 23, 2005.
IACtHR, *Claude-Reyes et al. v. Chile*, *Judgment of 19 September, 2006 (Merits, Reparations and Costs)*, September 19, 2006.
IACtHR, *Chaparro Álvarez & Lapo Íñiguez v. Ecuador*, *Judgment of 21 November, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, November 21, 2007.
IACtHR, *Apitz Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela*, *Judgment of 5 August, 2008 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 5, 2008.
IACtHR, *Chocrón Chocrón v. Venezuela*, *Judgment of 1 July, 2011 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, July 1, 2011.
IACtHR, *Rico v. Argentina*, *Judgment of 2 September, 2019 (Preliminary objections and merits)*, September 2, 2019.

International Criminal Court

- ICC, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba*, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s ‘Judgment pursuant to Art. 74 of the Statute’*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red.

International Criminal Tribunal for Rwanda

- ICTR, the Prosecutor v. Kayishema, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1-A.
- ICTR, the Prosecutor v. Francois Karera, Appeals Chamber, *Judgment*, February 2, 2009, Case No.: ICTR-01-74-A.
- ICTR, the Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi., Appeals Chamber, *Judgment*, August 29, 2008, Case No.: ICTR-2000-55A-A.
- ICTR, the Prosecutor v. Augustin Ndindiliyimana *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 11, 2014, Case No.: ICTR-00-56-A.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

- ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, June 12, 2002, Case No.: IT-96-23 & IT-96-23/1A.
- ICTY, the Prosecutor v. Kvočka *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 28, 2001, Case No.: IT-98-30/1-A, para. 286.
- ICTY, the Prosecutor v. Fatmir Limaj *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, September 27, 2007, Case No.: IT-03-66-A.

1.7. Doctrine

- Klamberg, M. (2017), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Terrier, F. (2002), 'The Procedure before the Trial Chamber'. In Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, Oxford University Press, Vol. II, Cap. 31.2.

1.8. Reports, resolutions and other documents

- Human Rights Committee, *General Comment No. 32 (2007) - Art. 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, August 23, 2007, UN Doc.: CCPR/C/GC/32

2. Procedural Issues Concerning the No Case to Answer Decision of Trial Chamber I of the International Criminal Court in the Gbagbo and Blé Goudé Case*

2.1. Introduction

This chapter analyses several procedural issues that arose from the no case to answer ('NCTA') decision issued by TC I of the ICC after the Prosecution's presentation of evidence at trial, in the case against the former president of Ivory Coast, Laurent Gbagbo, and his former minister of youth, Charles Blé Goudé. These issues are particularly relevant for the ongoing appeal against this decision.

Amongst the issues analysed, the first one emphasizes whether the ICC TCs have the power to define the applicable standard of proof after issuing their decisions, or whether TC I made an error of law and/or procedure by having not appropriately articulated a clearly defined standard of proof and approach towards assessing evidence in its NCTA decision.¹ In other words, the Prosecution's main argument in its appeal does not refer to TC I's possible application of the wrong standard of proof, but rather argues that TC I erred by not establishing a clearly defined standard of proof in its decision.²

Within this context, it is important to clarify that TC I issued its oral decision on January 15th, 2019. It was only on July 16th, 2019, six months later, that TC I provided its written decision, clarifying that the standard of proof that was used was that of a NCTA motion, because the Prosecution had not built a strong enough case. The Prosecution filed its appeal on September 17th, 2019.

* This chapter was written between September 2019 and April 2020 by the following members of the 2019 International Law Clinic: Sofía Campos Sánchez, María Fernanda Jaramillo Gómez, Sofía Linares Botero y Sara Paula Mosquera López. The research was conducted under the supervision of Prof. Héctor Olasolo and with the support of Clara Esperanza Hernández Cortés.

1 ICC, the Prosecutor v. Laurent Gbagbo & Charles Blé Goudé, Appeals Chamber, *Public redacted version of 'Prosecution Document in Support of Appeal'*, October 17, 2019, ICC Doc. No.: ICC-02/11-01/15, para 122.

2 *Ibid.*, para. 126.

Along with the first issue, this chapter examines the following two additional procedural issues: (a) whether the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings are only to the benefit of the accused; and (b) the determination of the instances in which a declaration of a mistrial is appropriate.

To fathom these three issues and giving due regard to Art. 21 of the ICC Statute, the chapter analyses the available international jurisprudence, especially the jurisprudence of the ICC, the ICTY, the ICTR, the SCSL, the STL, the ECCC, the ECtHR and the IACtHR.

2.2. Do the Trial Chambers have the power to define the applicable standard of proof after issuing their decisions?

2.2.1. The International Criminal Court

The ICC does not have a clear body of jurisprudence on the issue at hand, as the AC has only issued one ruling on the content of the standard of proof: the 2018 AC' judgment in the case against Jean-Pierre Bemba.³ Nonetheless, the appeal judgment in this case did not address the issue of the establishment of the standard of proof *ex post facto*, i.e., after a decision has been issued, but rather its improper application.

In its judgment, the AC assessed and verified whether the content and application of the standard of proof was correct and expeditious. It also clarified that it had the power to independently review the reasoning behind the trial judgment on the content and application of the standard of proof if some flaw in this regard had been raised by the accused. In such cases, the AC must provide the reasons why in its view the decision of the TC contains an error in the definition and/or application of the standard of proof. The AC must do so independently and without any type of bias regarding the decision taken by the TC.⁴

3 ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's 'Judgment pursuant to Art.74 of the Statute'*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636.

4 *Ibid.*, paras. 41-46.

2.2.2. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

The ICTY does not have a clear body of jurisprudence on the issue in question. Nevertheless, it has dealt with the improper application of the standard of proof in some of its decisions. According to the AC, when this occurs, the AC has to articulate the correct legal standard and assess the evidence contained in the trial record to determine whether it is sufficient to establish the guilt of the accused beyond reasonable doubt.⁵

The ICTY AC has also ruled on the admission of evidence indicating that under Rule 89(C) of the ICTY RPE, the TC can admit any evidence that is relevant and has probative value.⁶ Moreover, Rule 89(D) states that '[a] Chamber may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial'.

The means by which a TC establishes the probative value of the evidence presented at trial depends upon various factors that go hand in hand with the circumstances of each case. Regarding oral testimony, the ICTY has established that TCs have the power to decide whether a witness' testimony, or any other type of evidence, is credible, and thus has probative value. Therefore, the AC provides a broad margin of discretion to the TCs to assess the evidence presented at trial.⁷

In conclusion, no decision has been found that responds directly to the problem in question, since the ICTY has not addressed situations where the standard of proof has been established after the issuance of a decision. The AC's decisions only deal with: (a) how to correct the standard of proof when the TC applied it incorrectly; and (b) what rules must be followed to admit or reject the evidence presented by the parties at trial.

2.2.3. The International Criminal Tribunal for Rwanda

The ICTR, much like the ICTY, does not have jurisprudence on the issue at hand since it has not analysed situations where the standard of proof has been established after the issuance of a decision. Nevertheless, the ICTR AC has ruled in different opportunities about the improper application of the standard of proof. When this happens, the AC articulates the correct legal interpretation

5 ICTY, the Prosecutor v. Milan Lukic & Sredoje Lukic, Appeals Chamber, *Judgment*, December 4, 2012, Case No.: IT-98-32/1, para. 12.

6 *Ibid.*, para. 566.

7 ICTY, the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, *Judgment*, March 24, 2000, Case No.: IT-95-14/1, paras. 62-63.

and reviews the relevant evidence in light of the ‘beyond reasonable doubt’ standard of proof. In so doing, the AC not only corrects the legal error, but also applies the correct legal standard.⁸

Furthermore, the AC has interpreted the rules that must be followed to admit or reject the evidence presented by the parties at trial. The AC has also established how TCs must act pursuant to Rule 87(A) of the ICTR RPE, which provides that a finding of guilt may be reached only when the majority of the TC is satisfied that guilt has been proved beyond reasonable doubt.⁹

2.2.4. The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, the Special Tribunal for Lebanon and the Special Court for Sierra Leone

While no jurisprudence relating to the issue in question was found in the ECCC or the SCSL, the situation is different when it comes to the STL; this is the only international tribunal that has addressed the situation where a TC defined the applicable standard of proof after the issuance of a decision.¹⁰

On June 1st, 2016, the TC orally established in the *Ayyash et al.* case that the defendant, Mustafa Amine Badreddine, had not died, and therefore the proceedings against him could not be terminated. Later, on June 7th of the same year, the TC issued the decision in writing, defining the standard of proof that was effectively applied.¹¹ In the wake of this, the Badreddine Defence argued that the TC erred in failing to state what the requisite standard was in its oral decision and only did so through the written decision, which was issued almost a week later. Consequently, the Badreddine Defence contended that this introduced a prejudicial lack of clarity in the decision-making process.¹²

The AC, following a careful review of the TC’s decision and the Defence’s contention at the appeal, established that the standard of proof cannot be determined after the decision has been issued, since it constitutes an error of

8 ICTR, the Prosecutor v. Simon Bikindi, Appeals Chamber, *Judgment*, March 18, 2010, Case No.: ICTR-01-72, para. 11.

9 ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-96-4, para. 219.

10 STL, the Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi & Assad Hassan Sabra (The Prosecutor v. Ayyash and Others), Appeals Chamber, *Decision on the Interlocutory Appeal of the Defence of Badreddine on the ‘Provisional Decision on the Death of Mr. Mustafa Amine Badreddine and the Possible Termination of Proceedings’*, July 11, 2016, Case No.: STL-11-01/T/AC/AR126.11.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*, para. 28.

law. Hence, according to the AC, the TC made an error of law, which invalidated the decision.¹³

As a result, for the AC, TCs do not have the power to determine the applicable standard of proof *ex post facto*, that is, after issuing their decisions. Thereupon, the standard of proof must be established before any decision is made at trial (e.g., before the issuance of a judicial order or a judgment). Otherwise, there would be no reliable standard on which to base the decision, and TCs would be free to make decisions at their discretion and justify them afterwards.

2.2.5. The European Court of Human Rights

The ECtHR has no jurisprudence on the matter in question as it has stated that procedural and evidentiary norms and the rules regarding the standard of proof are, in principle, within the purview of each State or member country. In other words, each State has the autonomy to determine its internal evidentiary and procedural rules and those concerning the standard of proof.¹⁴ This autonomy is given in the context of the minimum requirements for a fair trial established in Art. 6 of the ECHR. Hence, States have autonomy to adopt their own rules, but they cannot go against the provisions of Art. 6 of the ECHR.

This means that the ECtHR does not act as a court of appeal in respect of the decisions taken by domestic jurisdictions.¹⁵ It can only hear matters related to the application of procedural and evidentiary regulations, including provisions on the standard of proof, insofar as States, in applying their own norms may have infringed the rights and freedoms protected by Art. 6 of the ECHR.¹⁶ This happened in the *Nachova et al. v. Bulgaria* case (2005), where the ECtHR established that, in criminal cases, the applicable standard of proof must be that of beyond reasonable doubt.¹⁷

2.2.6. The Inter-American Court of Human Rights

The IACtHR has not developed jurisprudence on the issue in question. Nevertheless, concerning the standard of proof, the IACtHR has repeatedly indicated that it does not deal with States' internal issues, similarly to the ECtHR. Likewise, the IACtHR has established that it will only hear domestic cases insofar as States infringe human rights protected by the ACHR.

¹³ *Ibid.*, para. 41.

¹⁴ ECtHR, *Garcia Ruiz v. Spain*, *Judgment*, January 21, 1999, para. 28.

¹⁵ ECtHR, *Melnychuk v. Ukraine*, *Decision on inadmissibility*, July 5, 2005, para. 1.

¹⁶ ECtHR, *Garcia Ruiz v. Spain*, *supra* n. 14, paras. 27-28.

¹⁷ ECtHR, *Nachova and others v. Bulgaria*, *Judgment*, July 6, 2005, para. 147.

In this context, the IACtHR has clearly established that it is not a court of ‘fourth instance’. As a result, it does not work as an appellate court to decide on disagreements between the parties as to the assessment of evidence or the application of domestic law in areas that are not directly related to the fulfilment of the obligations enshrined in the ACHR.¹⁸

A key example of the IACtHR’s jurisprudence on this matter, is the Noriega de Carvalho *et al.* v. Brazil case (2006),¹⁹ where the Court stated that domestic courts are expected to examine the facts and evidence submitted in any given case, and that the IACtHR does not replace the national courts’ functions.

2.3. Are the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings only to the benefit of the accused?

2.3.1. The International Criminal Court

The ICC Statute establishes in Art. 64 (2) that a fair trial entails the possibility for the parties involved to properly present their case, with a view to shaping the TC’s decision.²⁰ In the Lubanga case, the AC considered that the principle of fairness constitutes a fundamental right that ought to be present during trial,²¹ and that can be fulfilled through the extensive interpretation of other rights (such as equality of arms)²² and the regulation of the ICC Chambers’ actions.²³

ICC’s Deputy Prosecutor Stewart argues that the principle of fairness does not only benefit the accused and that all parties involved in the proceedings play an essential role in its application. Stewart considers that the concept of fair trial rights transcends the scope of the rights of accused persons, comprising the

18 IACtHR, *Mémoli v. Argentina*, *Judgment of 22 August, 2013 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 22, 2013, para 140

19 IACtHR, *Nogueira de Carvalho et al. v. Brazil*, *Judgment of 28 November, 2006 (Preliminary Objections and Merits)*, November 28, 2006, para. 80.

20 ICC, *Situation in Uganda, Pre-Trial Chamber II, Decision on Prosecutor’s Application for Leave to Appeal in Part Pre-Trial Chamber II’s Decision on the Prosecutor’s Applications for Warrants of Arrest Under Art.58*, August 19, 2005, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/05-20, para. 30.

21 ICC, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Art.54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008*, June 13, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-1401, para. 77.

22 *Ibid.*, paras. 77-79.

23 *Ibid.*, para. 77.

interests of victims, witnesses, and the Prosecution.²⁴ In support of his claim, he addresses the definition of ‘fairness’ provided by PTC I, pointing out the fact that the term comes from two other concepts: (i) balance; and (ii) equity, which are applicable to all parties involved in the proceedings.²⁵

According to Stewart, this means that: (i) victims and witnesses should have the possibility to testify freely, contributing to the TC’s process to reach a sound decision;²⁶ (ii) the Prosecution must be granted the opportunity to present its case free of external influences;²⁷ and (iii) the Defence must be able to respond to the charges against the accused and present evidence to support its arguments,²⁸ thus ensuring a fair trial through which a precise and credible decision is made.²⁹

Regarding the principle of expeditiousness of the proceedings, ICC’s jurisprudence highlights that expeditiousness must be respected and ought to be present in all proceedings before the ICC.³⁰ The principle of expeditiousness of the proceedings also transcends the scope of the rights of the accused, and encompasses the interests of victims, witnesses, and the Prosecution.³¹

24 Stewart, J.K. (2014), *Fair Trial Rights under the Rome Statute from a Prosecution Perspective ICTR Symposium - Arusha, Tanzania*, Compendium on the Legacy of the ICTR and the Development of International Law, United Nations - International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, pp. 14-16.

25 ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal the Chamber’s Decision of 17 January 2006 on the Applications for Participation in the Proceedings of Vprs1, Vprs 2, Vprs 3, Vprs 4, Vprs5 and Vprs6*, March 31, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-135-tEN, para. 38.

26 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 20 November 2009 Entitled ‘Decision on the Motion of the Defence for Germain Katanga for a Declaration on Unlawful Detention and Stay of Proceedings’*, July 12, 2010, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07OA10, para. 45.

27 ICTY, the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, *Decision on the Prosecutor’s Appeal on Admissibility of Evidence*, February 16, 1999, Case No.: IT-95-14/1, para. 25; ICTY, the Prosecutor v. Jadranko Prlic *et al.*, Appeals Chamber, *Decision on the Prosecution Appeal Concerning the Trial Chamber’s Ruling Reducing Time for the Prosecution Case*, February 6, 2007, Case No.: IT-04-74-AR73.4, para. 24; ICTY, the Prosecutor v. Milan Martić, Appeals Chamber, *Decision on Appeal against the Trial Chamber’s Decision on the Evidence of Witness Milan Babić*, September 14, 2006, Case No.: IT-95-11-AR73.2, para. 13; ICTY, the Prosecutor v. Duško Tadić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 15, 1999, Case No.: IT-94-1-A, para. 48.

28 ICC Statute, Art.67.

29 Stewart, J.K. (2014), *supra* n. 24, pp. 16-17.

30 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Thomas Lubanga Dyilo Against the Decision on the Challenge of the Defence Before the Jurisdiction of the Court*, December 13, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-772, para. 37.

31 ICC, *Decision on Prosecutor’s Application for Leave to Appeal in Part Pre-Trial Chamber II’s Decision on the Prosecutor’s Applications for Warrants of Arrest Under Art.58, supra* n. 20, para. 31.

2.3.2. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

The principles of fairness and expeditiousness of the proceedings are established in Art. 20 of the ICTYS. According to this provision, TCs must, in accordance with the ICTY RPE, ensure that the trial is fair and expeditious, and that the proceedings are conducted with full respect for the rights of the accused, and with due regard for the protection of victims and witnesses. Similarly, Art. 21 of the ICTYS, which establishes the rights of the accused,³² states that the observance of such rights is essential to guarantee a fair trial.

Likewise, the ICTY's jurisprudence has determined that Art. 23 is directly related to the principle of fairness,³³ since it establishes that all judgments must be justified. Moreover, it has addressed the key elements of this principle, namely the fundamental right to be tried by an independent and impartial tribunal established by law.³⁴

ICTY's jurisprudence has also pointed out that, in order to guarantee a fair trial, TCs must effectively protect witnesses, for this principle favours them as well. Hence, in the event of witness intimidation, it is incumbent upon the TCs to take all reasonable measures to protect witnesses, either at the request of the parties or *proprio motu*.³⁵

TCs have ample powers to effectively protect witnesses, as established in Art. 54 of the RPE, including the ability to issue orders, summonses, subpoenas, warrants and transfer orders, as may be necessary for the purposes of an investigation or for the preparation or conduct of the trial. Furthermore, TCs have the power to adopt any available measure for the protection of witnesses and to request that the presentation of evidence be made by videoconference. If these measures were to fail, TCs also have the power to postpone or suspend the trial at the request of the parties or *proprio motu*.³⁶

The principle of expeditiousness of the proceedings is meant to ensure that proceedings do not suffer undue delays and that the trial is completed within a reasonable time. Nevertheless, the ICTY's jurisprudence has explained that it is important to maintain a balance between expeditiousness and fair trial, particularly in cases of significant scope and complexity.³⁷ In this regard, the

32 According to Art.21 of ICTYS.

33 ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A, para. 69.

34 *Ibid.*, para. 177.

35 ICTY, the Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj & Lahi Brahimaj, Appeals Chamber, *Judgment*, July 19, 2010, Case No.: IT-04-84, para. 35.

36 *Ibid.*, para. 36.

37 ICTY, the Prosecutor v. Nikola Sainovic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic & Sreten Lukic, Appeals Chamber, *Judgment*, January 23, 2014, Case No.: IT-05-87, para. 101.

ICTY AC has held that logistical considerations should not take priority over the TC's duty to safeguard the fairness of the trial, thus implying the duty to comply with the established procedures and rules.³⁸

A jurisprudential analysis of the ICTY suggests that the accused is the one who most benefits from the principles of fairness and expeditiousness. Nevertheless, Tochilovsky considers that such principles, and the guarantees that stem from them, apply to the Prosecution as well. Likewise, the ICTY has established that the protection of witnesses is essential to ensure a fair trial.³⁹

Likewise, Tochilovsky affirms that, although TCs are obliged to ensure that a trial is fair and expeditious, with full respect for the rights of the accused,⁴⁰ the accused is not the only one entitled to be treated fairly and equitably.⁴¹ The TC's obligation of protecting the integrity of the proceedings means ensuring fairness and expeditiousness in the conduct of the case as far as both parties are concerned.⁴² According to Tochilovsky, it is very difficult to think how a trial could ever be considered fair where the accused is favoured at the expense of the Prosecution (which acts on behalf of the interests of the international community)⁴³ beyond a strict compliance with statutory fundamental protections.⁴⁴

In light of this, it is possible to conclude that although the principles of fairness and expeditiousness have been mostly developed in benefit of the accused persons, for it is more likely that their rights are transgressed, these principles also apply to victims, witnesses, and the Prosecution. Moreover, TCs have the obligation to protect victims and witnesses to safeguard the integrity of the proceedings.

2.3.3. The International Criminal Tribunal for Rwanda

At the ICTR, the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings have been developed based on Art. 19 of the ICTRS. This provision establishes that TCs must ensure that a trial is fair and expeditious and that proceedings are

38 ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Appeals Chamber, *Judgement*, April 8, 2015, Case No.: IT-05-88/2, para. 23.

39 McDermott, Y. (2012), 'Rights in reverse: A critical analysis of fair trial rights under international criminal law', In Schabas, W, McDermott, Y & Hayes, N. (Ed.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Aldershot, Routledge, p. 4.

40 Tochilovsky, V. (2008), *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights: Procedure and Evidence*, Leiden, Brill | Nijhoff, p. 276.

41 ICTY, the Prosecutor v. Milan Milutinović, Trial Chamber III, *Decision on Prosecution's Request for Certification of Rule 73 bis Issue for Appeal*, August 30, 2006, Case No.: IT-05-87-T, para. 10.

42 Tochilovsky, V. (2008), *supra* n. 40, p. 276.

43 *Idem*.

44 ICTY, *Aleksovski Decision on the appeal of the Prosecutor on the admissibility of the evidence*, *supra* n. 27, paras. 24-25.

conducted in accordance with the ICTR RPE, with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses. This is consistent with Art. 20 of the ICTRS, which sets out the rights of the accused.

According to the ICTR's jurisprudence, the principle of fairness is composed by the following guarantees: (i) the Prosecution's obligation to disclose any exculpatory material;⁴⁵ (ii) the right to free legal assistance (which does not necessarily imply the right to choose one's counsel);⁴⁶ (iii) the TC's mandate to provide a reasoned opinion;⁴⁷ (iv) the right to cross-examine witnesses;⁴⁸ (v) the establishment of proceedings that ensure equality between the parties;⁴⁹ (vi) the independence and impartiality of the judges;⁵⁰ (vii) the clear and precise information of the charges;⁵¹ and (viii) the application of the same rules in the assessment of Prosecution and Defence's evidence,⁵² amongst others.

Similarly, the AC has underscored that a TC's obligation to ensure the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings entails a delicate balancing of interests, particularly in cases where there are multiple accused.⁵³ Furthermore, according to the ICTR AC, the elements and complexity of the case are to be considered when ensuring that the proceedings do not suffer from an undue delay. For this reason, the AC has acknowledged that it is unreasonable to expect that ICTR proceedings will always be as expeditious as national proceedings, since their gravity and complexity do not permit it.⁵⁴ Likewise, the AC has highlighted that the cases heard before the ICTR may be conducted differently, considering their characteristics and complexities.⁵⁵

Even though these principles have been mostly developed in benefit of the accused, Tochilovsky clarifies that the right to a fair trial applies both to

45 ICTR, the Prosecutor v. Calixte Kalimanzira, Appeals Chamber, *Judgment*, October 20, 2010, Case No.: ICTR-05-88-A, para. 18.

46 ICTR, the Prosecutor v. Jean Kambanda, Appeals Chamber, *Judgment*, October 19, 2000, Case No.: ICTR-97-23-A, para. 33.

47 ICTR, the Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumutse & Joseph Nzirorera, Appeals Chamber, *Judgment*, September 29, 2014, Case No.: ICTR-98-44, para. 26; ICTR, the Prosecutor v. Gregoire Ndhaimana, Appeals Chamber, *Judgment*, December 16, 2013, Case No.: ICTR-01-68, para. 14.

48 ICTR, *Kalimanriza Appeals Judgment, supra* n. 45, para. 40.

49 *Ibid.*, para. 34.

50 ICTR, the Prosecutor v. Clement Kayishema & Obed Ruzindana, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1, para. 55.

51 ICTR Statute, Art.20.

52 ICTR, the Prosecutor v. Tharcisse Renzaho, Appeals Chamber, *Judgment*, April 1, 2011, Case No.: ICTR-97-31-A, para. 540.

53 ICTR, the Prosecutor v. Aloys Ntabakuze, Appeals Chamber, *Judgment*, May 8, 2012, Case No.: 98-41A-A, para. 21.

54 ICTR, the Prosecutor v. Justin Mugenzi & Prosper Mugiranza, Appeals Chamber, *Judgment*, February 4, 2013, Case No.: ICTR-99-50-A, para. 32.

55 *Idem*.

the Defence and the Prosecution,⁵⁶ as evidenced in the Prosecutor v. Karemera case.⁵⁷ Thus, it is fundamental to comprehend that the Prosecution is undoubtedly entitled to a fair opportunity to present its case and evidence.

Regarding the principle of expeditiousness of the proceedings, McDermott highlights that several ICTR's rulings are highly illustrative as to the enormous barrier defendants face when attempting to assert their right to a trial without undue delay. This is because TCs may justify disproportionate delays due to the complexity of the case, thus prioritizing a fair trial.⁵⁸

In conclusion, according to the ICTR's jurisprudence, the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings are meant to ensure the respect for the accused's rights. Nevertheless, this does not exclude the fact that both fairness and expeditiousness also apply to the benefit of the Prosecution, the victims and witnesses.

2.3.4. The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, the Special Tribunals for Lebanon and the Special Court for Sierra Leone

In the ECCC, the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings have been developed pursuant to Art. 33 of the law that creates and regulates the ECCC.⁵⁹ According to this provision, TCs must ensure that trials are fair and expeditious and are conducted in accordance with existing procedures. Likewise, this provision determines that trials must be conducted with full respect for the rights of the accused and for the protection of victims and witnesses. Art. 33 also establishes that TCs must exercise their functions in accordance with international standards of justice, fairness and due process of law, as set out in Arts. 14 and 15 of the ICCPR.

The ECCC has focused on the TCs' obligation to ensure a fair trial and the expeditiousness of the proceedings.⁶⁰ In the Khieu Samphân & Nuon Chea case, the AC has established that the aforementioned principles are part of the due process principle, which has two main elements: the right of the accused

56 Tochilovsky, V. (2008), *supra* n. 40, p. 276.

57 ICTR, the Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse, Joseph Nzirorera & Andre Rwamakuba, Trial Chamber III, *Decision on Severance of André Rwamakuba and Amendments of the Indictment*, December 7, 2003, Case No.: ICTR-98-44-PT, para. 26.

58 McDermott, Y. (2011), *supra* n. 39, p. 12.

59 ECCC. (2011), *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, August 10, 2011.

60 ECCC, the Prosecutor v. Khieu Samphân & Nuon Chea, Supreme Court Chamber, *Appeal Judgment*, November 23, 2016, Case No.: 002/19-09-2007-ECCC/SC, para. 162.

to be tried without undue delay, and the right to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf.⁶¹

Based on the above, it can be stated that the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings have been mostly developed in benefit of the accused, even though the law that creates and regulates the ECCC has established that victims and witnesses must also be protected during the proceedings.

Regarding the STL, the principle of fairness is established in Arts. 16 (2)⁶² and 17⁶³ of the STL Statute, as an essential component of the rights of the accused and of the victims. It is also embedded in duty of the TCs to ensure a fair trial for all the parties involved. Regarding the principle of expeditiousness of the proceedings, it is contained in Art. 28 of the STL Statute,⁶⁴ which underscores that TCs must be guided by the STL RPE during all procedural stages to have an expeditious trial that respects and guarantees the principle of fairness for all parties involved.

Finally, the SCSL points out that the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings are guarantees to the accused, stemming from Art. 17 of the SCSL Statute. Such guarantees include the principle of equality before the SCSL, a fair and public hearing, the presumption of innocence and minimum judicial guarantees (namely, the right to be informed of the charges promptly and in detail in a language that the accused understands, the right to have adequate time and facilities for the preparation of the defence and the right to communicate with counsel of his or her own choosing).

McDermott has compiled the arguments favouring that the right to a fair trial does not favour the accused exclusively, but also protects the other parties involved in the proceedings, based upon the principle of equality and Arts. 18, 20 and 21 of the SCSL Statute.⁶⁵

Regarding the principle of expeditiousness of the proceedings, it is contained in Art. 17 of the SCSL Statute, as part of the minimum judicial guarantees of the accused and establishes the right to be tried without undue delay. A strictly literal reading of the SCSL Statute seems to indicate that this right is intended to protect the accused only. Nevertheless, the AC has stated in the Norman *et al.* (2004) case that the principle of expeditiousness favours the victims and their

61 *Idem.*

62 STL Statute, Resolution 1757 of the Security Council of the United Nations, Art.16(2). See: United Nations, Security Council (2007), *Resolution 1757, Statute of the Special Tribunal for Lebanon*, May 30, 2007, UN Doc. No.: S/RES/1757.

63 *Ibid.*, Art.17.

64 *Ibid.*, Art.28.

65 McDermott, Y. (2011), *supra* n. 39, p. 4.

relatives as well, because they may not overcome the trauma or achieve personal closure until the proceedings conclude.⁶⁶

2.3.5. The European Court of Human Rights

The principles of fairness and expeditiousness of the proceedings are provided for in Art. 6 of the ECHR, which indicates that '[...] everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law [...].'

The ECtHR has developed the principle of fairness, indicating that it is closely related to the following guarantees: (i) the effective participation in the proceedings;⁶⁷ (ii) the adversarial nature of the proceedings and equality of arms;⁶⁸ (iii) the reasoning of judicial decisions;⁶⁹ (iv) the proper administration of evidence;⁷⁰ and (v) the principle of immediacy,⁷¹ amongst others. It is reasonable to affirm that these principles have been mostly developed in benefit of the accused. Nevertheless, the ECtHR has also highlighted that the principles of equality of arms and adversarial proceedings benefit all parties to the proceedings.

This is exemplified in the *Dombo Beheer BV v. The Netherlands* case (1993),⁷² in which the ECtHR found that: (a) each party must be afforded a reasonable opportunity to present their case under equal conditions; and (b) national courts have the obligation to ensure that each individual case fulfils the requirements contained in the ECHR regarding the fair administration of justice, with full respect to the rights and guarantees of the parties to the proceedings.⁷³

Similarly, *Rainey, Wicks & Ovey*, illustrate that to provide equality of arms, a fair balance is required between the parties both in civil and criminal cases. Furthermore, what essentially matters is that the parties are afforded a reasonable opportunity to present their case, including their evidence, under conditions that do not place them at substantial disadvantage *vis-a-vis* their opponent.⁷⁴

66 SCSL, the Prosecutor v. Norman *et al.*, Appeals Chamber, *Decision on the applications for a stay of proceedings and denial of right to appeal*, November 4, 2003, Case No.: SCSL-2003-09-PT, para. 8.

67 ECtHR, *Murtazaliyeva v. Russia*, *Judgment*, December 18, 2018.

68 ECtHR, *Dombo Beheer BV v. The Netherlands*, *Judgment*, October 27, 1993.

69 ECtHR, *Hadjianastassiou v. Greece*, *Judgment*, December 16, 1992.

70 ECtHR, *Khan v. United Kingdom*, *Judgment*, May 12, 2000.

71 *Idem*.

72 ECtHR, *Dombo Beheer BV v. The Netherlands*, *supra* n. 68.

73 *Ibid.*, para. 33.

74 Rainey, B., Wicks, E. & Ovey, C. (2017), *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 7th Ed., pp. 291-292.

Moreover, Tochilovsky adds that the right to an adversarial trial also means that both Prosecution and Defence must be given the opportunity to have knowledge of, and comment on, the observations filed and the evidence adduced by the other party, with a view to influencing the Court's decision.⁷⁵

Regarding the principle of expeditiousness of the proceedings, this principle been developed by the ECtHR in several cases within the framework of the proper administration of justice. Amongst these cases, the *Zimmermann & Steiner v. Switzerland* case (1983) stands out.⁷⁶ In this case, the ECtHR found that the reasonableness of the length of the proceedings must be assessed in each case according to its specific circumstances. In other words, for the ECtHR there is not a specific length or time limit under which the principle of expeditiousness is fulfilled, for it is necessary to have a comprehensive assessment and evaluation of each case in light of its specific circumstances (including the complexity of the case and the amount of evidence to be assessed, amongst others).

Tochilovsky highlights that the reasonableness of the length of the proceedings must be assessed in each instance, within the context of the specific circumstances of the case and its complexity. Thus, the ECHR's approach consists in examining the overall length of the proceedings, covering all its stages.⁷⁷

In conclusion, although the ECtHR's jurisprudence has been mostly focused on the interpretation of the applicants' guarantees (normally, the accused in domestic criminal proceedings), it is nonetheless true that the ECtHR has also provided clear guidelines establishing that the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings favours all parties involved in them.

2.3.6. The Inter-American Court of Human Rights

The principle of fairness has been adopted by the IACtHR through an extensive interpretation of Arts. 8 (judicial guarantees) and 25 (judicial protection) of the ACHR. As a result, the IACtHR's jurisprudence⁷⁸ considers that Art. 8 includes, *inter alia*, the following rights that emanate from the principle of fairness: (i) the right to a hearing;⁷⁹ (ii) the right to an effective

⁷⁵ Tochilovsky, V. (2008), *supra* n. 40, pp. 275-276.

⁷⁶ ECtHR, *Zimmermann & Steiner v. Switzerland*, *Judgment*, July 13, 1983, para. 24.

⁷⁷ Tochilovsky, V. (2008), *supra* n. 40, p. 296.

⁷⁸ IACtHR (s.f.), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°12: Debido Proceso* Available at: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>

⁷⁹ IACtHR, *Apitz Barbera et al. ("First Court of the Contested Administratif") v. Venezuela*, *Judgment of 5 August, 2008. (Preliminar Exception, Case, Reparations and Costs)*, August 5, 2008, para. 75; IACtHR, *Barrios Altos v. Perú*, *Judgment of 14 March, 2001 (Merits)*, March 14, 2001, para. 42.

judicial investigation;⁸⁰ (iii) the right of due diligence;⁸¹ and (iv) the right to an independent, impartial and competent tribunal.⁸² Moreover, the IACtHR considers that the first three rights mentioned above are also contained in Art. 25 of the ACHR.

These fair trial rights have been developed by the IACtHR, mostly in benefit of the applicants (normally, victims of severe violent acts). This can be shown in cases such as the *Barrios Altos v. Peru* case (2001),⁸³ where the IACtHR found that the State breached the right of the victims and their relatives to be heard. The application of these principles in favour of the applicants can also be seen in the *Durand and Ugarte v. Peru* case (2000),⁸⁴ where the right to an effective judicial investigation was breached by the State since it did not investigate the disappearance of the victims. One last example can be found in the *Favela Nova Brasília v. Brazil* case (2017),⁸⁵ where the IACtHR recalled that States Parties are obliged to provide effective judicial remedies, which are to be substantiated in accordance with the due process principle.

Regarding the principle of expeditiousness of the proceedings, the IACtHR has found that it is included in Arts. 8 and 25 of the ACHR. Likewise, in the *Favela Nova Brasília v. Brazil* case (2017),⁸⁶ the IACtHR stated that a judicial decision should be produced within a reasonable time, since a prolonged delay may constitute a violation of judicial guarantees established in Art. 8 of the ACHR. Accordingly, in the *Claude-Reyes et al. v. Chile* case (2006),⁸⁷ the IACtHR pointed out that States must provide a simple, prompt and effective remedy, so that they comply with the necessary expeditiousness in delivering indispensable information. If they fail to do so, the judicial protections enshrined in the ACHR would be breached.

Hence, it can be concluded that the IACtHR's jurisprudence, unlike the ECtHR's jurisprudence, has developed the principle of fairness and expeditiousness of the proceedings only in favour of the applicants (victims of severe violent acts) who are often seeking protection.⁸⁸

80 IACtHR, "Niños de la Calle" (Villagrán Morales et al.) v. Guatemala, *Judgment of 19 November, 1999*, November 19, 1999, paras. 230 - 233; IACtHR, *Durand and Ugarte v. Perú*, *Judgment of 16 August, 2000*, August 16, 2000, para. 130.

81 IACtHR, *Anzualdo Castro v. Perú*, *Judgment of 22 September, 2009 (Preliminary Exceptions, Case, Reparations and Costs)*, September 22, 2009, paras. 135, 154; IACtHR, *Favela Nova Brasília v. Brasil*, *Judgment of 16 February, 2017 (Preliminary Exceptions, Case, Reparations y Costs)*, February 16, 2017, para. 174.

82 IACtHR, *Las Palmeras v. Colombia*, *Judgment of 6 December, 2001, December 6th, 2001*, paras. 53 - 54.

83 IACtHR, *Barrios Altos v. Peru*, *supra* n. 79, para. 42.

84 IACtHR, *Durand & Ugarte v. Peru*, *supra* n. 80, para. 130.

85 IACtHR, *Favela Nova Brasília v. Brasil*, *supra* n. 81, para. 174.

86 *Ibid.*, para. 217.

87 IACtHR, *Claude Reyes et al. v. Chile*, *Judgment of 19 September, 2006 (Merits, Reparations and Costs)*, September 19, 2006, para. 137.

88 However, authors like Laurence Burgogue-Larsen and Amaya Ubeda de Torres have stated that the applicants and State Member's procedural guarantees should always be interpreted in light of the principle

2.4. In which instances a declaration of mistrial is appropriate?

2.4.1. The International Criminal Court

Neither the ICC Statute, nor the ICC RPE, explicitly regulate the declaration of a mistrial, meaning the termination of the proceedings before the end of the trial because of an error that renders it null.

Nevertheless, this did not prevent the majority of TC V in the Ruto and Sang case (carried out against William Ruto, vice-president of Kenya, and Joshua Arap Sang, former director of Kass FM station), to terminate the proceedings of the case before the end of the trial, as a result of a mistrial.⁸⁹ In this case, TC V agreed that: (i) there had been inappropriate political meddling during the trial in an attempt to impact the trial's results; (ii) there had been a lack of cooperation from the witnesses, caused by an environment of intimidation, interference, and generalized pressure, fuelled by hostility and rejection of the proceedings by the government, local communities and media in Kenya, amongst others; and, as a result (iii) the Prosecution had been unable to present sufficient evidence to continue with the trial.

As a consequence, TC V decided to terminate the proceedings, vacate the charges and discharge the accused, without prejudice to re-prosecution in the future for the same charges.⁹⁰ This decision was based on Art. 64(2) of the ICC Statute, which indicates that TCs must ensure fair and expeditious trials. The argument underpinning this decision was that the actions against the witnesses (intimidation and pressure) cast major doubts as to their freedom and willingness to testify.

Thus, in the Ruto and Sang case, TC V sought to ensure compliance with the principle of fair trial and the guarantees that stem from it, in accordance with Art. 64(2) of the ICC Statute. This case underscores that the ICC TCs can declare a mistrial when there is an impossibility to ensure the principle of fair trial.

of fair trial. See: Burgogue-Larsen, L. & Ubeda de Torres, A. (2011), *Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 1, p. 656.

⁸⁹ ICC, Public Information and Communication Section (2016), *ICC Press Release: Ruto and Sang case: ICC Trial Chamber V(A) terminates the case without prejudice to re-prosecution in future*, April 5, 2016, available at: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr1205>

⁹⁰ ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Trial Chamber V(A), *Scheduling Order for Oral Hearings on the Defence 'No Case to Answer' Motions*, November 6, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-1999.

2.4.2. The International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda

Much like the ICC Statute, neither the ICTYS and its RPE, nor the ICTRS and its RPE, contain any provision that explicitly regulates the declaration of a mistrial. Nevertheless, the ICTY and the ICTR's TCs and ACs have the implicit power to declare a mistrial, according to Rule 54 and 107 of the ICTY and ICTR RPE.⁹¹

According to the ICTY's jurisprudence, a mistrial is a remedy that must be declared during the trial stage, given that it is an interlocutory decision that declares the early termination of the trial because of an error that renders it null.⁹² As a result, it must be requested during the trial and not during the appeal proceedings,⁹³ given that it is essential for the determination of appropriate and fair relief, and indispensable to avoid the existence of errors that will render it null; in contrast, allegations of violation of the fair trial principle during the appeals process are considered errors of law that will ultimately manifest in the appeals judgment.

Unlike the ICC and the ICTY, the ICTR has no jurisprudence on the declaration of a mistrial.

2.4.3. The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, the Special Tribunal for Lebanon and the Special Court for Sierra Leone

No jurisprudence regarding the declaration of a mistrial has been found in the ECCC, the STL or the SCSL, since these tribunals have never dealt the type of above-mentioned circumstances.

2.4.4. The European and Inter-American Courts of Human Rights

Since the ECtHR is not an appeals court for decisions made by domestic jurisdictions,⁹⁴ it is not within its purview to deal with errors of fact or law

91 ICTY, *Furundzija Appeals Judgment*, *supra* n. 33, para. 20.

92 *Ibid.*, para. 19; ICTY, the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landžo, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A, para. 645.

93 ICTY, *Furundzija Appeals Judgment*, *supra* n. 33, para. 33.

94 ECtHR. (2020), *Rules of Court*, January 1, 2020, available at: https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf, p. 58.

allegedly committed by national courts, unless and only insofar as they may have infringed rights and freedoms protected by the ECHR (Art. 6, in particular).⁹⁵ Hence, the ECtHR does not have the mandate to resolve domestic issues relating to procedural or evidential matters, such as the declaration of a mistrial.

The IACtHR, much like the ECtHR, does not have the mandate to resolve domestic issues, including those relating to ordering specific ways for investigating and judging domestic cases or the establishment of specific rules to be applied in domestic proceedings. Accordingly, the preamble of the ACHR and the IACtHR's jurisprudence clarify that the IACtHR does not act as a court of *fourth instance*.⁹⁶ This is explicitly set out in the Palma Mendoza *et al.* v. Ecuador case (2012).⁹⁷ As a consequence, the IACtHR has not dealt with the determination of the instances in which a declaration of a mistrial is appropriate.

2.5. Conclusion

This chapter has analysed the following three procedural issues relating to the January 15th, 2019, ICC TC I's NCTA decision in the Gbagbo and Blé Goudé case, that is currently under appeal: (i) whether the ICC TCs have the power to define the applicable standard of proof or approach to evidence *ex post facto*; (ii) whether the principles of fairness and expeditiousness of the proceedings are only to the benefit of the accused, or whether they also benefit the Prosecution, the witnesses and the victims; and (iii) the instances in which a declaration of mistrial is appropriate.

The analysis has been conducted with due regard to Art. 21 of the ICC Statute. As a result, it has aimed at providing a broad overview of the jurisprudence on said procedural issues by different international criminal tribunals and regional human rights bodies, including the ICC, the ICTY, the ICTR, the ECCC, the STL, the SCSL, the ECtHR and the IACtHR.

⁹⁵ ECtHR, *Garcia Ruiz v. Spain*, *supra* n. 14, para. 28.

⁹⁶ Preamble of the American Convention on Human Rights adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights. See: Organization of American States (1969), *American Convention on Human Rights (adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November, 1969)*, November 22, 1969.

⁹⁷ IACtHR, Palma Mendoza *et al.* v. Ecuador, *Judgment of 3 September, 2012, (Preliminary Objection and Merits)*, September 3, 2012, para. 16.

2.6. Table of jurisprudence

International jurisprudence

European Court of Human Rights

- ECtHR, Zimmermann & Steiner v. Switzerland, *Judgment*, July 13, 1983.
ECtHR, Hadjianastassiou v. Greece, *Judgment*, December 16, 1992.
ECtHR, Dombo Beheer BV v. The Netherlands, *Judgment*, October 27, 1993.
ECtHR, Garcia Ruiz v. Spain, *Judgment*, January 21, 1999.
ECtHR, Khan v. United Kingdom, *Judgment*, May 12, 2000.
ECtHR, Melnychuk v. Ukraine, *Decision on inadmissibility*, July 5, 2005.
ECtHR, Nachova and others v. Bulgaria, *Judgment*, July 6, 2005.
ECtHR, Murtazaliyeva v. Russia, *Judgment*, December 18, 2018.

Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

- ECCC, the Prosecutor v. Khieu Samphân & Nuon Chea, Supreme Court Chamber, *Appeal Judgment*, November 23, 2016, Case No.: 002/19-09-2007-ECCC/SC.

Inter-American Court of Human Rights

- IACtHR, “Street Children” (Villagrán Morales et al.) v. Guatemala, *Judgment of 19 November, 1999, (Merits)*, November 19, 1999.
IACtHR, Durand and Ugarte v. Perú, *Judgment of 16 August, 2000 (Merits)*, August 16, 2000.
IACtHR, Barrios Altos v. Perú, *Judgment of 14 March, 2001 (Merits)*, March 14, 2001.
IACtHR, Las Palmeras v. Colombia, *Judgment of 6 December, 2001 (Merits)*, December 6, 2001.
IACtHR, Claude Reyes et al. v. Chile, *Judgment of 19 September, 2006 (Merits, Reparations and Costs)*, September 19, 2006.
IACtHR, Nogueira de Carvalho et al. v. Brazil, *Judgment of 28 November 2006 (Preliminary Objections and Merits)*, November 28, 2006.
IACtHR, Apitz Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela, *Judgment of 5 August, 2008, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 5, 2008.

- IACtHR, Anzualdo Castro v. Perú, *Judgment of 22 September, 2009 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, September 22, 2009.
- IACtHR, Palma Mendoza et al. v. Ecuador, *Judgment of 3 September, 2012, (Preliminary Objection and Merits)*, September 3, 2012.
- IACtHR, Mémoli v. Argentina, *Judgment of 22 August, 2013 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 22, 2013.
- IACtHR, Favela Nova Brasília v. Brasil, *Judgment of 16 February, 2017 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, February 16, 2017.

International Criminal Court

- ICC, Situation in Uganda, Pre-Trial Chamber II, *Decision on Prosecutor's Application for Leave to Appeal in Part Pre-Trial Chamber II's Decision on the Prosecutor's Applications for Warrants of Arrest Under Art.58*, August 19, 2005, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/05-20.
- ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the Chamber's Decision of 17 January 2006 on the Application for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS5 and VPRS6*, March 31, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-135-tEN.
- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Thomas Lubanga Dyilo Against the Decision on the Challenge of the Defence Before the Jurisdiction of the Court*, December 13, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-772.
- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Art.54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008*, June 13, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-1401.
- ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 20 November 2009 Entitled 'Decision on the Motion of the Defence for Germain Katanga for a Declaration on Unlawful Detention and Stay of Proceedings'*, July 12, 2010, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07 OA 10.
- ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Trial Chamber V(A), *Scheduling Order for Oral Hearings on the Defence 'No Case to Answer' Motions*, November 6, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-1999.
- ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's 'Judgment pursuant to Art.74 of the Statute'*, June 8, 2018, ICC Doc No.: ICC-01 / 05-01 / 08-3636.

ICC, the Prosecutor v. Laurent Gbagbo & Charles Blé Goudé, Appeals Chamber, *Public redacted version of ‘Prosecution Document in Support of Appeal’*, October 17, 2019, ICC Doc. No.: ICC-02/11-01/15.

International Criminal Tribunal for Rwanda

ICTR, the Prosecutor v. Jean Kambanda, Appeals Chamber, *Judgement*, October 19, 2000, Case No.: ICTR-97-23-A.

ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-96-4.

ICTR, the Prosecutor v. Clement Kayishema & Obed Ruzindana, Appeals Chamber, *Judgement*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1.

ICTR, The Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse, Joseph Nzirorera & Andre Rwamakuba, Trial Chamber III, *Decision on Severance of André Rwamakuba and Amendments of the Indictment*, December 7, 2003, Case No.: ICTR-98-44-PT.

ICTR, the Prosecutor v. Simon Bikindi, Appeals Chamber, *Judgment*, March 18, 2010, Case No.: ICTR-01-72.

ICTR, the Prosecutor v. Calixte Kalimanzira, Appeals Chamber, *Judgement*, October 20, 2010, Case No.: ICTR-05-88-A.

ICTR, the Prosecutor v. Tharcisse Renzaho, Appeals Chamber, *Judgement*, April 1, 2011, Case No.: ICTR-97-31-A.

ICTR, the Prosecutor v. Aloys Ntabakuze, Appeals Chamber, *Judgement*, May 8, 2012, Case No.: 98-41A-A.

ICTR, the Prosecutor v. Justin Mugenzi & Prosper Mugiranza, Appeals Chamber, *Judgement*, February 4, 2013, Case No.: ICTR-99-50-A.

ICTR, the Prosecutor v. Gregoire Ndhaimana, Appeals Chamber, *Judgement*, December 16, 2013, Case No.: ICTR-01-68.

ICTR, the Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse & Joseph Nzirorera, Appeals Chamber, *Judgment*, September 29, 2014, Case No.: ICTR-98-44.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

ICTY, the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, *Decision on the Prosecutor’s Appeal on Admissibility of Evidence*, February 16, 1999, Case No.: IT-95-14/1.

ICTY, the Prosecutor v. Duško Tadić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 15, 1999, Case No.: IT-94-1-A.

ICTY, the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, *Judgment*, March 24, 2000, Case No.: IT-95-14/1.

- ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landžo, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Milan Milutinović, Trial Chamber III, *Decision on Prosecution's Request for Certification of Rule 73 bis Issue for Appeal*, August 30, 2006, Case No.: IT-05-87-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Milan Martić, Appeals Chamber, *Decision on Appeal against the Trial Chamber's Decision on the Evidence of Witness Milan Babić*, September 14, 2006, Case No.: IT-95-11-AR73.2.
- ICTY, the Prosecutor v. Jadranko Prlic *et al.*, Appeals Chamber, *Decision on the Prosecution Appeal Concerning the Trial Chamber's Ruling Reducing Time for the Prosecution Case*, February 6, 2007, Case No.: IT-04-74-AR73.4.
- ICTY, the Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj & Lahi Brahimaj, Appeals Chamber, *Judgement*, July 19, 2010, Case No.: IT-04-84.
- ICTY, the Prosecutor v. Milan Lukic & Sredoje Lukic, Appeals Chamber, *Judgment*, December 4, 2012, Case No.: IT-98-32/1.
- ICTY, the Prosecutor v. Nikola Sainovic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic & Sreten Lukic, Appeals Chamber, *Judgement*, January 23, 2014, Case No.: IT-05-87.
- ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Appeals Chamber, *Judgement*, April 8, 2015, Case No.: IT-05-88/2.

Special Court for Sierra Leone

- SCSL, the Prosecutor v. Norman *et al.*, Appeals Chamber, *Decision on the applications for a stay of proceedings and denial of right to appeal*, November 4, 2003, Case No.: SCSL-2003-09-PT.

Special Tribunal for Lebanon

- STL, the Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi & Assad Hassan Sabra (The Prosecutor v. Ayyash and Others), Appeals Chamber, *Decision on the Interlocutory Appeal of the Defence of Badreddine on the 'Provisional Decision on the Death of Mr. Mustafa Amine Badreddine and the Possible Termination of Proceedings'*, July 11, 2016, Case No.: STL-11-01/T/AC/AR126.11.

2.7. Doctrine

- Burgorgue-Larsen, L. & Ubeda de Torres, A. (2011), *Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 1.
- Mcdermott, Y. (2011), *Rights in reverse: A critical analysis of fair trial rights under international criminal law*. In Schabas, W, Mcdermott, Y & Hayes, N. (Ed.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Aldershot, Routledge.
- Rainey, B., Wicks E., & Ovey C., (2017), *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 7th Ed.
- Stewart, James K. (2014), *Fair Trial Rights under the Rome Statute from a Prosecution Perspective ICTR Symposium - Arusha, Tanzania*, Compendium on the Legacy of the ICTR and the Development of International Law, United Nations - International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, available at: <https://unictr.irmct.org/en/compendium-legacy-ict-and-development-international-law>
- Tochilovsky, V. (2008), *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights: Procedure and Evidence*, Leiden, Brill | Nijhoff.

2.8. Reports, resolutions and other documents

- ECCC. (2011), *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, August 10, 2011.
- ECtHR. (2020), *Rules of Court*, January 1, 2020, available at: https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf
- IACtHR (s.f.), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°12: Debido Proceso*, available at: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>
- ICC, Public Information and Communication Section (2016), *ICC Press Release: Ruto and Sang case: ICC Trial Chamber V(A) terminates the case without prejudice to re-prosecution in future*, April 5, 2016, available at: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr1205>
- Organization of American States (1969), *American Convention on Human Rights (adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November, 1969)*, November 22, 1969.
- United Nations, Security Council (2007), *Resolution 1757, Statute of the Special Tribunal for Lebanon*, May 30, 2007, UN Doc. No.: S/RES/1757.

3. Is Being a Former Child Soldier a Relevant Circumstance for Sentencing? Special Attention to the Ongwen Case Before the International Criminal Court*

3.1. Introduction

Dominic Ongwen was born in Northern Uganda in 1975. He was abducted as a child by the Lord's Resistance Army (LRA) in 1987.¹ He ascended through the LRA's ranks and acquired more powerful command positions due to his operational performance. As a result, by 2002, he became the commander of the Oka battalion. In September 2003, he escalated to the position of second-in-command of the Sinia brigade, and in March 2004 he became the Sinia brigade's commander.²

As multiple attacks were carried out by the LRA against the civilian population of Uganda from 2002 to 2005, ICC PTC II issued, at the request of the Prosecution, a warrant of arrest against Dominic Ongwen in 2005.³ The Prosecution charged Ongwen with crimes against humanity and war crimes under Arts. 7 and 8 of the ICC Statute. The charges were confirmed, and the trial began on December 6th, 2016. The closing statements were presented on March 12th, 2020. TC IX delivered its verdict in early 2021⁴ and is expected to pronounce a sentencing decision in accordance with Art. 78(1) of the ICC Statute and Rule 145 of the ICC RPE in the coming weeks.

* This chapter was written between September 2020 and April 2021 by the following members of the 2020 International Law Clinic: Daniela Bohórquez Murcia, Daniela Corradine Charry, Federico Freydell Mesa, Andrés Felipe Lema González, Sofía Linares Botero and Gabriela Velásquez Medina. The research was conducted under the supervision of Prof. Héctor Olasolo and with the support from Andrés Sánchez Sarmiento and Luisa Villarraga Zschommler.

1 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Fourth Public Redacted Version of 'Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing', filed on January 18, 2016*, August 7, 2020, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, para. 1.

2 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, para. 58.

3 *Idem*.

4 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, *Trial Judgment*, February 4, 2021, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-1762-Red.

In this context, the Defence has raised on several occasions the following argument with the aim of exonerating Ongwen from criminal responsibility: since the accused was abducted into the LRA at a young age and was forced to become a child soldier, he should benefit from the international legal protections provided for children in armed conflicts. According to the Defence, such protections include, as a matter of law, Ongwen's exoneration from criminal liability for crimes under the ICC Statute. The Defence could also contend that being a former child soldier should, at the very least, be considered as a mitigating factor.⁵

In light of this, the present chapter seeks to answer the following three questions which are specially relevant for the Ongwen case: (a) how does being a former child soldier affect the gravity of the crime?; (b) should the ICC consider being a former child soldier as an exonerating, mitigating or aggravating circumstance?; and (c) which is the most appropriate way to deal in sentencing with the fact that the convicted person was a former child soldier?

To answer these questions, an analysis of the available international jurisprudence regarding child recruitment and its relevance for sentencing has been conducted. The scope of this analysis mainly encompasses the jurisprudence of the ICC and the SCSL since these are the only two international criminal tribunals with jurisprudence that is related to this issue.

3.2. How does being a former child soldier affect the gravity of the crime?

3.2.1. The International Criminal Court

Art. 78(1) of the ICC Statute establishes two important factors that the TCs ought to consider when determining a sentence: (i) the gravity of the crime, and (ii) the individual circumstances of the convicted person. Moreover, Rule 145(1) (c) of the ICC RPE establishes an additional handful of elements that can be analysed through the lens of Art. 78(1), including the nature of the unlawful behaviour, the means employed to execute the crime and the circumstances of manner, time and location, amongst others.

⁵ ICC, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, *supra* no. 2, para. 58.

The ICC's jurisprudence has interpreted the notion of "gravity of the crime" in the Ntaganda case,⁶ where the gravity analysis was made by TC VI on a crime *per crime* basis.⁷ TC VI pointed out that the TCs' gravity assessment must consider the particular circumstances of the acts constituting the elements of the offence and the mode of liability. Additionally, the TCs must evaluate the nature and extent of the harm caused to the victims and their families, the nature of the unlawful behaviour, the means employed to execute the crime, the circumstances of manner, time and location, the nature and degree of participation of the convicted person in the commission of the crime and his/her degree of intent.⁸

A similar approach has been taken by TC VIII in the Al-Mahdi case.⁹ TC VIII has also highlighted that the TCs' gravity assessment must be made *in concreto* in light of the particular circumstances of each case. Moreover, such an assessment is to be done from both a quantitative and a qualitative standpoint.¹⁰ As a result, the TCs have a certain degree of flexibility.¹¹

Finally, it is also important to highlight that, prior to the Ongwen case, the ICC had never tried a former child soldier (regardless of whether he was forcibly recruited). As a result, the ICC's jurisprudence has not yet had the opportunity to analyse whether being a former child soldier could be a relevant factor when analysing the gravity of the crime.

6 ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, *Sentencing Judgement*, November 7, 2019, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06, para. 16.

7 TC VI analysed count by count, respectively: (a) murder and attempted murder; (b) rape and sexual slavery; (c) pillage, attacking protected objects and destroying the adversary's property; (d) forcible transfer of population; (e) persecution; and (f) conscripting and enlisting children under the age of 15 into armed forces or groups.

8 TC VI found, for instance, in paras. 44-52 in relation to the crime of murder, that the two most important factors in the Ntaganda case were the harm/damage caused to the victims and their families, and the means employed by Mr. Ntaganda to execute the crime. According to TC VI, the witnesses' testimonies demonstrated the cruelty and brutality that was used throughout the commission of the crimes, which in turn affected the victims and their families' health, since they sustained severe psychological trauma and devastating physical problems as a result of the attack. In light of this, and according to TC VI's analysis for this specific crime, the two outweighing factors were the ones which exposed the cruelty employed by Mr. Ntaganda in the commission of the murders in the territory of the Democratic Republic of Congo under the UPC/FPLC attacks. See: ICC, *Ntaganda's Sentencing Judgement*, *supra* no. 6, paras. 44-52.

9 ICC, the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, *Judgment and Sentence*, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15, para. 76.

10 *Idem*.

11 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Sentencing Judgement*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07, para. 61; ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, para. 16.

3.2.2. The Special Court for Sierra Leone

Much like the ICC, the SCSL Statute establishes two important factors that the TCs ought to consider when imposing a sentence: (a) the gravity of the crime; and (b) the individual circumstances of the convicted person.¹²

In the RUF case, TC I established that the gravity assessment requires a consideration of the specific circumstances of the case, as well as the form and degree of participation of the accused in the crime. Furthermore, TC I listed several elements/circumstances that can be also considered when determining the gravity of the crime: (a) the scale and brutality of the offences committed; (b) the degree of suffering or impact of the crime on the direct victims and on their relatives; and (c) the vulnerability and number of victims.¹³ Moreover, TC I stated that one key factor was particularly relevant in the RUF case for the analysis of the gravity of the crimes committed by Sesay, Kallon and Gbao: the brutality of the offenses and the consequent high degree of suffering by victims.¹⁴

It is important to clarify that the list mentioned above is not exhaustive, and the TCs can consider other elements related to the crime¹⁵. For instance, in the CDF case, TC I placed emphasis on the role played by the accused, stating that the assessment of the gravity is linked to his degree of liability, as well as the nature and the degree of his participation.¹⁶

In the AFRC case, TC II highlighted that the gravity of the crime must be assessed on a case-by-case basis, and that the TCs might examine several types of circumstances, including: (a) the general nature of the underlying criminal conduct; (b) the form and degree of participation of the accused; (c) the degree of impact on the direct victims and on their relatives; (d) the vulnerability of the victims; and (e) the number of victims, amongst others.¹⁷ TC II analysed each specific circumstance accordingly, and concluded that the crimes committed by the accused were heinous and of the utmost gravity,

12 SCSL Statute, Art. 19(2).

13 SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Sentencing Judgement*, April 8, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T, para. 19.

14 *Ibid.*, paras. 103-106.

15 As a result, TC I found in the CDF case that the analysis of the gravity of the crime requires to pay special attention to the following factors: 'The scale and brutality of the offences committed, the role played by the accused in their commission, the degree of suffering or impact of the crime on the immediate victim, as well as its effect on relatives of the victim, and the vulnerability and number of victims.' See: SCSL, the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, Trial Chamber I, *Judgement on the Sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondwa*, October 9, 2007, Case No.: SCSL-04-14-T, para. 33.

16 SCSL Statute, Art. 6 (3).

17 SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, *Sentencing Judgement*, July 19, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T, para. 19.

since Brima, Kamara and Kanu's criminal conduct was brutal, targeted a very large number of unarmed civilians and had a catastrophic and irreversible impact on the lives of the victims and their families. For TC II, the conduct of the convicted persons was deliberate, as they were the primary perpetrators and had effective control. TC II paid special attention to the direct impact on the victim's lives and their vulnerability.¹⁸

Finally, it is important to highlight that, as happens at the ICC, the SCSL has never tried a former child soldier (regardless of whether he was forcibly recruited). As a result, SCSL's jurisprudence has not had the opportunity to address the specific question as to whether being a former child soldier could be a relevant factor when analysing the gravity of the crime.

3.3. Should the International Criminal Court consider being a former child soldier as an exonerating, mitigating or aggravating circumstance?

3.3.1. The International Criminal Court

Neither the ICC Statute, nor the ICC RPE, explicitly state that being a former child soldier amounts to an exonerating, mitigating or aggravating circumstance. Furthermore, ICC's jurisprudence has not examined in detail this issue because it has never previously tried a former child soldier. Indeed, Ongwen is the first defendant ever to request the ICC to consider being a former child soldier as an exonerating circumstance.¹⁹

In this regard, it is important to highlight that Ongwen already made this request in the hearing on the confirmation of charges. The Defence argued before PTC II that, since the accused was abducted into the LRA and was forced to become a child soldier, he should be exonerated from any crime that he might have committed while being a member of the LRA, as a result of applying the international legal protection provided for children in armed conflicts.²⁰

¹⁸ *Ibid.*, paras. 40-47, 68, 77.

¹⁹ ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Further Redacted Version of 'Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing'*, filed on 18 January 2016, March 3, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, paras. 36-49.

²⁰ ICC, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, *supra* no. 2, para. 150.

Nevertheless, PTC II dismissed the Defence's argument because, according to PTC II, such international legal protection does not include the type of exemption from criminal liability requested by the Defence.²¹ Consequently, for PTC II, Ongwen's forced recruitment into the LRA when he was a child could not exonerate him from the crimes that he might have subsequently committed as part of the LRA.²²

As Ongwen's request in the hearing on the confirmation of charges was limited to the consideration as an exonerating circumstance of his being a former child soldier, there is no ICC's jurisprudence on the question as to whether this circumstance could be considered as a mitigating one.

Finally, in relation to the possible consideration of this circumstance as an aggravating factor for sentencing, Rule 145 (2)(b) of the ICC RPE contains a non-exhaustive list of circumstances that can be considered as aggravating factors, including: (a) defenceless victims; (b) special cruelty in the commission of the crime; (c) discriminatory intent; and (d) abuse of power or official capacity.

In interpreting this provision, TC VIII has stated in the Al-Mahdi case that the TCs can only take into consideration aggravating circumstances if they are convinced of their existence beyond reasonable doubt.²³ Moreover, TC VI has also highlighted in the Ntaganda case that aggravating circumstances must relate to the crimes for which an accused is convicted or to the convicted persons themselves.²⁴ Additionally, although certain factors may reasonably be considered under more than one category (e.g., gravity of the crime and aggravating circumstances), it is not possible to rely on the same factor more than once. Thus, any factor taken into consideration to assess the gravity of the crime cannot be considered as an aggravating circumstance, and vice versa.²⁵ Furthermore, in the Bemba case, TC III stated that the absence of mitigating circumstances does not serve as an aggravating circumstance.²⁶

As a result, it is the task of the TCs to identify all relevant factors, and to give them appropriate weight in determining the sentence.²⁷ In doing so, no TC has so far found that being a former child soldier may constitute an aggravating circumstance *per se*. In this regard, it is important to highlight that, although in the Lubanga case TC I considered the cruel treatment of children who had been forcibly recruited into the FPLC as an aggravating circumstance, the

21 *Idem*.

22 *Idem*.

23 ICC, *Al Mahdi's Judgment and Sentence*, *supra* no. 9, para. 73.

24 ICC, *Ntaganda's Sentencing Judgement*, *supra* no. 6, para. 18.

25 *Ibid.*, para. 13.

26 ICC, *Bemba's Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute*, *supra* no. 11, para. 18; ICC, *Katanga's Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute*, *supra* no. 11, para. 34.

27 ICC, *Ntaganda's Sentencing Judgement*, *supra* no. 6, para. 13.

reason for this finding was not the forcible recruitment of the children, but the intense violence to which they were subsequently subjected.²⁸

3.3.2. The Special Court for Sierra Leone

Neither the SCSL Statute, nor the SCSL RPE, explicitly state that being a former child soldier may amount to an exonerating, mitigating or aggravating circumstance. Furthermore, the SCSL's jurisprudence has not dealt with this issue, as it has never tried former child soldiers, nor has it dealt with a defendant who has requested the SCSL to consider such circumstance as an exonerating or mitigating factor.

Nevertheless, there is one ruling involving forced recruitment: the sentencing judgment in the RUF case, which involved three convicted persons (Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao). In this ruling, TC I noticed that Sesay was forcibly recruited at the age of nineteen years by the RUF and considered whether such circumstance could constitute a mitigating factor.²⁹ Moreover, TC I also analysed whether Kallon's forced recruitment into the RUF when he was an adult mitigated the crimes which he later committed.³⁰

The Defence requested that TC I consider Sesay's age, forced conscription and lack of training as mitigating factors. According to the Defence, Sesay (who was only 19 years old at the time of his forced conscription, placing him into a war against his will) suffered the consequences of conscription and enslavement. As a result, his lack of free will, the loss of his youth to war and the brutalizing effects of armed conflict made him a victim. The Defence further contended that this ruinous and irredeemable loss of opportunity for a normal and peaceful life should mitigate the sentence. The argument underpinning this is that, once Sesay was conscripted, the choices he had available were irrevocably limited, making him an impoverished and inexperienced 19/20-year-old, who was not raised in a proper environment.³¹

For the Prosecution, even though Sesay was relatively young at the time the offences were committed, he was still reasonably well-educated, trained, and had gained experience. Thus, according to the Prosecution, TC I should not mitigate Sesay's sentence.³²

28 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2901, para. 33.

29 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* no. 13, para. 220.

30 *Ibid.*, para. 250.

31 SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Sesay Defence Sentencing Brief*, March 17, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T, paras. 89-90.

32 SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Public Prosecution Sentencing Brief*, March 10, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T, paras. 204-205.

After analysing the arguments raised by Sesay's Defence and the Prosecution, TC I held that being forcibly recruited into the RUF could not mitigate *per se* the crimes which Sesay later committed. For TC I, he could well have chosen not to commit the crimes. As a result, according to TC I, being forcibly recruited (even at a young age, such as nineteen) cannot constitute a mitigating factor.³³

The SCSL's jurisprudence has also made several relevant findings concerning aggravating circumstances: (a) the Prosecution must prove beyond reasonable doubt all aggravating factors, in accordance with Rule 101 of the SCSL RPE;³⁴ (b) only circumstances that are directly related to the commission of the crime for which the accused was convicted can be considered as aggravating factors;³⁵ (c) when a circumstance has already been considered in assessing the gravity of the offence, it cannot be considered as an aggravating factor;³⁶ and (d) when a factor is an element of the underlying offence, it cannot be considered as an aggravating factor.³⁷

Based on the above, and despite the fact that the SCSL's jurisprudence has not dealt with cases involving former child soldiers, it is reasonable to conclude that being a former child soldier would not constitute *per se* an exonerating, mitigating or aggravating circumstance.

3.4. Which is the most appropriate way for the International Criminal Court to deal in sentencing with the fact that the convicted person is a former child soldier?

Neither the ICC Statute and RPE, nor the rules of any international criminal tribunal explicitly state that being a former child soldier is an exonerating, mitigating or aggravating circumstance. Furthermore, there is no jurisprudence on this issue, as most international criminal tribunals have not tried former

33 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* no. 13, paras. 220, 250.

34 SCSL, the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T, para. 24; ICTY, the Prosecutor v. Mucić *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21, para. 763.

35 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* no. 13, para. 24.

36 *Idem*. See also: ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Deronjić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 20, 2005, Case No.: IT-02-61, paras. 106-107.

37 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* no. 13, para. 24. See also: ICTY, the Prosecutor v. Thomir Blaškić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 29, 2004, Case No.: IT-95-14, para. 69.

child soldiers,³⁸ nor have they dealt with defendants requesting TCs to consider such circumstances as exonerating or mitigating factors.

Moreover, neither the ICC nor the SCSL have had, to date, the opportunity to analyse whether being a former child soldier could be a relevant factor when analysing the gravity of the crime.

In light of this, to reach any conclusion on whether being a former child soldier could affect the gravity of the crime, particularly if, as Ongwen, he was forcibly recruited when he was under the age of fifteen, is a matter for conjecture, and open for judicial consideration. Furthermore, in assessing whether this circumstance could be considered an exonerating, mitigating or aggravating factor, it is prudent to only draw conclusions from the two decisions somewhat related to this issue: (a) the decision on the confirmation of charges issued by ICC PTC II in the Ongwen case (2016),³⁹ and (b) the sentencing judgment issued by the SCSL TC I in the RUF case (2009).⁴⁰

Both decisions agreed on a matter that is very relevant in addressing the issue at hand: any international legal protection for child soldiers in armed conflicts that may exist does not automatically exempt them from criminal liability for any international crime that they may commit subsequently.⁴¹ Moreover, according to SCSL TC I, being forcibly recruited as a young adult (nineteen years old) does not constitute *per se* an exonerating or mitigating circumstance.⁴² Based on the above, and considering that being a former child soldier (especially, a forcibly recruited child soldier) does not constitute an aggravating circumstance, Art. 78 of the ICC Statute and Rule 145 of the ICC RPE only provide for two reasonable alternatives to deal with this factor in sentencing: to consider it as a mitigating circumstance, or as an individual circumstance of the convicted person.

In the Ntaganda case, TC VI has applied a two-tiered approach to sentencing. According to it, the gravity of the crimes is first addressed (crime-by-crime). Subsequently, TC VI deals with aggravating and mitigating circumstances. As a result, all individual circumstances are analysed through the lens of either aggravating or mitigating circumstances for the sentencing analysis.⁴³ In this context, TC VI has found that being 28 to 30 years at the time when the crimes occurred cannot be considered as a mitigating circumstance. Moreover, for TC VI, Ntaganda's experience in the Rwandan Genocide does not constitute a

38 Pananjung, D.P. & Poerana S.A. (2019), 'Former Child Soldiers Status: How the International Criminal Court Considers Its Significance in the Sentencing Process', *Padjadjaran Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2, p. 4.

39 ICC, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, *supra* no. 2, para. 1.

40 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* no. 13, paras. 220, 250.

41 ICC, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, *supra* no. 2, para. 150.

42 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* no. 13, para. 220.

43 ICC, *Ntaganda's Sentencing Judgment*, *supra* no. 6, para. 210.

mitigating circumstance. Furthermore, in TC VI's view, "the alleged protection of one group through acts aimed at the destruction and disintegration of another cannot under any circumstance constitute a matter of mitigation."⁴⁴

The Katanga case does not follow the two-tiered approach to sentencing applied in the Ntaganda case. This is clearly shown by the way TC II dealt with the Defence's allegation that Katanga should have a reduced sentence because he was young, had a complicated family life and a traumatic personal history, and had 'a reputation as a courageous man who helped his community.'⁴⁵ TC II rejected the Defence's submission to treat these circumstances as independent mitigating factors. Nevertheless, despite not treating them as mitigating factors, TC II took Katanga's young age, his family circumstances, and his disposition towards the community into account in reducing the sentence, albeit in a 'very limited manner'.⁴⁶

Finally, in the Al Mahdi case, TC VIII took a three-tiered approach to sentencing, distinguishing among: (a) the gravity of the crimes; (b) mitigating and aggravating circumstances;⁴⁷ and (c) individual circumstances.⁴⁸ In applying this approach, TC VIII only considered as relevant mitigating circumstances: (i) Al Mahdi's conduct in detention; (ii) his demonstration of regret; and (iii) his admission of guilt. Thus, Al Mahdi's age, education and background were not considered as mitigating circumstances. As a result, they were treated exclusively as personal circumstances.⁴⁹ Moreover, TC VIII considered that this type of factors (age, education, and background) had no value for the purpose of reducing the sentence.⁵⁰

In light of the above-mentioned, considering being a former child soldier as an individual circumstance of the convicted person is consistent with the ICC's statutory framework for sentencing, as it does not contain an exhaustive list of the relevant individual circumstances of the convicted person. Moreover, it is also consistent with the ample discretion given by the ICC's jurisprudence to the TCs to determine the weight to be attached to such individual circumstances. Nevertheless, it is important to highlight that the Al-Mahdi and Katanga cases show that the value for sentencing reduction given so far to these type of circumstances by the TCs is, at best, very limited.

44 *Idem*.

45 ICC, *Katanga's Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute*, *supra* no. 11, para. 78.

46 *Ibid.*, para. 87. ICC TC II cited in support of its approach the Rugambarara case before the ICTR.

47 TC VIII also defined the process to admit aggravating and mitigating circumstances. While aggravating circumstances must be proven beyond reasonable doubt, mitigating circumstances must be proven 'on a balance of possibilities.' See: ICC, *Al Mahdi's Judgment and Sentence*, *supra* no. 9, para. 96.

48 *Idem*.

49 In the Al Mahdi case, they are his initial reluctance to commit the crimes as well as the methods of execution, by which Al Mahdi sought to protect surrounding graves from the destruction of the shrines.

50 ICC, *Al Mahdi's Judgment and Sentence*, *supra* no. 9, para. 96.

As a result, the question remains as to whether the fact that the convicted person was forcibly recruited when he was under fifteen years (as happened with Ongwen) could eventually require a more important reduction of sentence by treating this circumstance as a mitigating factor. Nevertheless, ICC PTC II's decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen (2016),⁵¹ and the sentencing judgment issued by the SCSL TC I in the RUF case (2009), provide at least some *indicia* that this approach is not likely to be followed.

3.5. Conclusion

Neither the ICC nor the SCSL have yet had an opportunity to address the specific question as to which is the most appropriate way to deal in sentencing with the fact that the convicted person was a former child soldier.

In light of this situation, and considering Art. 78 of the ICC Statute, Rule 145 of the ICC RPE and the existing jurisprudence of the ICC and the SCSL, there are only two reasonable alternatives to deal with this factor in sentencing: to consider it as a mitigating circumstance, or as an individual circumstance of the convicted person. The first option is consistent with both the ICC's statutory framework for sentencing, and the ample discretion given by the ICC's jurisprudence to the TCs to determine the weight to be attached to such individual circumstances. Nevertheless, the value for sentencing reduction applied so far to these type of circumstances by the TCs is, at best, very limited.

Consequently, the fact that the convicted person was forcibly recruited when he was under fifteen years of age (as happened with Ongwen) could eventually require a more important reduction of sentence by treating this circumstance as a mitigating factor. Nevertheless, the Ongwen and RUF cases show that this approach is unlikely to be followed.

3.6. Table of jurisprudence

International Criminal Court

ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute*, July 12, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-290.

⁵¹ ICC, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, *supra* no. 2, para. 1.

- ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Further Redacted Version of 'Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing'*, filed on 18 January 2016, March 3, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399.
- ICC, the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, *Judgment and Sentence*, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15.
- ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, *Sentencing Judgement*, November 7, 2019, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Fourth Public Redacted Version of 'Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing'*, filed on January 18, 2016, August 7, 2020, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Trial Judgment, February 4, 2021, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-1762-Red.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

- ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Deronjić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 20, 2005, Case No.: IT-02-61.
- ICTY, the Prosecutor v. Thomir Blaškić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 29, 2004, Case No.: IT-95-14.
- ICTY, the Prosecutor v. Mucić *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21.

Special Court for Sierra Leone

- SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Sentencing Judgement*, April 8, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T.
- SCSL, the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, Trial Chamber I, *Judgement on the Sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondwa*, October 9, 2007, Case No.: SCSL-04-14-T.

SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, *Sentencing Judgement*, July 19, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T.

SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Sesay Defence Sentencing Brief*, March 17, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T.

SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Prosecution Sentencing Brief*, March 10, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T.

SCSL, the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T.

3.7. Doctrine

Pananjung, D.P. & Poerana S.A. (2019), 'Former Child Soldiers Status: How the International Criminal Court Considers Its Significance in the Sentencing Process', *Padjadjaran Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2.

4. Criminal Responsibility Under National Law of Under Fifteen Child Soldiers who were Victims of Forced Recruitment*

4.1. Introduction

This chapter addresses two research questions in relation to the Ongwen case before the ICC. Dominic Ongwen was the former commander of the Sinia Brigade of the Lords' Resistance Army ('LRA'), an organised armed group that has been involved in a non-international armed conflict against the Ugandan government since 1985.¹

The first research question refers to the kind of penalties that are provided for child soldiers under the age of 15 in specific national jurisdictions in which they can be held criminally liable for crimes committed during the period of their recruitment. The second deals with the relevance in sentencing of being a former under-fifteen-child-soldier when former child soldiers are convicted for crimes subsequently committed when they are adults. In relation to both research questions, the focus is on children who were forcibly recruited under the age of fifteen.

To address these issues, a number of domestic jurisdictions from Africa (Egypt, Kenya, South Africa and Uganda), America (Colombia, El Salvador, Peru and the United States of America) and Europe (Germany, Hungary, Spain and the United Kingdom) were analysed. Four specific criteria were used when determining the national jurisdictions to be researched: (a) the need to cover

* This chapter was written between September 2020 and April 2021 by the following members of the 2020 International Law Clinic: Daniela Bohórquez Murcia, Daniela Corradine Charry, Federico Freydell Mesa, Andrés Felipe Lema González, Sofía Linares Botero, and Gabriela Velásquez Medina. The research was conducted under the supervision of Prof. Héctor Olasolo and with the support of Andrés Sánchez Sarmiento and Luisa Villarraga Zschommler.

1 Dominic Ongwen was born in Northern Uganda in 1975. He was abducted as a child by the LRA in 1987. He ascended through the LRA's ranks and acquired more powerful command positions due to his operational performance. As a result, by 2002, he became the commander of the Oka battalion. In September 2003, he escalated to the position of second in command of the Sinia Brigade, and in March 2004 he became the Sinia Brigade's commander. As multiple attacks were carried out by the LRA against the civilian population from 2002 to 2005 in the territory of Northern Uganda, ICC PTC II issued in 2005, at the request of the Prosecution, a warrant of arrest against Ongwen. The charges of crimes against humanity and war crimes were confirmed, and the trial began on December 6th, 2016. On February 4th, 2021, he was declared guilty by ICC TC IX. As provided for in Art. 78 (1) of the ICC Statute and Rule 145 of the ICC RPE, a sentencing decision is expected in the coming weeks.

national jurisdictions from different geographical and cultural areas, thus enhancing the scope of the research and enriching it with legal and judicial diversity; (b) the links of the relevant national jurisdictions with Uganda, the State in which the crimes charged in the Ongwen case were allegedly committed (the United Kingdom and its three constituent elements (England and Wales, Scotland and Northern Ireland) have been dealt with in a separate subsection due to its close links with Uganda); (c) the existence of an armed conflict that gave rise to the commission of mass crimes by children under the age of 15 (or by adults who were forcibly recruited when they were under 15); and (d) the possibility to access official information in English or Spanish.

Moreover, in carrying out the research, special emphasis has been placed on national jurisdictions in which transitional justice systems have been set up because of peace negotiations (Colombia, Uganda and The Philippines). This is due to the special measures provided for recruited minors in transitional justice systems.

As a result, this chapter is divided into three main parts. In the first two, the criminal responsibility of current and former under-fifteen-child-soldiers who were forcibly recruited is analysed, distinguishing between ordinary (section 4.2) and transitional national justice systems (section 4.3) national justice systems. Finally, in the third part, the main conclusions of the research are presented (section 4.4).

4.2. Ordinary national justice systems

According to the Child Rights International Network (s.f.), only 10 countries (Argentina, Cape Verde, Cuba, Equatorial Guinea, East Timor, Guinea-Bissau, Luxembourg, Mozambique, Portugal and Sao Tome and Principe) have set the minimum age for criminal responsibility above fifteen years. As a result, in most national jurisdictions under-fifteen-child-soldiers can be held criminally liable, although they usually receive lower penalties. Moreover, when former under-fifteen-child-soldiers are convicted for crimes subsequently committed as adults, national jurisdictions do not tend to provide any special treatment for them in sentencing.

4.2.1. Africa: Egypt, Kenya and South Africa

Three national justice systems have been analysed in Africa: Egypt, Kenya and South Africa. In Egypt, there is a four-tiered approach towards juvenile delinquency² depending on the minor's age at the time of the commission of

2 Egypt, Law No. 12 (1996), Child Law Amended, Arts. 96, 101.

the crime: (a) children under the age of 7 years are fully unimpeachable;³ (b) children between 7 and 12 years old can be subjected in exceptional circumstances to the juvenile justice system (even though the minimum age for criminal responsibility is 12); (c) children between 12 and 15 years are criminally liable under the juvenile justice system; and (d) minors over 15 years are treated as adults. No legal provision or jurisprudence has been found in Egypt relating to any special treatment given to adults who commit crimes after having been initially recruited into armed organizations (be they criminal,⁴ terrorist,⁵ or any other category) when they were minors.

In Kenya, the minimum age for criminal responsibility has been set at 8 years. Although children between 8 and 12 are presumed not to understand the consequences of their actions, this presumption may be disproved by the Prosecution (in these cases, they are criminally liable).⁶ The penalties for minors under the age of 18 are limited by juvenile law. As a result, the death penalty is prohibited and specific provisions for treatment in rehabilitation centers are provided for.⁷

In this context, Criminal Case No. 239/2004 from the High Court of Kenya⁸ is relevant. This case dealt with an armed criminal gang composed of, amongst others, Kambi Chai, who was 15 at the time of the robbery and became an adult by the time the judgment was issued. Kambi Chai and his co-accused were sentenced to death, which led the former to appeal the decision on the following basis: ‘The High Court erred in law in failing to consider the issue of the age of the 2nd appellant at the time of the alleged offense.’ Nevertheless, the Appeals Court rejected the appeal because the events of the case occurred before the entry into force of the prohibition of death sentences for minors contained in the Children Act (2001). As a result, the age of the appellant was not discussed during the appeal proceedings.

Kenyan law does not regulate aggravating and mitigating circumstances in its Criminal Code. Rather, the only applicable rules in sentencing are those contained in the guidelines of the nation’s judiciary, which do not consider forced recruitment as an aggravating or a mitigating factor. Nevertheless, as the guidelines are not binding, Kenyan judges have a broad flexibility to decide on mitigating and aggravating circumstances.

3 *Idem*.

4 Egypt, Law No. 58 (1937), Penal Code.

5 Egypt, Law No. 88 (2015), Terrorist Entities Law.

6 Kenya, Penal Code (2012), Art. 14, pp. 6-21.

7 Kenya, Children Act (2001), Art. 190, p. 91.

8 High Court of Kenya (Mombasa), Kazungu Kasiwa Mkunzo *et al.* v. Republic, *Appeal Judgment*, June 21, 2006, Case No.: 239/2004.

Finally, in South Africa, the Child Justice Act (2008)⁹ sets a minimum age of 10 years for criminal responsibility. Moreover, children between 10 and 14 are considered to lack a minimum degree of awareness (a necessary *mens rea* element of all crimes). This presumption may nevertheless be disproved by the Prosecution. Moreover, although there are some general provisions relating to juvenile criminal law that are also applicable to under-fifteen-child-soldiers, no special measure applicable to them can be found in South African legislation or jurisprudence. Furthermore, akin to the system in Kenya, the South African High Court¹⁰ has affirmed that there is no system of *numerus clausus* of aggravating or mitigating circumstances, since the presiding judge decides upon them on a case-by-case analysis. Therefore, South African law does not expressly rule out forcible recruitment as a possible mitigating or aggravating circumstance. Nevertheless, no South African jurisprudence on this matter has been found.

4.2.2. America: El Salvador, Peru and the United States

Three national justice systems have been analysed in America: El Salvador, Peru and the United States. When studying national legislations in America, it is important to consider that the cornerstone of most national legal systems is the *nullum crimen sine legem* principle, according to which all factors that are relevant in sentencing must be set out in the Law. Moreover, as a general pattern, American national legislations tend not to have any specific provisions regarding the criminal responsibility of child soldiers.

In El Salvador, the minimum age for criminal responsibility has been set at 12 years. Although El Salvador¹¹ has specific criminal legislation for children between the ages of 12 and 18,¹² it does not provide any special treatment for under-fifteen-child-soldiers. Indeed, Salvadorian Law only addresses child soldiers as victims, and does not attach to this circumstance any consequence for sentencing. Moreover, no Salvadorian jurisprudence dealing with forcibly recruited children who commit crimes has been found. Furthermore, adults, who were forcibly recruited when they were children under fifteen and subsequently engage in criminal conduct, are not treated in a different way.¹³

9 South Africa, Child Justice Act 75 (2008), Art. 7 (1).

10 High Court of South Africa, *S v. Soni*, *Judgment*, October 26, 2018, Case No.: CC 29/14P, ZAKZPHC 74, paras. 14-15.

11 El Salvador, Decree No. 1030 (1997), Criminal Code, Art. 17.

12 El Salvador, Decree No. 863 (1994), Youth Criminal Code, Art. 22.

13 El Salvador's Supreme Court of Justice, Criminal Chamber, *Judgment*, February 22, 2019, Case No.: 364C2018; El Salvador's Supreme Court of Justice, Special Criminal Chamber, *Judgment*, May 20, 2019, Case No.: 889-890-APE-2018.

The Peruvian Criminal Code has a three-tiered system when it comes to minors who commit crimes: (a) children under the age of 12 are not criminally liable;¹⁴ (b) children between 12 and 13 are subject to special measures of protection; and (c) children between the ages of 14 and 18 are subject to ‘socio-educative measures’ under juvenile law¹⁵ (in cases of serious crimes, such as sexual violence, these measures usually consist of internment for 6 to 10 years).¹⁶ Moreover, Peru has no legal provision on specific mitigating or aggravating circumstances for individuals who were forcibly recruited as children and subsequently commit crimes as adults. Furthermore, no Peruvian jurisprudence addressing the research questions has been found.

Finally, the US Model Penal Code only applies to offenders above the age of 16.¹⁷ Moreover, it contains no provision relating to child soldiers. Furthermore, the Model Penal Code does not deal with mitigating or aggravating circumstances, except for those contained in Section 210 (4) with regard to the crime of murder. They do not refer to child recruitment. Nevertheless, this does not preclude States’ criminal laws from (a) regulating the criminal liability of minors (including under-fifteen-child-soldiers), and (b) providing for mitigating or aggravating circumstances in cases of former under-fifteen-child-soldiers who subsequently commit crimes when they are adults.

4.2.3. Europe: Germany, Hungary and Spain

Three national justice systems have been analysed in Europe: Germany, Hungary and Spain. Criminal codes in these jurisdictions, as in most European jurisdictions, include provisions for minors, but not for *recruited* minors. This is especially relevant because most European national jurisdictions are civil law-based jurisdictions, hailing from a central European tradition of strong attachment to the legality principle. As a result, the pattern found in national jurisdictions from Africa and America is confirmed by European domestic jurisdictions: forcibly recruited minors (including under-fifteen-child-soldiers) are usually treated as juveniles in States that do not have transitional justice legislation.

In Germany, the German Criminal Code sets the minimum age for criminal responsibility at 14 years.¹⁸ Moreover, as provided for in Section 3 of the Youth Courts Act, the following additional condition is required for the criminal liability of minors between 14 and 18: ‘If, at the time of the act, [the person who commits the crime] has reached a level of moral and intellectual maturity sufficient to

14 Peru, Law No. 27337 (2000), Code of Children and Adolescents, Art. 184.

15 Peru, Legislative Decree No. 1348 (2017), Code of Teenager Criminal Responsibility, Art. 1.

16 *Ibid.*, Art. 163 (4).

17 United States of America, Model Penal Code (1971), Sections 4 (10) and 210 (4).

18 Germany, Criminal Code (1998), Section 19.

enable them to understand the wrongfulness of the act and to conduct themselves in accordance with such understanding.¹⁹ Nevertheless, German criminal law does not contain specific provisions on forcibly recruited minors. Furthermore, the German Criminal Code has no direct reference to being a victim of forced recruitment as a mitigating or aggravating circumstance for crimes later committed as adults. Nevertheless, this could be a relevant individual circumstance for the reduction of the sentence under Section 28 of the German Criminal Code on ‘special personal characteristics.’

The Hungarian Criminal Code sets the minimum age for criminal responsibility at 14 years. Nevertheless, children between 12 and 14 who commit grave crimes and are aware of their actions can also incur criminal responsibility.²⁰ Moreover, regarding the possibility of minors’ forcible recruitment being treated as a mitigating or aggravating circumstance, it must be highlighted that Section 15 of the Hungarian Criminal Code makes no direct reference to this factor when defining the exonerating and mitigating circumstances.²¹ Moreover, the Hungarian Criminal Code does not define aggravating circumstances of general application, as it only refers to certain circumstances relating to the specific crimes committed (none of which are related to minors’ forcible recruitment). Nevertheless, the general principles of sentencing provided for in Section 80 of the Hungarian Criminal Code establish that the sentence must be determined based on ‘its objective, ensuring that the punishment is appropriate for the material gravity of the criminal offence, the degree of guilt, the degree of danger the perpetrator poses to society, and other mitigating and aggravating circumstances.’ This may open the door for the consideration of under-fifteen forcible recruitment as a mitigating or aggravating factor.²²

In Spain, the Spanish Criminal Code²³ sets the minimum age for criminal responsibility at 14 years. It also establishes that minors under the age of 15 can only be sentenced to a maximum of 3 years’ imprisonment.²⁴ Moreover, as shown by the case of Claudio, who was recruited into the Islamic State and captured while he was in Morocco seeking to join the organization (no charges pressed against him),²⁵ minors under 18 recruited into armed organizations usually avoid punishment. Nevertheless, sentences with imprisonment penalties have also occasionally been set. This happened, for instance, in the case of a Spanish minor who was captured in Iraq after having joined the Islamic

19 Germany, Youth Courts Act (1972), Section 3.

20 Hungary, Criminal Code (2012), Section 16.

21 *Ibid.*, Section 15.

22 *Ibid.*, Section 80.

23 Spain, Organic Law 10 (1995), Criminal Code, Art. 19.

24 Spain, Organic Law 5 (2000), Judgment on norms for the criminal responsibility of minors.

25 Supreme Court of Spain, Penal Chamber, *Judgment*, October 20, 2020, Case No.: 525/2020.

State and recruited other children into the organization.²⁶ Furthermore, there is no specific aggravating or mitigating circumstance under the Spanish Criminal Code relating to individuals, who were forcibly recruited when they were children, and later committed crimes as adults.²⁷ Nevertheless, general aggravating and mitigating circumstances may apply, such as the age of the convicted persons, or grave alteration of their personal situations.

4.2.4. Special attention to the United Kingdom considering its strong ties with Uganda

Given the close links between the United Kingdom and Uganda, the legislation and jurisprudence of the United Kingdom is specifically dealt with in this subsection. Moreover, given the existence of three autonomous jurisdictions in the United Kingdom (England and Wales, Scotland and Northern Ireland), the analysis of each of them is carried out separately.

In England and Wales children under the age of 10 cannot be criminally prosecuted. Nevertheless, when they break the law, other types of sanctions can be applied to them, such as filing charges against their parents, or issuing child safety orders to be followed by their guardians. Children between the ages of 10 and 17 years can be prosecuted for the crimes that they commit under special measures designed for them, such as being judged by Specialized Minors Courts or being sentenced to pedagogical and community service measures. Furthermore, in the most complex cases minors between 10 and 17 can be also sent to special security centers for young people.

In Scotland, the minimum age for criminal responsibility is set at 12 years.²⁸ As a result, as the Criminal Justice and Licensing Act (2010) indicates, minors below 12 may not be prosecuted for an offence.²⁹ Concerning children above 12 years, neither Scottish legislation, nor Scottish jurisprudence addresses the issue of under-fifteen-child-soldiers. Moreover, the International Criminal Court Act (2001),³⁰ the most relevant legal provision about international crimes, does not make any reference to minors.

26 This case is mentioned in the judgment 973/2018 of the Penal Chamber of the Spanish *Audiencia Nacional*. In this judgment, the minor was not prosecuted *per se*, however, it is mentioned that he had been prosecuted and convicted for joining a terrorist organization. See: National Audience of Spain, Penal Chamber, *Judgment*, April 9, 2018, Case No.: SAN 973/2018.

27 Spanish Criminal Code, *supra* no. 23, Art. 19. See also: National Audience of Spain, Penal Chamber, *Judgment*, September 25, 2018, Case No.: SAN 3462/2018.

28 Scotland, Age of Criminal Responsibility Act (2019).

29 Scotland, Criminal Justice and Licensing Act (2010).

30 Scotland, International Criminal Court Act (2001).

Notwithstanding this, there is some jurisprudence that might shed light on sentencing practices by Scottish tribunals when the convicted person is a minor. In this regard, the High Court of Justiciary has stated that its primary consideration when sentencing minors is the child's best interest. Thus, any conviction must aim to the reintegration and rehabilitation of the convicted child.³¹

The High Court of the Judiciary has also established in several cases that the youth of the convicted child is a mitigating circumstance, including in those cases where the convicted person is an adult judged by crimes committed when he was a minor. In particular, in the *Paul William Greig v. Her Majesty's Advocate* case, the TC found that being a minor when the crimes took place is a relevant factor for sentencing. Therefore, the penalty cannot be the same as if the convicted person was an adult.³²

An exception to this case has been applied by Scottish courts in situations of defendant's 'irreparable corruption', as provided for in the *Aaron Thomas Campbell* case. In this case, the AC highlighted that '[...] juveniles are generally less blameworthy and more worthy of forgiveness than adult offenders, although each case must depend on its own circumstances: there is a difference between the juvenile offender whose crime reflects unfortunate yet transient immaturity and the rare juvenile offender whose crime reflects irreparable corruption.'³³ As a result, in the situations of defendant's irreparable corruption, '[t]he nature of these appalling offences and what I have read in the reports make it clear to me that reintegration and rehabilitation, while these are important considerations, are remote possibilities and neither your best interests nor anyone else's will be served by a speedy return to the community.'³⁴

In Northern Ireland, the minimum age for criminal responsibility is set at 10 years. As there is no specific legislation or jurisprudence relating to child involvement in armed conflicts, the most relevant legislation is the *Criminal Justice (Children) (Northern Ireland) Order of 1998*, which regulates grave crimes committed by children. The Order determines that, when grave crimes are perpetrated, no life imprisonment sentence shall be passed onto the child. Instead, the child shall be sentenced to be detained for the time the Minister of Justice considers appropriate. Moreover, although the purpose of *Juvenile Justice in Northern Ireland* is to encourage children '[...] to recognize the effects of crime and to take responsibility for their actions', with special regard for

31 Scotland's Appeal Court, *Adam McCormick Against Her Majesty's Advocate*, High Court of the Judiciary, *Appeal Against Sentence*, April 12, 2016, Case No.: HCJAC 50, para. 4.

32 Scotland's Appeal Court, *Paul William Greig v. Her Majesty's Advocate*, High Court of the Judiciary, *Judgment*, October 5, 2012, Case No.: HCJAC 127, para. 7.

33 Scotland's Appeal Court, *Aaron Thomas Campbell against Her Majesty's Advocate*, High Court of the Judiciary, *Appeal Against Sentence*, September 10, 2019, Case No.: HCJAC 58, para. 9.

34 *Ibid.*, para. 7.

the wellbeing of the child, minors can be taken from juvenile facilities to prisons when they turn 17.³⁵

Regarding mitigating and aggravating circumstances, it is important to highlight that in Northern Ireland the age of the offender is an important mitigating factor,³⁶ as is ‘the capacity of understanding and responding in a socially appropriate manner.’³⁷ Furthermore, Northern Ireland tribunals have accepted that the effects of psychological distress experienced as a child can also be considered a mitigating circumstance.³⁸ Nevertheless, forcible recruitment into an armed group, or an analogous criminal organization, has not been considered so far as a relevant circumstance for sentencing.

4.2.5. Final remarks

Although all national justice systems analysed set the minimum age for criminal responsibility under 15, children under this age are generally protected by legal provisions and juvenile justice legislation, which provide for more favourable conditions for them. In exceptional cases, some jurisdictions have even abandoned a retributive justice system, favouring the adoption of rehabilitation measures for children under 15. As a result, sentences are usually replaced by temporary remands or ‘corrective measures.’

International Law has endorsed and bolstered this approach, as the UN Convention on the Rights of the Child³⁹ recognizes that when children commit criminal offences, their submission to the criminal justice system should be a last resort mechanism by States.

National jurisdictions do not appear to bestow special treatment to under-fifteen-child-soldiers due to their forcible recruitment. Instead, under-fifteen-child-soldiers usually benefit from general provisions related to juvenile justice.

Furthermore, no national jurisdiction bestows special treatment to under-fifteen-forcibly-recruited-children, who subsequently commit crimes when they are adults. The national justice systems which have been analysed tend

35 Northern Ireland, The Criminal Justice (Children) Order (1998).

36 Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. Darren Larmour, *Decision on Tariff*, May 24, 2005, Case No.: [2004] NICC 4, paras. 11, 17; Court of Appeals of Northern Ireland, The Queen v. Trevor McCandless (and others), *Judgement*, January 9, 2004, Case No.: CARF4076, paras. 2-8, 13, 17.

37 Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. A and B, *Judgement*, November 21, 2008, Case No.: GIL7324, paras. 23-31.

38 Court of Appeals in Northern Ireland, Attorney General’s Reference: Michael John Gilbert, *Appeals Judgement*, September 15, 2006, Case No.: [2006] NICA 36, paras. 10, 15. The Court found that youth was not a relevant factor to be considered when analyzing mitigating circumstances.

39 United Nations, General Assembly, Resolution 44/25, *Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, UN Doc. No.: A/RES/44/25, Art. 40.

to consider the age of the convicted person as a possible mitigating factor. Nevertheless, none of them have specifically considered forcible child recruitment as such.

4.3. Transitional justice systems

As shown by the case of Colombia and The Philippines, States with transitional justice systems tend to specifically deal with minors who have been recruited by organized armed groups (including children forcibly recruited under the age of fifteen) through amnesty laws passed at the end of armed conflict. As an exception, the Ugandan amnesty law makes no specific reference to LRA's child soldiers.

4.3.1. Colombia

In Colombia, the Constitutional Court has established that it is not relevant whether recruited minors became members of organized armed groups willingly or unwillingly since, in the Court's opinion, minors cannot be fully aware of the consequences that derive from enlisting into said groups, especially considering their social, cultural and educational background.⁴⁰ Thus, for the Constitutional Court, children under the age of 18 are unable to make a well-informed decision when joining organized armed groups, and therefore their consent is never valid.⁴¹ Therefore, forcefully recruited children are always victims in the conflict.

The Law of Justice and Peace (2005) established a first transitional justice system for demobilized members of Colombian organized armed groups (in particular, members of the *United Self-Defences of Colombia*). Nevertheless, it only refers to the demobilization of recruited minors, and not to their criminal liability for the (international) crimes they might have committed.⁴²

Law 1448 (2011) established a second system of transitional justice in Colombia, according to which forcibly recruited minors who demobilized from organized armed groups while they were under 18 are considered victims of the armed conflict. Nevertheless, this law does not specifically refer to the exemption or mitigation of criminal liability for the (international) crimes that

40 Constitutional Court of Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, 'Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones'*, April 1, 2009, Case No.: C-240/09.

41 *Idem*.

42 Colombia, Law 975 (2005), Art. 10 (3).

they might have committed while being part of the organized armed group that forcibly recruited them.⁴³

The 2016 Peace Agreement between the Colombian Government and the Colombian Revolutionary Armed Forces ('FARC') established a third system of transitional justice. The Amnesty Law that is part of it has addressed the issue of how to treat demobilized FARC's child soldiers who have committed international crimes.

The regulation of this issue is two-fold. On the one hand, according to Art. 28 of the Amnesty Law,⁴⁴ those responsible for international crimes during the armed conflict cannot be granted amnesty. On the other hand, the Amnesty Law tasks one of the Chambers of the Special Jurisdiction for Peace ('SJP'), the Chamber for the Definition of Judicial Situations, with deciding on whether charges will be pressed against demobilized FARC's child soldiers who have committed international crimes. According to the Colombian Constitutional Court, Congress has the power to give the SJP the mandate to determine what treatment should be given to demobilized FARC's child soldiers. Moreover, even if the competent SJP Chamber decides to press charges against them, the Constitutional Court has made it clear that it must consider the principles that guide: (a) the function of the penalty in the Colombian system of juvenile criminal responsibility; and (b) the restorative and prospective focus of the sanctions of the SPJ.⁴⁵

Even though it is an important element of the Amnesty Law, out of over two hundred cases overseen by the Chamber for the Definition of Judicial Situations, only five of them have dealt with demobilized child soldiers who were active in the conflict. In all five cases, the Chamber dismissed their request and denied them the possibility to be exonerated from criminal responsibility under Art. 28 of the Law.⁴⁶

For all those cases of forcible recruitment of children under fifteen by organized armed groups or criminal organizations that are outside the scope of application of the three above-mentioned systems of transitional justice, the Colombian Criminal Code is applicable. It sets the age of criminal responsibility at 14 years. Nevertheless, no provision can be found in the Colombian Criminal Code which considers the forcible recruitment of minors as an

43 Colombia, Law 1448 (2011), Law of Victims, Art. 3; González Ortiz, J. & Carrasquilla Baza, D. (2017), 'Niños, niñas y adolescentes ¿víctimas o victimarios del conflicto armado en Colombia?', *Justicia Juris*, Vol. 13, No. 1, pp. 56-62.

44 Colombia, Law 1820 (2016), Law of Amnesty, Art. 28.

45 Constitutional Court of Colombia, *Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, 'Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz'*, August 15, 2018, Case No.: C-080/18.

46 Special Jurisdiction for Peace (2020), *Relati JEP Buscador Especializado de la JEP*, available at: <https://relatoria.jep.gov.co>

exonerating, a mitigating or an aggravating circumstance (regardless of the age of demobilization).⁴⁷ The same holds true concerning the lack of Colombian jurisprudence on this matter.

Finally, it is also worth mentioning that Art. 188D of the Colombian Criminal Code criminalises the use of minors for the commission of crimes.⁴⁸ The increasing number of children and adolescents belonging to gangs and urban cartels have led to the inclusion of this offence in the Colombian Criminal Code.⁴⁹

4.3.2. Uganda

The Ugandan Penal Code Act sets the minimum age for criminal liability at 12 years.⁵⁰ Nevertheless, under the Children Act (2001),⁵¹ the penalties for minors who commit crimes are considered as remands or orders (as opposed to punishment),⁵² and cannot be longer than three years.⁵³ Moreover, the Amnesty Act (2000),⁵⁴ whose application was last extended in 2017 for an additional 24 months⁵⁵ despite strong opposition,⁵⁶ includes wide-ranging provisions for those who laid down their weapons.⁵⁷

The concession of amnesty is dependent on the Ugandan Amnesty Commission, which usually grants amnesty to LRA's members who demobilise, or are detained by Ugandan security forces, including those who were forcibly recruited by the LRA when they were children under the age of fifteen (regardless of their age at the time of demobilization or detention). Moreover, when amnesty is granted, the person concerned may be referred to Ugandan traditional community justice mechanisms.⁵⁸

47 Colombia, Law 599 (2000), Penal Code, Arts. 32, 54.

48 Uganda, Penal Code Act (1950), Art. 188D.

49 According to the report of the UN Secretary General presented before the UN Security Council in 2002, cited in Sentence SP15870-2016 with File 44931, the main estimates indicated that the number of minors serving in 2002 in the ranks of illegal armed groups operating in Colombia ranged from 11,000 to 14,000. See: Supreme Court of Colombia, Criminal Cassation Chamber, PJ Luis Antonio Hernández Barbosa, *Judgment*, November 2, 2016, Case No.: SP15870-2016.

50 Uganda, Penal Code Act, *Supra* No. 48.

51 Uganda, Children Act (1997), Art. 88, p. 66.

52 Uganda, Children's (Amendment) Act (2016), Art. 19, p. 42.

53 *Ibid.*, Art. 91 (5).

54 Uganda, Amnesty Act (2000), Art. 2.

55 Uganda, Amnesty Act (Extension of Expiry Period) Instrument (2017).

56 Ugandan Law Reform Commission, *Development of a model law on Amnesty for Uganda* (2016).

57 Ugandan Amnesty Act, *Supra* No. 54, Art. 4.C.

58 Acirokop, P. (2010), *Addressing the Potential and Limits of the 'Mato Oput' Process as a Basis for Accountability, Justice and Reconciliation for Children in Northern Uganda*, Innocenti Research Centre, UNICEF; Odongo, O.G. (2004), 'Child justice law reform developments in Africa and international standards on the rights of the child', *African Human Rights Law Journal*, Vol. 6, No. 2, Art. 40, pp. 8-12.

Nevertheless, there have been occasional instances of arbitrary application of the Amnesty Act. For instance, in 2002, the Ugandan Attorney General prosecuted two underage former child soldiers named Igama Charles and Oyoo David, in criminal cases JA004 and JA006.⁵⁹ Although they were eligible for amnesty, they were prosecuted. This investigation sparked international uproar and was eventually rescinded. According to James Awundo, clerk to the Amnesty Commission, the investigation was stopped because: (a) they ‘could not see any difference in [their] story to that of other abductees [who have been amnestied];’ and (b) refusing amnesty, in this case, would provide an incentive to other LRA’s combatants to not seek demobilization. As a result, in April of 2003, both children applied for amnesty, which seems to have been granted to them.⁶⁰

A particularly contentious case was the case against Thomas Kwoyelo, who was allegedly forcibly recruited by the LRA when he was under fifteen.⁶¹ He rose through the ranks of the LRA, reaching the level of colonel, until he was captured by the Ugandan military in the DRC. Once captured, Kwoyelo requested that he be granted amnesty under the provisions of the Amnesty Act, but the request was rejected by the Attorney-General.⁶² A contentious judicial dispute in the Ugandan Constitutional Court initially led to this being recognised as an act of discrimination. However, the decision was eventually overruled,⁶³ and the trial proceeded in 2018. The case is still ongoing. Throughout the case, the Defence has frequently argued that Kwoyelo was forcibly abducted and held against his will.⁶⁴ Nevertheless, neither the Prosecution nor other witnesses have stated a specific position towards this theory. Instead, they have focused on the actions committed by the LRA under the leadership of Kwoyelo.⁶⁵

59 Human Rights Watch (2003), *Uganda: Letter to Minister of Justice*. The cases could not be retrieved, as they are not available in the Uganda Legal Information Institute (ULII) or in any other database online.

60 Weber, A. (2003), ‘Abducted and Abused: Renewed War in Northern Uganda’, Human Rights Watch, Vol. 15, No. 12 (A). The Human Rights Watch report is unclear on whether Uganda actually applied the amnesty. Moreover, the Ugandan amnesty document could not be retrieved.

61 The age at which Kwoyelo was recruited is disputed. Nevertheless, the ICD has determined he was recruited at 17.

62 Constitutional Court of Uganda, Thomas Kwoyelo alias Latoni v. Uganda, *Judgement*, September 22, 2011, Case No.: UGCC 10.

63 African Commission on Human and People’s Rights, Kwoyelo v. Uganda, *Communication No.431/12*, October 17, 2018, Doc. No.: ACHPR 129.

64 Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Continues in Gulu; Prosecution to Call 130 Witnesses*, International Justice Monitor.

65 Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Update: Trial Resumes; Court Denies New Investigations into Assault Claims*, International Justice Monitor; Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Resumes After a Two Month Break; Two Prosecution Witnesses Testify*, International Justice Monitor; Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Adjourned to January; Victims’ Lawyer in Ongwen Case Dies in Gulu*, International Justice Monitor; Owor Ogora, L. (2020), *Judges Question Witness’s Use of Voice Recognition to Identify Kwoyelo*;

No other judicial decisions issued by the International Crimes Division of the High Court of Uganda have dealt with LRA's child soldiers under the age of fifteen, or with individuals forcibly recruited by the LRA when they were under fifteen⁶⁶ (even though most LRA's members were forcibly recruited when they were under fifteen).⁶⁷

It is important to highlight that the wide unpopularity of the LRA in Acholiland, and the great social stigma imposed upon those who were abducted by the LRA when they were children under fifteen has made it difficult for former LRA's members to reintegrate into society.⁶⁸ Ugandan experts consider that nearly 70% of all those imprisoned in Gulu (northern Uganda) are former child soldiers⁶⁹ (although other studies find no differences in aggressive behaviour between former child soldiers and other members of the Acholi community).⁷⁰

This issue has been addressed infrequently in the Ugandan high courts. The only relevant case found in this regard is the case of Alfred Onen Kamdulu *et al.*⁷¹ Kamdulu was forcibly recruited by the LRA when he was a child under fifteen. After he was captured by the Ugandan military, he was granted amnesty. A year after his pardon, Kamdulu joined a criminal organization and carried out several armed robberies against people in Gulu. After being recaptured,

Proceedings Adjourned Due to Presidential Decree on COVID-19, International Justice Monitor; Owor Ogora, L. (2020), *Civil Society in Uganda Express Mixed Reactions Over Kuoyelo Trial as Proceedings Remain on Hold*, International Justice Monitor.

66 High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Hussein Hassan Agade & 12 others, *Judgment*, May 26, 2016, Criminal Session Case No.: 2010/1; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Kamoga Siraje & 13 others, *Judgment*, August 21, 2017, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2015/4; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Ahmad Ssebuwufu, *Judgment*, January 8, 2020, Case No.: HCT-00-ICD-CM-2019/21; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Musijjo Asuman, *Judgment*, December 30, 2019, Case No.: HCT-00-ICD-CM-2018/19; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, Uganda v. Kalule, *Judgment*, April 10, 2018, Case No.: Miscellaneous Criminal Application-2018/; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, Uganda v. Umutoni, *Judgement*, October 16, 2014, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2014/3; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Attorney General v. Gabula, *Judgement*, March 6, 2012, Case No.: HCT-00-CV-CS-2008/54.

67 Allen, T., Atingo, J., Atim, D., Ocitti, J., Brown, C., Torre, C., Fergus, C.A. & Parker, M. (2020), 'What Happened to Children Who Returned from the Lord's Resistance Army in Uganda?', *Journal of Refugee Studies*, Vol. 33, No. 4, pp. 663–683.

68 Haer, R. & Böhmelt, T. (2016), 'Child soldiers as time bombs? Adolescents' participation in rebel groups and the recurrence of armed conflict', *European Journal of International Relations*, Vol. 22, No. 2, pp. 408–436.

69 Akello, G., Richters, A. & Reis, R. (2006), 'Reintegration of former child soldiers in northern Uganda: coming to terms with children's agency and accountability', *Intervention Journal*, Vol. 4, No. 3, pp. 229–243.

70 Annan, J., Blattman, C., Mazurana, D. & Carlson, K. (2011), 'Civil War, Reintegration, and Gender in Northern Uganda', *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 55, No. 6, pp. 877–908.

71 High Court of Uganda at Kampala, Col. Onen Kamdulu & Alfred Ayella v. Uganda, *Judgement*, May 22, 2008, Case No.: AA 243/2007.

Kamdulu was sentenced to 9 years in prison (under the Ugandan Penal Code, the penalty for armed robbery is up to 10 years or death). Kandulu was treated as a first offender, which means that his previous condition as an LRA's child soldier was not held either in favour or against him. For the Ugandan tribunal that tried him, this was irrelevant.

4.3.3. The Philippines

At the end of the conflict between the Philippine Army and the Moro Islamic Liberation Front (MILF), The Philippines passed on January 10th, 2019 Republic Act 11.188, which provides for the special protection of children in situations of armed conflict ('CIAC') and establishes penalties for violations thereof.⁷²

According to Section 28, on dismissal of a criminal case, '[u]pon the effectivity of this Act, criminal cases against children involved in armed conflict shall immediately be dismissed and the child shall be referred to the Local Social Welfare and Development Office' ('LSWDO'). As a result of applying Section 28 of Act 11.188, all proceedings concerning minors forcibly recruited by any of the parties to the conflict have been dismissed and they have been sent to the LSWDO, which have decided whether to release the children to the custody of their parents, or refer them to the prevention, rehabilitation and reintegration programs provided for in Act 11.188.

Nevertheless, Section 28 does not apply to individuals who were forcibly recruited when they were under fifteen years of age and only demobilized, or were detained, when they were already above 18.⁷³ As a result, neither the Republic Act 11.188 nor any other legal provision establish any special treatment for former child soldiers who are being prosecuted as adults. Moreover, Section 28 of Republic Act 11.188 is a transitory provision, and thus it does not apply to individuals forcibly recruited when they were under fifteen by organized armed groups and criminal organizations other than those involved in the armed conflict between the Philippine Army and the MILF.

Concerning the crimes committed by former child soldiers to whom Republic Act 11.188 is not applicable, Section 10 of the Philippine Criminal Code is applicable.⁷⁴ According to it, children over the age of 13 can be tried and sentenced as adults for particularly grave crimes. Moreover, they are entitled to no special treatment due to their forcible recruitment when they were

72 Philippines, Republic Act 11188 (2008), An Act Providing for the Special Protection of Children in Situations of Armed Conflict and Providing Penalties for Violations Thereof, Section 28.

73 *Ibid.*, Section 31.

74 Philippines, Penal Code (2014), Section 10.

children under fifteen, because mitigating circumstances under Section 19(2) of the Philippine Criminal Code are based on mental disabilities or voluntary surrender to certain judicial authorities.⁷⁵

Moreover, being forcibly recruited into a criminal organization or an organized armed group under the age of fifteen is not considered under Philippine Law as an aggravating circumstance, as Section 19 of the Philippine Criminal Code limits all aggravating factors to circumstances that are directly related to the crimes, and not to the special circumstances of the convicted persons.⁷⁶

4.4. Conclusion

In national jurisdictions without transitional justice legislation there is a lack of legal provisions and jurisprudence relating to child soldiers who have been forcibly recruited under the age of fifteen. These cases are normally tried in the juvenile criminal justice system without any notable difference with the rest of criminal cases concerning minors. Furthermore, no special treatment is provided (in national legislation or jurisprudence) for adults who commit crimes after having been forcibly recruited when they were children under the age of fifteen. Indeed, none of the national jurisdictions that have been studied considers forcible recruitment as an exonerating, mitigating or aggravating circumstance.

As shown by the cases of Colombia and The Philippines, States with transitional justice systems tend to specifically deal with minors who have been recruited by organized armed groups (including children forcibly recruited under the age of fifteen) through amnesty laws passed at the end of armed conflict. Nevertheless, as seen above, the consequences derived from this are rather different in Colombia and The Philippines. Furthermore, Uganda presents an exception to the general trend as there is no specific reference to LRA's child soldiers in Ugandan Amnesty Law. Finally, none of the three national jurisdictions with transitional justice systems that have been analysed provide for a special treatment for adults who commit crimes after having been forcibly recruited when they were children under the age of fifteen.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Ibid.*, Section 19.

4.5. Legislation

International treaties

United Nations, General Assembly, Resolution 44/25, *Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, UN Doc. No.: A/RES/44/25.

National legislation

Colombia

Colombia, Law 599 (2000), Criminal Code.
Colombia, Law 975 (2005).
Colombia, Law 1448 (2011), Law of Victims.
Colombia, Law 1820 (2016), Law of Amnesty.

Egypt

Egypt, Law No. 58 (1937), Penal Code.
Egypt, Law No. 12 (1996), Child Law Amended.
Egypt, Law No. 88 (2015), Terrorist Entities Law.

El Salvador

El Salvador, Decree No. 1030 (1997), Criminal Code.
El Salvador, Decree No. 863 (1994), Youth Criminal Code.

Germany

Germany, Criminal Code (1998).
Germany, Youth Courts Act (1972).

Hungary

Hungary, Criminal Code (2012).

Kenya

Kenya, Penal Code (2012).
Kenya, Children Act (2001).

Peru

Peru, Legislative Decree No. 1348 (2017), Code of Teenager Criminal Responsibility.
Peru, Law No. 27337 (2000), Code of Children and Adolescents.

Philippines

Philippines, Penal Code (2014).
Philippines, Republic Act 11188 (2018), An Act Providing for the Special Protection of Children in Situations of Armed Conflict and Providing Penalties for Violations Thereof.

South Africa

Republic of South Africa, Child Justice Act 75 (2008).

Spain

Spain, Organic Law 10 (1995), Criminal Code.
Spain, Organic Law 5 (2000), Judgment on norms for the criminal responsibility of minors.

Uganda

Uganda, Penal Code Act (1950).
Uganda, Children Act (1997).
Uganda, Children's (Amendment) Act (2016).
Uganda, Amnesty Act (2000).
Uganda, Amnesty Act (Extension of Expiry Period) Instrument (2017)

United Kingdom

Scotland, Age of Criminal Responsibility Act (2019).

Scotland, Criminal Justice and Licensing Act (2010).
Scotland, International Criminal Court Act (2001).
Northern Ireland, The Criminal Justice (Children) Order (1998).

United States of America

United States of America, Model Penal Code (1971).

4.6. Table of jurisprudence

International jurisprudence

African Commission on Human and People's Rights, *Kwoyelo v. Uganda*,
Communication No.431/12, October 17, 2018, Doc. No.: ACHPR 129.

National jurisprudence

Colombia

Constitutional Court of Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, 'Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones' y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000, 'Por la cual se expide el Código Penal'*, April 1, 2009, Case No.: C-240/09.

Constitutional Court of Colombia, *Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, 'Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz'*, August 15, 2018, Case No.: C-080/18.

Supreme Court of Justice of Colombia, Criminal Cassation Chamber, PJ Luis Antonio Hernández Barbosa, *Judgment*, November 2, 2016, Case No.: SP15870-2016.

El Salvador

El El Salvador's Supreme Court of Justice, Criminal Chamber, *Judgment*, February 22, 2019, Case No.: 364C2018.

El Salvador's Supreme Court of Justice, Special Criminal Chamber, *Judgment*, March 20, 2019, Case No. 889-890-APE-2018.

Kenya

High Court of Kenya (Mombasa), Kazungu Kasiwa Mkunzo *et al.* v. Republic, *Appeal Judgment*, June 21, 2006, Case No.: 239/2004.

South Africa

High Court of South Africa, S v. Soni, *Judgment*, October 26, 2018, Case No.: CC 29/14P, ZAKZPHC 74.

Spain

National Audience of Spain, Penal Chamber, *Judgment*, April 9, 2018, Case No.: SAN 973/2018.

National Audience of Spain, Penal Chamber, *Judgment*, September 25, 2018, Case No.: SAN 3462/2018.

Supreme Court of Spain, Penal Chamber, *Judgment*, October 20, 2020, Case No.: 525/2020.

Uganda

Constitutional Court of Uganda, Thomas Kwoyelo alias Latoni v. Uganda, *Judgment*, September 22, 2011, Case No.: UGCC10.

High Court of Uganda at Gulu, Col. Onen Kamdulu & Alfred Ayella v. Uganda, *Appeals Judgment*, May 22, 2008, Case No.: AA 243/2007.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Hussein Hassan Agade & 12 others, *Judgment*, May 26, 2016, Criminal Session Case No.: 2010/1

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Kamoga Siraje & 13 others, *Judgment*, August 21, 2017, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2015/4.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Ahmad Ssebuwufu, *Judgment*, January 8, 2020, Case No.: HCT-00-ICD-CM-2019/21.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Musijjo Asuman, *Judgment*, December 30, 2019, Case No.: HCT-00-ICD-CM-2018/19.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, Uganda v. Kalule, *Judgment*, April 10, 2018, Case No.: Miscellaneous Criminal Application-2018.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, Uganda v. Umutoni, *Judgment*, October 16, 2014, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2014/3.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Attorney General v. Gabula, *Judgment*, March 6, 2012, Case No.: HCT-00-CV-CS-2008/54.

United Kingdom

Appeal Court, High Court of the Judiciary of Scotland, Aaron Thomas Campbell v. Her Majesty's Advocate, *Appeal Against Sentence*, July 11, 2019, Case No.: [2019]HCJAC 58.

Appeal Court, High Court of the Judiciary of Scotland, Adam McCormick v. Her Majesty's Advocate, *Appeal Against Sentence*, April 12, 2016, Case No.: [2016]HCJAC 50.

Appeal Court, High Court of the Judiciary of Scotland, Paul William Grieg v. Her Majesty's Advocate, *Judgment*, October 5, 2012, Case No.: [2012] HCJAC 127.

Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. Darren Larmour, *Decision on Tariff*, May 24, 2005, Case No.: [2004]NICC 4.

Court of Appeals of Northern Ireland, The Queen v. Trevor McCandless (and others), *Judgment*, January 9, 2004, Case No.: CARF4076.

Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. A and B, *Judgment*, November 21, 2008, Case No.: GIL7324.

Court of Appeals in Northern Ireland, Attorney General's Reference: Michael John Gilbert, *Appeals Judgment*, September 15, 2006, Case No.: [2006] NICA 36.

4.7. Doctrine

Acirokop, P. (2010), *Addressing the Potential and Limits of the 'Mato Oput' Process as a Basis for Accountability, Justice and Reconciliation for Children in Northern Uganda*, Innocenti Research Centre, UNICEF.

Akello, G., Richters, A. & Reis, R. (2006), 'Reintegration of Former Child Soldiers in Northern Uganda: Coming to Terms with Children's Agency and Accountability', *Intervention Journal*, Vol. 4, No. 3, pp. 229-243.

- Allen, T., Atingo, J., Atim, D., Ocitti, J., Brown, C., Torre, C., Fergus, C.A. & Parker, M. (2020), ‘What Happened to Children Who Returned from the Lord’s Resistance Army in Uganda?’, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 33, No. 4, pp. 663–683.
- Annan, J., Blattman, C., Mazurana, D. & Carlson, K. (2011), ‘Civil War, Reintegration, and Gender in Northern Uganda’, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 55, No. 6, pp. 877–908.
- González Ortiz, J & Carrasquilla Baza, D. (2017). ‘Niños, niñas y adolescentes ¿víctimas o victimarios del conflicto armado en Colombia?’, *Justicia Juris*, Vol. 13, No. 1, pp. 56-62.
- Haer, R. & Böhmelt, T. (2016), ‘Child Soldiers as Time Bombs? Adolescents’ Participation in Rebel Groups and the Recurrence of Armed Conflict’, *European Journal of International Relations*, Vol. 22, No. 2, pp. 408-436.
- Odongo O, G. (2004) ‘Child Justice Law Reform Developments in Africa and International Standards on the Rights of the Child’, *African Human Rights Law Journal*, Vol. 6, No. 2, Article 40, pp. 8-12.
- Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Continues in Gulu; Prosecution to Call 130 Witnesses*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Update: Trial Resumes; Court Denies New Investigations into Assault Claims*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Resumes After a Two Month Break; Two Prosecution Witnesses Testify*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Adjourned to January; Victims’ Lawyer in Ongwen Case Dies in Gulu*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2020), *Judges Question Witness’s Use of Voice Recognition to Identify Kwoyelo; Proceedings Adjourned Due to Presidential Decree on COVID-19*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2020), *Civil Society in Uganda Express Mixed Reactions Over Kwoyelo Trial as Proceedings Remain on Hold*, International Justice Monitor.

4.8. Reports, resolutions, and other documents

- Child Rights International Network (s.f.), *Minimum ages of criminal responsibility around the world*, available at: <https://archive.crin.org/en/home/ages.html>
- Human Rights Watch (2003), *Uganda: Drop Treason Charges Against Child Abductees*, Retrieved from: <https://www.hrw.org/news/2003/03/04/uganda-drop-treason-charges-against-child-abductees>

- Human Rights Watch (2003), *Uganda: Letter to Minister of Justice*, Retrieved from: <https://www.hrw.org/news/2003/02/19/uganda-letter-minister-justice>
- Ugandan Law Reform Commission, *Development of a model law on Amnesty for Uganda* (2016).
- Special Jurisdiction for Peace (2020), *Relati JEP Buscador Especializado de la JEP*, available at: <https://relatoria.jep.gov.co>
- Weber, A. (2003), 'Abducted and Abused: Renewed War in Northern Uganda', Human Rights Watch, Vol. 15, No. 12 (A).

PARTE II

VERSIÓN EN ESPAÑOL

5. Contenido y naturaleza vinculante para las decisiones de sobreseimiento de los requisitos previstos en el artículo 74 (5) del estatuto de la Corte Penal Internacional*

5.1. Introducción

El presente capítulo analiza la cuestión relativa a si las decisiones de sobreseimiento de un caso dictadas por las SPIs de la CPI al finalizar la presentación de los elementos de prueba de la Fiscalía en el juicio oral (con base en que, aun cuando se atribuyera a todos ellos el mayor valor probatorio posible, no sería suficiente para alcanzar el estándar “más allá de toda duda razonable” con respecto a la responsabilidad penal del acusado), tienen o no que cumplir con los requisitos previstos en el art. 74(5) del ECPI.

Según esta última disposición, “[e]l fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de este se hará en sesión pública”.

Autores como Terrier consideran que el art. 74(5) del ECPI requiere que las SPIs emitan su fallo por escrito, el cual debe contener una declaración completa y razonada de los elementos de prueba, los hechos probados y las conclusiones alcanzadas, además de una respuesta clara a los cargos presentados por la Fiscalía y a solicitudes realizadas por la defensa¹. Para este autor, teniendo en cuenta que su objetivo central es explicar a las partes y al público en general las razones que llevan a las SPIs a dictar sus fallos, el razonamiento debe ser: (i) basado en una lógica demostrativa; (ii) sin contradicciones; y (iii) preciso y

* Este capítulo fue escrito entre septiembre de 2019 y abril de 2020 por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional de 2019: Sofía Campos Sánchez, María Fernanda Jaramillo Gómez, Sofía Linares Botero y Sara Paula Mosquera López. La investigación fue desarrollada bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo y con el apoyo de Clara Esperanza Hernández Cortés.

1 Terrier, F. (2002), ‘The Procedure before the Trial Chamber’. En Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, Oxford University Press, Vol. II, Cap. 31.2.

completo. Además, no debe dejar ninguno de los argumentos planteados por las partes sin resolver.²

Por su parte, otros autores como Klamberg hacen énfasis en que el art. 74(5) del ECPI es uno de los pocos aspectos procedimentales de las actuaciones ante la CPI que está regulado de manera detallada, con el fin de satisfacer los principios de audiencia pública, equidad y el derecho a apelar.³ Como resultado de lo anterior, mientras que otras cuestiones procedimentales (como, por ejemplo, la presentación de los elementos de prueba) se dejan a la discreción de las SPIs, todos los requisitos recogidos en el art. 74(5) del ECPI son de carácter vinculante.⁴ Además, para Klamberg, mientras las versiones en inglés de los arts. 23 del ETPIY y 22 del ETPIR se refieren específicamente a los “*judgments*”, el art. 74(5) del ECPI utiliza en su versión en inglés el término “*decision*”,⁵ que puede entenderse que incluye, entre otras cosas, las decisiones de sobreseimiento dictadas por las SPIs de la CPI.

Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia de la CPI solo ha abordado hasta el momento el carácter vinculante de la obligación de las SPIs de proporcionar una exposición completa y fundada sobre la evaluación de las pruebas y las conclusiones alcanzadas, y cómo su incumplimiento constituye un error procesal. Estas cuestiones han sido tratadas por la SA en el caso contra Jean-Pierre Bemba. Además, la jurisprudencia de la CPI tampoco se ha pronunciado sobre si este requisito aplica solamente a los fallos o es también aplicable a todas, o a algunas, decisiones interlocutorias, como las decisiones de sobreseimiento.

A la luz de lo anterior, las secciones 2 a 4 del presente capítulo abordan los requisitos previstos en el art. 74(5) del ECPI, a saber: (a) que el fallo conste por escrito (sección 2); (b) que el fallo incluya una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y de las conclusiones alcanzadas (sección 3); y (c) que el fallo incluya las opiniones de la mayoría y de la minoría, y se lea íntegramente, o al menos un resumen del mismo, en audiencia pública (sección 4). Para ello, y teniendo en cuenta el art. 21(1)(b) y (3) del ECPI, se analiza la jurisprudencia de la CPI, el TPIY, el TPIR, el CDH, el TEDH y la CtIDH.

² *Ibid.*, para. 1315E.

³ Klamberg, M. (2017), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp. 565-569.

⁴ *Ibid.*, p. 554.

⁵ *Ibid.*, p. 555.

5.2. El requisito de la escritura

5.2.1. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

El primer requisito del art. 74(5) del ECPI establece que “[e]l fallo constará por escrito”. Una disposición similar se recoge en el art. 23 del ETPIY, la regla 98 Ter (c) de las RPP del TPIY, el art. 22 del ETPIR y la regla 88(c) de las RPP del TPIR. Disposiciones similares se encuentran también, respectivamente, en las reglas 117(b) y 118 de las RPP del TPIY y del TPIR, que regulan las actuaciones en la fase de apelación.

La jurisprudencia del TPIY y del TPIR ha establecido con respecto a este requisito, que el fallo tiene que ser escrito para que pueda ser considerado como una decisión razonada.⁶

Además, la SA del TPIY en el caso Kvočka ha determinado que la SPI debe demostrar los hechos que son esenciales para establecer la culpabilidad de acusado.⁷ Esto podría incluir las decisiones de sobreseimiento, porque su efecto principal es poner fin al juicio oral debido a la insuficiencia de los elementos probatorios presentados por la Fiscalía para determinar dicha culpabilidad.

5.2.2. El Comité de Derechos Humanos

El art. 14(1) del PIDCP establece que toda persona tiene el derecho a “ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente”. Sin embargo, ni esta disposición, ni la Observación General Núm. 32 del CDH sobre el art. 14 del PIDCP, se refieren explícitamente a la naturaleza oral o escrita de los fallos y otras decisiones.

En consecuencia, la única referencia expresa a que las decisiones se emitan por escrito se puede encontrar en relación con el art. 14(3)(a) del PIDCP, relativo al derecho del acusado a “ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra él”. Así mismo, en su Observación General Núm. 32, el CDH subraya que este derecho puede “satisfacerse formulando la acusación verbalmente, siempre que más tarde se confirme por escrito, a condición de

6 ICTR, the Prosecutor v. Kayishema, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1-A, para. 165; ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A, para. 69.

7 ICTY, the Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber, *Judgment*, February 28, 2001, Case No.: IT-98-30/1-A, para. 286.

que en la información se indiquen tanto la ley como los supuestos hechos generales en que se basa la acusación”.⁸

Por otro lado, según los hechos del caso Pratt y Morgan c. Jamaica (Comunicación Núm. 210/1986), un Tribunal de Apelaciones de Jamaica no reveló las razones por las cuales desestimó la apelación de los solicitantes casi cuatro años después de su interposición. Ante esta situación, el CDH, entendió que se había violado el derecho de los solicitantes a ser juzgados en un plazo razonable, y concluyó que la demora del Tribunal de Apelaciones de Jamaica para formular su decisión y exponer sus razones por escrito podía ser causa de una injusticia grave, porque impidió a los solicitantes ejercer su derecho a recurrir ante el *Privy Council*. Como resultado, el CDH consideró que el remedio más apropiado ante la violación que se había producido de los arts. 7 y 14 del PIDCP era la conmutación de la pena.⁹

5.2.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ha manifestado que los Estados Parte del CEDH deben cumplir con los requisitos y obligaciones establecidos en su art. 6 sobre el derecho a un juicio justo. Según el TEDH, esta disposición no genera expresamente la obligación de emitir los fallos u otro tipo de decisiones por escrito. Además, los Estados Parte gozan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de cumplir las obligaciones derivadas del CEDH.

Sin embargo, el TEDH ha dispuesto en el caso Cerovšek & Božičnik c. Eslovenia (2017), que, a la luz de las leyes y regulaciones penales sustantivas y procedimentales eslovenas, cualquier órgano judicial que lleve a cabo un juicio en Eslovenia y examine los elementos de prueba, tiene la obligación de emitir un fallo escrito en donde se aborden todos los fundamentos que justifican el veredicto.¹⁰ Teniendo en cuenta que en este caso se emitió el fallo por escrito tres años después de que se pronunciara oralmente la condena, el TEDH concluyó que Eslovenia había violado el derecho de los solicitantes a un juicio justo. Como resultado, el TEDH dictaminó que, al resolver los recursos interpuestos contra el fallo de primera instancia por los solicitantes, se debía haber ordenado la realización de un nuevo juicio y el envío del caso a un nuevo tribunal de primera instancia. Por ello, y teniendo en cuenta que la pena ya había sido cumplida, el TEDH condenó a Eslovenia a pagar a cada

8 HRC, *General Comment No. 32 (2007) - Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, August 23, 2007, UN Doc.: CCPR/C/GC/32, para. 31.

9 HRC, *Pratt & Morgan v. Jamaica, Communication No. 210/1986*, April 6, 1989, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/210/1986.

10 ECtHR, *Cerovšek & Božičnik v. Slovenia, Judgment*, March 7, 2017, para. 43.

uno de los solicitantes la suma de 5.000 Euros por daños no pecuniarios y 2.500 Euros por las costas procesales.¹¹

En consecuencia, según el TEDH, es necesario considerar las actuaciones nacionales en su totalidad para lograr determinar si un juicio fue llevado a cabo de manera justa y bajo los parámetros del art. 6 del CEDH. Además, debe hacerse este análisis a la luz de los requisitos estatutarios específicos, las circunstancias especiales del caso¹² y las decisiones de los tribunales de apelación.¹³ Por lo tanto, si existe alguna disposición nacional estatutaria que requiera la emisión por escrito de un fallo o de algún tipo de decisión interlocutoria, se debe cumplir con la misma para así garantizar una adecuada administración de justicia y evitar arbitrariedades.

5.2.4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Según el art. 8(1) de la CADH, “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La CtIDH ha interpretado esta disposición en relación con el requisito de emitir fallos y otras decisiones por escrito en el caso *Claude-Reyes y otros c. Chile* (2006).¹⁴ De acuerdo con los hechos del caso, los solicitantes pidieron formalmente en 1998 al vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras (“el Comité”), un órgano del Estado chileno, información sobre: (i) si había solicitado de todos los servicios o empresas públicas y privadas los informes requeridos para el cumplimiento de las funciones del Comité; y (ii) cualquier infracción o delito cometido por compañías bajo la supervisión del Comité.¹⁵ El vicepresidente del Comité se rehusó a entregar dicha información. De igual manera, el Comité también se rehusó a proveer, a petición de los solicitantes,¹⁶ una decisión escrita y razonada explicando las razones por las que el vicepresidente se rehusaba a proveer dicha información.¹⁷

11 *Ibid.*, para. 45.

12 ECtHR, *Ruiz Torrija v. Spain*, *Judgment*, December 9, 1994, para. 29.

13 ECtHR, *Cerovšek & Božičnik v. Slovenia*, *supra* núm. 10, para. 37.

14 IACtHR, *Claude-Reyes et al. v. Chile*, *Judgment of 19 September, 2006 (Merits, Reparations and Costs)*, September 19, 2006.

15 *Ibid.*, para. 57.13.

16 *Ibid.*, para. 57.16.

17 *Ibid.*, par. 122.

Con base en lo anterior, la CtIDH concluyó que, al no dar una decisión escrita y razonada, los derechos de los solicitantes bajo el art. 8(1) de la CADH habían sido violados por Chile. Así mismo, para la CtIDH, la decisión tomada por el vicepresidente del Comité había sido arbitraria e infundada, y, por lo tanto, no cumplía con la garantía prevista en el art. 8(1) de que toda decisión ha de estar debidamente justificada.¹⁸ Como resultado, la CtIDH condenó a Chile a reparar a los solicitantes por los daños no pecuniarios generados a través de las siguientes medidas: (i) transmitiendo la información solicitada o adoptando una decisión razonada en caso contrario; (ii) publicando en el Diario Oficial de Chile y en un segundo diario de amplia circulación nacional el capítulo sobre “Hechos Probados” del fallo de la CtIDH; (iii) adoptando las medidas necesarias para asegurar el disfrute efectivo del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado; y (iv) capacitando a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a dicha información sobre la normativa que rige este derecho.¹⁹ Así mismo, en su fallo, la CtIDH subrayó que el art. 8(1) de la CADH requiere que todas las decisiones tomadas por los órganos estatales deban emitirse siempre por escrito sin importar la naturaleza de la decisión o del órgano estatal de que se trate.

5.3. El requisito de la exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y de las conclusiones alcanzadas

5.3.1. La Corte Penal Internacional

El segundo requisito recogido en el art. 74(5) del ECPI establece que “[e]l fallo [...] incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones”.²⁰ Para la SA de la CPI en el caso Bemba, la obligación de las SPIs tiene como objetivo proteger el derecho de las partes a apelar los fallos, ya que este derecho solo puede ser ejercido de manera adecuada cuando las SPIs proporcionan de manera clara sus fundamentos de hecho y de derecho.²¹ Además, la SA ha señalado que, para cumplir con este requisito,

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Ibid.*, paras. 156 *et seq.*

²⁰ ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red, paras. 49-50.

²¹ *Ibid.*, para. 51.

no es necesario considerar todos los factores, sino solo aquellos que fueron relevantes para que las SPIs alcanzaran sus conclusiones.²²

Para la SA, el incumplimiento de las SPIs supone un error procesal cuyo remedio dependerá de las especificidades de cada caso.²³ Así, cuando la falta de razonamiento es extensa, la SA puede decidir ordenar un nuevo juicio ante una nueva SPI.²⁴ Sin embargo, cuando el razonamiento es simplemente insuficiente, la SA puede remitir algunas conclusiones de hecho a la SPI que emitió el fallo con instrucciones para (i) fortalecer el razonamiento que fundamenta su decisión; y (ii) enviar de nuevo el fallo a la SA.²⁵

Finalmente, como veíamos en la introducción, la jurisprudencia de la SA no ha abordado todavía la cuestión relativa a si este segundo requisito solo es aplicable a los fallos o si también es aplicable a otras decisiones, como las decisiones de sobreseimiento.

5.3.2. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

La obligación de las SPIs de proveer un pronunciamiento completo y razonado se recoge respectivamente en las reglas 98 Ter (c) y 88(c) de las RPP del TPIY y del TPIR. Disposiciones similares para las actuaciones de apelación se encuentran respectivamente en las reglas 117(b) y 118(b) de las RPP del TPIY y del TPIR.

En los casos *Kuranac et al.* y *Limaj et al.*, la SA del TPIY ha subrayado que una opinión completa y razonada de las SPIs es clave para proteger el derecho a un juicio justo, ya que, con ello, se garantiza la posibilidad de ejercicio efectivo por las partes de su derecho a apelar. En consecuencia, no solo los fallos, sino todas las decisiones relativas a las cuestiones centrales del caso (incluyendo las decisiones de sobreseimiento) deben contener un desarrollo completo y razonado sobre la evaluación de las pruebas y las conclusiones alcanzadas por la respectiva SPI.²⁶ Al adoptar esta interpretación, la SA del TPIY ha tomado como referencia la posición del TEDH en el caso *Hadjianastassiou c. Grecia*.²⁷

²² *Ibid.*, para. 49.

²³ *Ibid.*, para. 56.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

²⁶ ICTY, the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, June 12, 2002, Case No.: IT-96-23 & IT-96-23/1A, para. 41-42; ICTY, the Prosecutor v. Fatmir Limaj *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, September 27, 2007, Case No.: IT-03-66-A, para. 81.

²⁷ ECtHR, *Hadjianastassiou v. Greece*, *Judgment*, December 16, 1994, para. 29.

Por su parte, en el caso Karera, la SA del TPIR ha adoptado el mismo enfoque que la SA del TPIY al subrayar que “una opinión razonada asegura que el acusado pueda ejercer su derecho de apelación y que la Sala de Apelaciones pueda llevar a cabo su deber bajo el art. 24 del Estatuto”.²⁸

Así mismo, en el caso Ndingiliyimana, la SA del TPIR ha establecido que, para cumplir con los requisitos previstos en el art. 22(2) del ETPIR y la regla 88(c) de las RPP del TPIR, la SPI “debe establecer de forma clara y articulada los fundamentos de hecho y de derecho que motivan su decisión de condenar o absolver a un acusado. En particular, las Salas de Primera Instancia están obligadas a determinar de manera clara y razonada los hechos probados relativos a cada elemento de los crímenes imputados”.²⁹

La SA del TPIR ha resaltado también en el caso Karera que el requisito de una opinión razonada es aplicable a todas las decisiones que aborden las cuestiones centrales del caso, siguiendo así la interpretación acogida por la SA del TPIY.³⁰

5.3.3. El Comité de Derechos Humanos

En el caso Lenford Hamilton c. Jamaica (Comunicación Núm. 333/1988), el CDH ha afirmado expresamente que la ausencia de un fallo razonado por escrito por parte de un tribunal de apelaciones de Jamaica violó los derechos del solicitante recogidos en el art. 14(3)(c) y (5) del PIDCP, ya que le privó materialmente de ejercer su derecho a apelar ante el *Privy Council*. Como resultado, para el CDH, la víctima tenía derecho a “un recurso efectivo que implicara su liberación”.³¹

5.3.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ha abordado en varios casos el requisito de la exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y de las conclusiones alcanzadas, comenzado por Hadjianastassiou c. Grecia (1992).³² Este caso se refiere a un ingeniero aeronáutico griego que fue condenado a pena de prisión por haber divulgado secretos militares. Sin embargo, a la hora de anunciar su fallo, el

28 ICTR, the Prosecutor v. Francois Karera, Appeals Chamber, *Judgment*, February 2, 2009, Case No.: ICTR-01-74-A, para. 20; ICTR, the Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi., Appeals Chamber, *Judgment*, August 29, 2008, Case No.: ICTR-2000-55A-A, para. 144.

29 ICTR, the Prosecutor v. Augustin Ndingiliyimana *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 11, 2014, Case No.: ICTR-00-56-A, para. 293. Traducción de los autores.

30 *Idem*.

31 HRC, Lenford Hamilton v. Jamaica, *Communication No.: 333/1988*, March 25, 1994, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/333/1988.

32 ECtHR, *Hadjianastassiou v. Greece*, *supra* núm. 27, para. 28.

Tribunal Militar de Apelaciones no proporcionó las razones que lo justificaban, limitándose a leer su parte dispositiva en audiencia pública. El solicitante solo llegó a conocer las razones específicas por las cuales había sido condenado dos meses después de la mencionada audiencia. Para el TEDH, esta situación generó, inevitablemente, que la apelación del solicitante no prosperara, porque no contaba con los elementos suficientes para poderla fundamentar adecuadamente.³³ En consecuencia, el TEDH concluyó que Grecia había violado el art. 6 del CEDH y debía compensar monetariamente al solicitante (como este último ya había cumplido su condena de prisión, sus pretensiones se limitaban a la obtención de una compensación pecuniaria).³⁴

El TEDH ha seguido desde entonces lo dispuesto en este precedente en más de una veintena de casos, incluyendo, entre otros, los de *Taxquet v. Bélgica* (2010)³⁵ y *Nikolay Genov v. Bulgaria* (2017).³⁶ En particular, en este último caso, el TEDH ha subrayado también que los tribunales nacionales tienen la obligación de abordar en sus fallos todas las cuestiones esenciales del caso.³⁷

Finalmente, en el caso de *Suominen v. Finlandia* (2003),³⁸ la solicitante alegó que no se le había respetado el derecho a un juicio justo porque no se le permitió presentar todo el material probatorio que ella pretendía que se admitiera en el proceso. El Tribunal Distrital de Finlandia se limitó a dictar una decisión oral interlocutoria en donde se rechazó la posibilidad de presentar la totalidad de los elementos de prueba propuestos en la audiencia preparatoria.³⁹ Para el TEDH, esto supuso una violación del art. 6 del CEDH porque, a pesar de que la decisión impugnada no fuera un fallo, los tribunales nacionales tienen la obligación de emitir una decisión razonada que permita a los solicitantes ejercer de manera efectiva su derecho a apelar las decisiones interlocutorias.⁴⁰

5.3.5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CtIDH ha abordado en varios casos el requisito de la exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y de las conclusiones alcanzadas, comenzando por el caso *Yatama v. Nicaragua* (2005),⁴¹ relativo a la prohibición al grupo indígena Yatama de participar en las elecciones celebradas en

33 *Ibid.*, para. 29.

34 *Ibid.*, para. 49.

35 ECtHR, *Taxquet v. Belgium*, *Judgment*, November 16, 2010, para. 23.

36 ECtHR, *Nikolay Genov v. Bulgaria*, *Judgment*, July 13, 2017, para. 88.

37 *Ibid.*, para. 27.

38 ECtHR, *Suominen v. Finland*, *Judgment*, July 24, 2003, para. 34.

39 *Ibid.*, para. 25.

40 *Ibid.*, paras. 35-37.

41 IACtHR, *Yatama v. Nicaragua*, *Judgment of 23 June, 2005 (Preliminary Objection and Merits)*, June 23, 2005.

el año 2000 en Nicaragua. La decisión fue tomada por el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua (un órgano administrativo nicaragüense) sin ningún tipo de justificación y sin una notificación apropiada.⁴²

Ante esta situación, la CtIDH consideró que Nicaragua había infringido la CADH al no justificar debidamente esta decisión, violando así las garantías judiciales y el derecho al debido proceso del grupo indígena Yatama.⁴³ Como resultado, la CtIDH condenó a Nicaragua a: (i) compensar a los solicitantes con 80.000 dólares americanos; (ii) publicar los párrafos relevantes de la decisión dictada por la CtIDH en el Diario Oficial de Nicaragua, los dos periódicos de mayor circulación en el país y un espacio radial con amplia cobertura en la Costa Atlántica; (iii) adoptar las medidas legislativas necesarias para establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permitiera controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral que afecten a los derechos humanos (esto incluía la derogación de todas las normas que pudieran ser un obstáculo para el ejercicio efectivo de dicho recurso); y (iv) reformar la Ley Electoral No. 331 de 2000 para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas pudieran participar en procesos electorales de manera efectiva. Además, la CtIDH señaló que el fallo en el presente caso constituía, *per se*, una forma adicional de reparación.⁴⁴

La interpretación acogida en el caso Yatama ha sido seguida desde 2005 por la CtIDH en más de una quincena de casos,⁴⁵ siendo el más reciente el caso de Rico c. Argentina (2019).⁴⁶ Así mismo, a lo largo de los años, la CtIDH ha elaborado, con base en el caso Yatama, el deber de los Estados Parte de motivar sus decisiones. Sobre esta cuestión, es especialmente relevante el caso de Apitz Barbera y otros c. Venezuela (2008).⁴⁷ Según los hechos del caso, los cinco solicitantes fueron nombrados jueces provisionales del Primer Tribunal de lo Contencioso Administrativo en septiembre del 2000 por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Sin embargo, tres años después, en octubre de 2003, tres de los cinco jueces fueron sancionados por medio de una decisión administrativa de la propia Sala Político Administrativa por haber incurrido en un “grave error jurídico de carácter inexcusable” como resultado de haber aprobado una solicitud en contra de una decisión administrativa relacionada con la venta de bienes raíces.⁴⁸ A pesar

42 *Ibid.*, para. 154.

43 *Ibid.*, paras. 152, 164.

44 *Ibid.*, paras. 230-260.

45 IACtHR, Chaparro Álvarez & Lapo Íñiguez v. Ecuador, *Judgment of 21 November, 2007 (Preliminary Objection and Merits)*, November 21, 2007; IACtHR, Apitz Barbera et al. (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela, *Judgment of 5 August, 2008 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 5, 2008.

46 IACtHR, Rico v. Argentina, *Judgment of 2 September, 2019 (Preliminary objections and merits)*, September 2, 2019.

47 IACtHR, Apitz Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela, *supra* núm. 45.

48 *Ibid.*, para. 33.

de que dicha decisión no recogía ninguna motivación, los afectados fueron sometidos como resultado de la misma a varios procedimientos judiciales, una investigación disciplinaria, su suspensión provisional y, finalmente, su destitución del cargo.⁴⁹

En este caso, la CtIDH consideró que Venezuela había incumplido el deber de motivación que se desprende del art. 8(1) de la CADH. Esto, debido a que era necesario que la mencionada decisión administrativa y la posterior decisión judicial de destitución tuvieran una fundamentación clara, se refirieran exactamente a la falta cometida por los magistrados y a su gravedad, y explicaran por qué la medida sancionatoria adoptada era proporcional a la falta cometida.⁵⁰ Al no haberse cumplido con esto, la Corte ordenó la restitución del cargo en favor de las víctimas, la publicación de la decisión en un medio de amplia divulgación, la adopción de medidas legislativas que permitiesen asegurar el debido ejercicio de los derechos consagrados en la CADH y el pago de una compensación económica para cubrir los daños materiales, los inmateriales, las costas y los demás gastos dentro del proceso.⁵¹

En casos posteriores, como *Chocrón Chocrón c. Venezuela* (2011),⁵² la CtIDH ha continuado desarrollando el contenido del deber de motivar de los Estados Parte, especificando que los órganos estatales (incluyendo los tribunales nacionales) tienen la obligación de proveer en sus decisiones los hechos, los motivos y las normas jurídicas en las que fundamenten sus decisiones, sin importar la naturaleza judicial o administrativa del órgano estatal que emita la decisión.⁵³

Según la CtIDH, el deber de motivar es fundamental porque está estrechamente relacionado con el deber de los Estados de dar a conocer públicamente la justificación razonada que permite llegar a la conclusión alcanzada. Su cumplimiento trae credibilidad a las decisiones de los órganos estatales y demuestra la ausencia de arbitrariedad en la toma de decisiones.⁵⁴ Su incumplimiento, por el contrario, constituye una violación al derecho al debido proceso previsto en el art. 8(1) de la CADH.⁵⁵

49 *Ibid.*, paras. 77-91, 136.

50 *Ibid.*, para. 90.

51 *Ibid.*, paras. 243-260.

52 IACtHR, *Chocrón Chocrón v. Venezuela*, *Judgment of 1 July, 2011 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, July 1, 2011, para. 118.

53 En el caso *Chocrón Chocrón v. Venezuela*, Mercedes Chocrón Chocrón fue nombrada jueza temporal por la Comisión Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Sin embargo, tres meses después, la misma Comisión, a través de una decisión administrativa, sin una explicación completa ni razonada, la destituyó de su cargo.

54 IACtHR, *Apitz Barbera et al. ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativos") v. Venezuela*, *supra* núm. 45, para. 77.

55 *Ibid.*, para. 78.

5.4. Los requisitos de emitir un fallo que incluya las opiniones de la mayoría y de la minoría y de leer el fallo o un resumen en audiencia pública

5.4.1. El requisito de emitir un fallo que incluya las opiniones de la mayoría y de la minoría

El tercer requisito del art. 74(5) del ECPI establece que “[l]a Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría”. Con respecto al mismo, las reglas 98 Ter (c) y 88(c) (actuaciones en primera instancia) y 117(c) y 118(c) (procedimiento de apelación) de las RPP del TPIY y del TPIR recogen respectivamente el deber de las SPIs de dictar un fallo, al cual se le ha de anexar las opiniones separadas y los salvamentos de voto. Sin embargo, no se ha podido identificar jurisprudencia de ninguno de estos dos tribunales con respecto al contenido de este requisito. La misma situación se ha presentado en relación con la CPI, el CDH, el TEDH y la CtIDH.

5.4.2. El requisito de leer el fallo o un resumen en audiencia pública

El cuarto y último requisito recogido en art. 74(5) del ECPI se refiere a que “[l]a lectura del fallo o de un resumen de este se hará en sesión pública”.

5.4.2.1. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

Las reglas 98 Ter (a) y 88(a) de las RPP del TPIY y del TPIR establecen respectivamente que el fallo debe ser pronunciado en audiencia pública, a la cual tienen derecho a estar presentes las partes y sus representantes, para lo cual serán notificados con antelación. Disposiciones similares se pueden encontrar en las reglas 117(d) y 118(d) de las RPP del TPIY y del TPIR, en relación con las decisiones de apelación. Sin embargo, no se ha identificado jurisprudencia del TPIY o del TPIR donde se analice expresamente este requisito.

5.4.2.2. El Comité de Derechos Humanos

El CDH analiza en su Observación General No. 32 el vínculo entre la obligación de los órganos judiciales de pronunciar sus fallos y decisiones en audiencia pública y el interés de las partes a que se garantice su derecho a una audiencia pública. Sin embargo, no se han identificado tampoco pronunciamientos del CDH en casos contenciosos sobre el contenido específico de este requisito.

5.4.2.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El TEDH ha abordado este cuarto requisito en varios casos, incluyendo los relativos a Pretto *et al.* c. Italia (1983),⁵⁶ Axen c. Alemania (1983)⁵⁷ y Ryakib Biryukov c. Rusia (2008).⁵⁸ Este último caso es especialmente relevante para el presente capítulo. Según los hechos del caso, el solicitante inició un proceso por daños en contra del hospital de primeros auxilios en donde fue atendido, porque el personal médico del hospital no le proporcionó un cuidado médico apropiado y esta negligencia le provocó la pérdida de un brazo. El fallo, en primera instancia, denegó sus pretensiones, pero fue apelado por el solicitante argumentando que no había sido pronunciado en audiencia pública, como requiere en el art. 6(1) del CEDH.⁵⁹ Rusia rechazó estas alegaciones afirmando que los fundamentos de hecho y de derecho del fallo habían sido leídos públicamente en una audiencia en presencia del solicitante, y que un tiempo después le entregaron una copia.

Con base en lo anterior, el TEDH decidió en favor del solicitante porque, si bien los Estados Parte del CEDH gozan de una amplia discreción a la hora de diseñar sus sistemas judiciales para cumplir con los estándares del CEDH y, en particular, con los de su art. 6, es esencial que prevean un umbral mínimo de publicidad a la hora de la emisión de los fallos;⁶⁰ siendo este último un componente esencial del derecho a un juicio justo conforme al art. 6(1) del CEDH. Además, para el TEDH, la decisión constituía en este caso una compensación suficiente para el solicitante por los daños sufridos de carácter no pecuniario,⁶¹ porque la declaración de la violación por el TEDH es un remedio apropiado cuando los Estados Parte violan el deber de pronunciar la sentencia públicamente.

56 ECtHR, Pretto et al. v. Italy, *Judgment*, December 8, 1983.

57 ECtHR, Axen v. Germany, *Judgment*, December 8, 1983.

58 ECtHR, Ryakib Biryukov v. Russia, *Judgment*, January 17, 2002.

59 *Ibid.*, para. 7.

60 *Ibid.*, para. 30.

61 *Ibid.*, para. 51.

Finalmente, a diferencia de lo visto con respecto al TEDH, no se ha identificado jurisprudencia relevante de la CtIDH en cuanto al contenido específico de este requisito.

5.5. Conclusión

Autores como Terrier consideran que el art. 74(5) del ECPI vincula a las SPIs a emitir un fallo por escrito que contenga una declaración completa y razonada de los elementos de prueba, los hechos probados y las conclusiones alcanzadas (además de responder de forma clara a los cargos presentados por la Fiscalía y a las solicitudes de la defensa).⁶² Por su parte, Klamberg subraya que la versión en inglés del art. 74(5) del ECPI utiliza el término “*decision*” en lugar de “*judgment*”, lo que podría incluir las decisiones de sobreseimiento.

Sin embargo, de los cuatro requisitos recogidos en el art. 74(5) del ECPI, los dos últimos relativos a la emisión de un fallo que incluya las opiniones de la mayoría y de la minoría, y a su lectura íntegra (o un resumen) en audiencia pública, no tienen ningún desarrollo jurisprudencial en los tribunales penales internacionales analizados (incluida la CPI), y solo el TEDH aborda en profundidad la cuestión relativa al pronunciamiento público del fallo.

Además, con respecto al requisito de ofrecer una exposición completa y fundada sobre la evaluación de los elementos de prueba y las conclusiones alcanzadas en el fallo, la SA de la CPI en el caso Bemba ha afirmado su obligatoriedad, y cómo su incumplimiento constituye un error procesal. Sin embargo, a diferencia del TPIY, el TPIR, el TEDH y la CtIDH, que extienden este requisito a todas las decisiones relativas a las cuestiones centrales del caso, incluyendo las decisiones de sobreseimiento, la jurisprudencia de la CPI no se ha pronunciado todavía expresamente sobre esta cuestión.

Finalmente, en relación con el primer requisito relativo a la naturaleza escrita del fallo, la jurisprudencia de la CPI tampoco se ha pronunciado hasta este momento, si bien tanto el TPIY como el TPIR han afirmado su obligatoriedad y su extensión a todas las decisiones relativas a las cuestiones centrales del caso, incluyendo las que decretan su sobreseimiento. Esta aproximación varía, sin embargo, en la jurisprudencia del TEDH y de la CtIDH porque, mientras que el primero solo exige la escritura cuando la normativa procesal nacional así lo requiere, la segunda afirma la necesidad de que todos los fallos y todas las decisiones judiciales y administrativas sean emitidas por escrito, con el fin de permitir a sus destinatarios el ejercicio efectivo del derecho al recurso.

⁶² Terrier, F. (2002), *supra* núm. 1, cap. 31.2.

5.6. Índice de jurisprudencia

Jurisprudencia internacional

Comité de Derechos Humanos

- HRC, Pratt & Morgan v. Jamaica, *Communication No. 210/1986*, April 6, 1989, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/210/1986.
- HRC, Lenford Hamilton v. Jamaica, *Communication No.: 333/1988*, March 25, 1994, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/333/1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- IACtHR, Yatama v. Nicaragua, *Judgment of 23 June, 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, June 23, 2005.
- IACtHR, Claude-Reyes et al. v. Chile, *Judgment of 19 September, 2006 (Merits, Reparations and Costs)*, September 19, 2006.
- IACtHR, Chaparro Álvarez & Lapo Íñiguez v. Ecuador, *Judgment of 21 November, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, November 21, 2007.
- IACtHR, Apitz Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela, *Judgment of 5 August, 2008 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 5, 2008.
- IACtHR, Chocrón Chocrón v. Venezuela, *Judgment of 1 July, 2011 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, July 1, 2011.
- IACtHR, Rico v. Argentina, *Judgment of 2 September, 2019 (Preliminary objections and merits)*, September 2, 2019.

Corte Penal Internacional

- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- ECtHR, Cerovšek y Božičnik v. Slovenia, *Judgment*, March 7, 2017.
- ECtHR, Ruiz Torrija v. Spain, *Judgment*, December 9, 1994.

- ECtHR, Hadjianastassiou v. Greece, *Judgment*, December 16, 1994.
ECtHR, Taxquet v. Belgium, *Judgment*, November 16, 2010.
ECtHR, Nikolay Genov v. Bulgaria, *Judgment*, July 13, 2017.
ECtHR, Suominen v. Finland, *Judgment*, July 24, 2003.
ECtHR, Pretto y et al. v. Italy, *Judgment*, December 8, 1983.
ECtHR, Axen v. Germany, *Judgment*, December 8, 1983.
ECtHR, Ryakib Biryukov v. Russia, *Judgment*, January 17, 2002.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- ICTR, the Prosecutor v. Kayishema, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1-A.
ICTR, the Prosecutor v. Francois Karera, Appeals Chamber, *Judgment*, February 2, 2009, Case No.: ICTR-01-74-A.
ICTR, the Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi., Appeals Chamber, *Judgment*, August 29, 2008, Case No.: ICTR-2000-55A-A.
ICTR, the Prosecutor v. Augustin Ndindiliyimana *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 11, 2014, Case No.: ICTR-00-56-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A.
ICTY, the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, June 12, 2002, Case No.: IT-96-23 & IT-96-23/1A.
ICTY, the Prosecutor v. Kvočka *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 28, 2001, Case No.: IT-98-30/1-A, para. 286.
ICTY, the Prosecutor v. Fatmir Limaj *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, September 27, 2007, Case No.: IT-03-66-A.

5.7. Doctrina

- Klamberg, M. (2017), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher.
Terrier, F. (2002), 'The Procedure before the Trial Chamber'. In Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, Oxford University Press, Vol. II, Cap. 31.2.

5.8. Informes, resoluciones y otros documentos

Human Rights Committee, *General Comment No. 32 (2007) - Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, August 23, 2007, UN Doc.: CCPR/C/GC/32

6. Cuestiones procesales relativas a la decisión de la sala de primera instancia I de la Corte Penal Internacional de sobreseer el caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé*

6.1. Introducción

El presente capítulo analiza toda una serie de cuestiones procesales surgidas a raíz de la decisión de la SPI I de la CPI, por la que, al finalizar la presentación de los elementos de prueba de la Fiscalía en el juicio oral, se decretó el sobreseimiento del caso contra el ex presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo, y su ex ministro de la juventud, Charles Blé Goudé (“decisión de sobreseimiento”). Todas estas cuestiones son particularmente relevantes en la apelación que actualmente se tramita contra esta decisión.

Entre las cuestiones analizadas destaca, en primer lugar, la relativa a si las SPIs de la CPI tienen el poder de definir el estándar de prueba aplicable después de emitir sus decisiones, o si, por el contrario, la SPI I incurrió en un error de derecho y/o de procedimiento por no haber articulado de manera precisa el estándar de prueba aplicado para adoptar la decisión de sobreseimiento.¹ De esta manera, el principal argumento planteado por la Fiscalía en su apelación no se refiere a la posible aplicación por la SPI de un estándar de prueba equivocado, sino a que esta última no articuló un estándar de prueba claramente definido en dicha decisión.²

En este sentido, es importante aclarar desde un inicio que la SPI I emitió oralmente la decisión de sobreseimiento el 15 de enero de 2019, y solo seis meses más tarde, el 16 de julio del 2019, presentó su decisión por escrito,

* Este capítulo fue escrito entre septiembre de 2019 y abril de 2020 por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional de 2019: Sofía Campos Sánchez, María Fernanda Jaramillo Gómez, Sofía Linares Botero y Sara Paula Mosquera López. La investigación fue desarrollada bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo y con el apoyo de Clara Esperanza Hernández Cortés.

1 ICC, the Prosecutor v. Laurent Gbagbo & Charles Blé Goudé, Appeals Chamber, *Public redacted version of “Prosecution Document in Support of Appeal”*, October 17, 2019, ICC Doc. No.: ICC-02/11-01/15, para. 122.

2 *Ibid.*, para. 126.

afirmando que el estándar de prueba aplicado fue el de las decisiones de *no case to answer* (“estándar NCTA”), porque no había ningún caso de la Fiscalía al que responder. Con posterioridad, el 17 de septiembre de 2019, la Fiscalía de la CPI presentó su apelación, cuya tramitación sigue en curso a la fecha de finalización del presente trabajo.

Junto a esta primera pregunta, el capítulo aborda otras dos cuestiones procesales: (a) si los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones son solo en beneficio del acusado; y (b) la determinación de los casos en los que puede ser apropiada la declaración de la nulidad del juicio oral o *mistrial*. Para responder a estas tres cuestiones se ha realizado, conforme a lo dispuesto en el art. 21 del ECPI, un amplio análisis de jurisprudencia internacional, que presta particular atención a la jurisprudencia de la CPI, el TPIY, el TPIR, las SETC, el TEL, el TESL, el TEDH y la CtIDH.

6.2. ¿Tienen las Salas de Primera Instancia el poder de definir el estándar de prueba aplicable después de emitir sus decisiones?

6.2.1. La Corte Penal Internacional

La CPI no ha desarrollado un marco jurisprudencial claro que responda de manera directa a la cuestión planteada. De hecho, la CPI solo cuenta hasta el momento con un pronunciamiento de la SA referente al contenido del estándar de prueba: el fallo de la SA de 8 de junio de 2018 en el caso contra Jean Pierre Bemba,³ donde no se aborda el problema relativo al establecimiento *ex post facto* por las SPIs del estándar de prueba aplicado, sino que se analiza su indebida aplicación en el caso concreto.

En este fallo, la SA subrayó que tiene la facultad de revisar el razonamiento de la SPI sobre el contenido y la aplicación del estándar de prueba siempre que el acusado identifique alguna falencia al respecto. Además, en estos casos la SA debe, de manera independiente y sin ningún tipo de sesgo en relación con la interpretación adoptada por la SPI, aportar las razones por las cuales considera que la decisión de la SPI contiene un error en la definición y/o la aplicación de dicho estándar.⁴

3 ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, June 8, 2018, ICC Doc No.: ICC-01/05-01/08-3636.

4 *Ibid.*, paras. 41-46.

6.2.2. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

El TPIY no ha desarrollado tampoco un marco jurisprudencial relevante en cuanto a la pregunta objeto de análisis, si bien se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con la indebida aplicación del estándar de prueba. Según su SA, cuando esto sucede, la propia SA debe utilizar el estándar correcto y realizar una evaluación del material probatorio para establecer si el mismo permite afirmar, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado.⁵

De la misma manera, la SA se ha pronunciado sobre la evaluación de los elementos de prueba. Así, ha señalado que la regla 89 (c) de las RPP del TPIY prevé que las SPIs pueden admitir cualquier elemento de prueba relevante que tenga un cierto valor probatorio.⁶ Igualmente, ha afirmado que la regla 89(d) establece que las SPIs pueden excluir aquellos elementos de prueba cuyo valor probatorio sea sustancialmente menor que la necesidad de garantizar un juicio justo.

La manera en cómo una SPI establece el valor probatorio de los diferentes elementos de prueba depende de varios factores, los cuales dependen de las circunstancias de cada caso. En particular, la SA ha establecido que las SPIs tienen la facultad de decidir cuándo la declaración de un testigo, o cualquier otro elemento probatorio, tiene credibilidad y por tanto valor probatorio. En consecuencia, la SA ha de otorgar un margen amplio a las SPIs para evaluar los elementos de prueba presentados en el juicio oral.⁷

Con base en lo anterior, no se ha identificado ninguna decisión del TPIY que responda de manera directa a la cuestión analizada, porque el TPIY no se ha ocupado de resolver casos donde el estándar de prueba haya sido establecido por las SPIs después de emitir sus decisiones. Por el contrario, las decisiones de la SA se han limitado a establecer: (a) qué hacer cuando el estándar de prueba haya sido incorrectamente definido o aplicado por las SPIs, teniendo en cuenta que la culpabilidad del acusado debe ser en todo caso probada más allá de toda duda razonable; y (b) qué reglas han de seguirse para admitir o inadmitir los elementos de prueba presentados por las partes en el juicio oral.

5 ICTY, the Prosecutor v. Milan Lukic & Sredoje Lukic, Appeals Chamber, *Judgment*, December 4, 2012, Case No.: IT-98-32/1, para. 12.

6 *Ibid.*, para. 566.

7 ICTY, the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, *Judgment*, March 24, 2000, Case No.: IT-95-14/1, paras. 62-63.

6.2.3. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Al igual que el TPIY, el TPIR no ha desarrollado un marco jurisprudencial relevante en cuanto a la pregunta objeto de análisis porque no se ha ocupado de resolver casos donde el estándar de prueba haya sido establecido por las SPIs después de emitir sus decisiones. Sin embargo, existen diferentes pronunciamientos de su SA respecto a la indebida aplicación por las SPIs del estándar de prueba más allá de toda duda razonable. En este sentido, la SA ha subrayado que cuando existe un error de derecho como resultado de la indebida aplicación de este estándar, la SA debe articular su interpretación jurídica correcta y aplicarlo a la luz de los elementos probatorios presentados en el juicio.⁸

De la misma manera, la SA ha interpretado las reglas que han de seguirse para admitir o inadmitir los elementos de prueba presentados por las partes en el juicio oral, y ha establecido parámetros respecto a cómo las SPIs deben actuar teniendo en cuenta los lineamientos recogidos en la regla 87(a) de las RPP del TPIR,⁹ la cual prevé que, para declarar al acusado culpable, es necesario que la mayoría de los miembros de la SPI estén de acuerdo en que la culpabilidad del acusado haya sido demostrada más allá de toda duda razonable.

6.2.4. Las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya y los Tribunales Especiales para el Líbano y Sierra Leona

Mientras que en las SETC y en el TESL no se ha encontrado normativa o jurisprudencia aplicable a la temática objeto de estudio, la situación es distinta en el TEL, siendo este el único tribunal penal internacional donde, en el caso *Ayyash et al.*,¹⁰ se ha abordado la cuestión relativa a la definición *ex post facto* por la SPI del estándar de prueba aplicable.

En este caso, la SPI dictaminó oralmente el 1 de junio de 2016 que el acusado, Mustafa Amine Badreddine, no había fallecido, y que por ende el proceso en su contra no podía darse por concluido. Posteriormente, el 7 de junio

8 ICTR, the Prosecutor v. Simon Bikindi, Appeals Chamber, *Judgment*, March 18, 2010, Case No.: ICTR-01-72, para. 11.

9 ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-96-4, para. 219.

10 STL, the Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi & Assad Hassan Sabra (The Prosecutor v. Ayyash and Others), Appeals Chamber, *Decision on the Interlocutory Appeal of the Defence of Badreddine on the “Provisional Decision on the Death of Mr. Mustafa Amine Badreddine and the Possible Termination of Proceedings”*, July 11, 2016, Case No.: STL-11-01/T/AC/AR126.11.

del mismo año, la SPI emitió de forma escrita el fundamento de su decisión, estableciendo cuál fue el estándar de prueba aplicado.¹¹ Ante esta situación, la Defensa argumentó en apelación que la SPI había errado al no determinar en la decisión oral cuál fue el estándar de prueba aplicado, y que únicamente lo hizo por medio de la decisión escrita, casi una semana después. En consecuencia, para la Defensa se había generado un vacío normativo sobre cómo fue tomada la decisión.¹²

La SA del TEL, tras estudiar la decisión de la SPI y los argumentos de la Defensa, determinó que el estándar de prueba no puede establecerse con posterioridad a la emisión de la decisión, so pena de que se configure un error de derecho. Por lo tanto, para la SA, la SPI cometió un error de esta naturaleza que invalidaba la decisión.¹³

De esta manera, se puede afirmar que la jurisprudencia del TEL establece que las SPIs no tienen la facultad para determinar el estándar de prueba aplicable *ex post facto*, es decir, después de emitir sus decisiones. Por lo tanto, el estándar aplicable debe determinarse en todo caso con anterioridad a que se tome cualquier decisión, ya se trate de una decisión interlocutoria o de un fallo de fondo. De no hacerlo, no habría una base confiable sobre la cual se entienda tomada la decisión, y las SPIs podrán tomar decisiones arbitrarias en un momento dado, y tratar de argumentarlas con posterioridad.

6.2.5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH no ha desarrollado tampoco jurisprudencia que aborde de manera concreta la cuestión objeto de nuestro estudio, porque ha subrayado que la normativa procesal, probatoria y toda aquella concerniente al estándar de prueba es, en principio, un asunto que define cada Estado. De este modo, cada Estado tiene autonomía para determinar internamente estas cuestiones.¹⁴

Esta autonomía está, sin embargo, limitada por los mínimos establecidos por el art. 6 del CEDH, relativo a un juicio justo, de manera que los Estados, al configurar su normativa, no pueden infringir lo previsto en esta última disposición. Esto significa, en última instancia, que el TEDH, que en ningún caso se configura como una instancia de apelación de las decisiones nacionales,¹⁵ solo puede conocer de asuntos relativos a la aplicación de la normativa procesal y probatoria, incluyendo las normas sobre el estándar de prueba, cuando los Estados, a través de la aplicación de sus leyes internas, violan el art. 6 del

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*, para. 28.

13 *Ibid.*, para. 41.

14 ECtHR, *García Ruiz v. Spain*, *Judgment*, January 21, 1999, para. 28.

15 ECtHR, *Melnychuk v. Ukraine*, *Decision on inadmissibility*, July 5, 2005, para. 1.

CEDH;¹⁶ situación acaecida, por ejemplo, en el caso Nachova *et al. c. Bulgaria* (2005), donde el TEDH estableció que, en procesos de naturaleza penal, el estándar de prueba aplicable por las jurisdicciones nacionales deber ser el de “más allá de toda duda razonable”.¹⁷

6.2.6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CtIDH tampoco ha desarrollado un marco jurisprudencial relevante con respecto a la cuestión objeto de análisis. Sin embargo, en cuanto a la definición del estándar de prueba, la CtIDH, al igual que el TEDH, ha señalado reiteradamente que no se ocupa de este tema por considerarlo como un asunto interno de cada Estado. Así mismo, CtIDH ha establecido que solo conocerá de este tipo de asuntos cuando los Estados hayan presuntamente violado las garantías procesales recogidas expresamente en la CADH.

De esta manera, la CtIDH ha sido clara al establecer que no es un tribunal que desempeñe funciones de tribunal de “cuarta instancia”. Por lo tanto, la CtIDH no es competente para dirimir los desacuerdos que puedan existir entre las partes sobre la valoración de los elementos de prueba o la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de las obligaciones estatales recogidas en la CADH.¹⁸

El caso Noriega de Carvalho *et al. c. Brasil* (2006) es un ejemplo paradigmático de esta línea jurisprudencial, puesto que, en el mismo, la CtIDH recuerda que corresponde a los tribunales nacionales el examen de los hechos y de los elementos de prueba presentados en cada caso, y que no compete a la CtIDH sustituir sus funciones.¹⁹

16 ECtHR, *García Ruiz v. Spain*, *supra* núm. 14, paras. 27-28.

17 ECtHR, *Nachova and others v. Bulgaria*, *Judgment*, July 6, 2005, para. 147.

18 IACtHR, *Mémoli v. Argentina*, *Judgment of 22 August, 2013 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 22, 2013, para 140.

19 IACtHR, *Nogueira de Carvalho et al. v. Brazil*, *Judgment of 28 November, 2006 (Preliminary Objections and Merits)*, November 28, 2006, para. 80.

6.3. ¿Son los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones solo en beneficio del acusado?

6.3.1. La Corte Penal Internacional

El art. 64(2) del ECPI prevé que un juicio justo supone que cada una de las partes tenga la posibilidad de presentar adecuadamente su caso, con el fin de influir en la decisión de la SPI.²⁰ En el caso Lubanga, la SA consideró que este principio constituye un derecho fundamental que debe estar siempre presente durante el juicio,²¹ y afirmó que el mismo se puede satisfacer mediante la interpretación extensiva de ciertos derechos (como, por ejemplo, la igualdad de armas),²² o por medio de la regulación por las SPIs del desarrollo de las actuaciones.²³

Teniendo en cuenta lo anterior, Stewart, vicesfiscal de la CPI, afirma que las garantías de un juicio justo no son solo en favor del acusado, sino que benefician a las distintas partes en las actuaciones, jugando además todas ellas un papel importante para su satisfacción. Para este autor, el concepto de juicio justo trasciende el marco de los derechos de los acusados porque busca cubrir diferentes aspectos procesales como los intereses de las víctimas, los testigos y la Fiscalía.²⁴ En su opinión, esto aparece claramente reflejado en la definición de la SCP I sobre el concepto “justo”, que está compuesta por los principios básicos de equilibrio y equidad, que son aplicables a todas las partes y participantes en las actuaciones.²⁵

20 ICC, Situation in Uganda, Pre-Trial Chamber II, *Decision on Prosecutor’s Application for Leave to Appeal in Part Pre-trial Chamber II’s Decision on the Prosecutor’s Applications for Warrants of Arrest Under Article 58*, August 19, 2005, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/05-20, para. 30.

21 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, June 13, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-1401, para. 77.

22 *Ibid.*, paras. 77-79.

23 *Ibid.*, para. 77.

24 Stewart, J.K. (2014), *Fair Trial Rights under the Rome Statute from a Prosecution Perspective ICTR Symposium - Arusha, Tanzania*, Compendium on the Legacy of the ICTR and the Development of International Law, United Nations - International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, pp. 14-16.

25 ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal the Chamber’s Decision of 17 January 2006 on the Applications for Participation in the Proceedings of Vprs1, Vprs 2, Vprs 3, Vprs 4, Vprs5 and Vprs6*, March 31, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-135-tEN, para. 38.

Según Stewart, esto significa que: (a) las víctimas y los testigos²⁶ deben tener la posibilidad de testificar libremente, y así contribuir a una decisión acertada por parte de las SPIs; (b) la Fiscalía²⁷ tiene que poder presentar sus elementos de prueba libre de toda interferencia; y; (c) la Defensa²⁸ debe poder responder a las alegaciones vertidas contra el acusado y presentar elementos de prueba que respalden su posición. Solo si se salvaguardan estas garantías, las SPIs podrán tener todo lo necesario para alcanzar una decisión precisa y creíble.²⁹

Con respecto al principio de celeridad, la jurisprudencia de la CPI ha señalado que, al igual que sucede con las garantías del juicio justo, ha de ser respetado y debe estar presente en todos los procesos ante la CPI.³⁰ Este principio que, según la SA, es aplicable al conjunto de actuaciones procesales en su totalidad, trasciende los derechos del acusado, abarcando también los intereses de las víctimas, los testigos y la Fiscalía.³¹

6.3.2. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Para el TPIY, los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones se pueden entender incluidos en el art. 20 del ETPIY. Esta disposición establece que las SPIs deben asegurar que los juicios sean justos y expeditos, y que las actuaciones procesales sean desarrolladas con respeto absoluto a los derechos del acusado, protegiendo a las víctimas y a los testigos, y en concordancia con las RPP del TPIY. De la misma manera, el art. 21 del ETPIY, que recoge los derechos del acusado,³² prevé cómo su observancia es esencial para garantizar un juicio justo.

26 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 20 November 2009 Entitled "Decision on the Motion of the Defence for Germain Katanga for a Declaration on Unlawful Detention and Stay of Proceedings"*, July 12, 2010, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/070A10, para. 45.

27 ICTY, the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, *Decision on the Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence*, February 16, 1999, Case No.: IT-95-14/1, para. 25; ICTY, the Prosecutor v. Jadranko Prlic et al., Appeals Chamber, *Decision on the Prosecution Appeal Concerning the Trial Chamber's Ruling Reducing Time for the Prosecution Case*, February 6, 2007, Case No.: IT-04-74-AR73.4, para. 24; ICTY, the Prosecutor v. Milan Martić, Appeals Chamber, *Decision on Appeal against the Trial Chamber's Decision on the Evidence of Witness Milan Babić*, September 14, 2006, Case No.: IT-95-11-AR73.2, para. 13; ICTY, the Prosecutor v. Duško Tadić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 15, 1999, Case No.: IT-94-1-A, para. 48.

28 Art. 67 del ECPI,

29 Stewart, J.K. (2014), *supra* núm. 24, pp. 16-17.

30 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the challenge of the defence before the jurisdiction of the Court*, December 13, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-772, para. 37.

31 ICC, *Decision on Prosecutor's Application for Leave to Appeal in Part Pre-trial Chamber II's Decision on the Prosecutor's Applications for Warrants of Arrest Under Article 58*, *supra* núm. 20, para. 31.

32 Art. 21 del ETPIY.

El TPIY ha determinado también que el contenido del art. 23 del ETIPY se encuentra relacionado de manera directa con el principio del juicio justo³³ porque establece la necesidad de justificar las decisiones adoptadas por las Salas competentes. De la misma forma, ha existido un desarrollo jurisprudencial con relación a los elementos que componen este principio, como el derecho fundamental que tiene el acusado a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.³⁴

La jurisprudencia del TPIY ha subrayado también que para garantizar un juicio justo es necesario que las SPIs protejan de manera efectiva a los testigos, pues dicho principio opera también en su favor. Así pues, en caso de existir intimidación a los testigos, se deben tomar todas las medidas necesarias y razonablemente disponibles para protegerlos, ya sea a petición de parte o de oficio.³⁵

Para la protección efectiva de los testigos, las SPIs cuentan con amplios poderes, que se recogen en la regla 54 de las RPP del TPIY. Entre estos, se encuentra la capacidad de expedir las órdenes y las citaciones que sean necesarias para llevar a cabo la investigación y el enjuiciamiento. Así mismo, las SPIs tienen el poder de adoptar medidas para la protección de los testigos y la presentación por videoconferencia de sus testimonios. Además, en caso de que estas medidas lleguen a fallar, disponen de la facultad de aplazar o suspender el juicio a petición de parte o de oficio.³⁶

Con respecto al principio de celeridad, el TPIY ha señalado que este se refiere a que las actuaciones no sufran ninguna demora injustificada y se desarrollen en un tiempo razonable. Sin embargo, el TPIY ha establecido también que no se aplica de manera inmutable porque hay casos con un alto grado de complejidad que requieren buscar un equilibrio entre los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones.³⁷ A este respecto, la SA ha subrayado que las consideraciones logísticas y de economía procesal no pueden estar por encima del principio a un juicio justo, lo que implica cumplir estrictamente con los procedimientos y las reglas establecidas.³⁸

El análisis jurisprudencial del TPIY permite observar como el principal beneficiario de los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones es el acusado. Sin embargo, autores como Tochilovsky consideran que el TPIY

33 ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A, para. 69.

34 *Ibid.*, para. 177.

35 ICTY, the Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj & Lahi Brahimaj, Appeals Chamber, *Judgment*, July 19, 2010, Case No.: IT-04-84, para. 35.

36 *Ibid.*, para. 36.

37 ICTY, the Prosecutor v. Nikola Sainovic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic & Sreten Lukic, Appeals Chamber, *Judgment*, January 23, 2014, Case No.: IT-05-87, para. 101.

38 ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Appeals Chamber, *Judgment*, April 8, 2015, Case No.: IT-05-88/2, para. 23.

ha establecido que las garantías recogidas en estos principios son también aplicables a la Fiscalía. Así mismo, el TPIY ha establecido que, a través de la protección de los testigos, se garantiza la existencia de un juicio justo.³⁹

En este sentido, Tochilovsky afirma que, si bien las SPIs tienen la obligación de garantizar el pleno respeto de los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones, respetando plenamente los derechos del acusado,⁴⁰ es último no es la única parte procesal que tiene el derecho a un trato justo y equitativo.⁴¹ La obligación de las SPIs de proteger la integridad del proceso implica, asimismo, asegurar la aplicación de los mencionados principios, y garantizar que la conducta de ambas partes se ajuste a los mismos.⁴² Para Tochilovsky, es muy difícil pensar que un juicio pueda ser considerado justo cuando el acusado es favorecido en detrimento de la Fiscalía (que actúa en representación de los intereses de la comunidad internacional),⁴³ más allá del estricto cumplimiento de las protecciones estatutarias.⁴⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que estos principios cuentan con un mayor desarrollo en relación con el acusado, porque sus derechos tienen mayor probabilidad de ser transgredidos, pero no se le aplican al mismo de forma exclusiva, sino que también son aplicables en beneficio de la Fiscalía, las víctimas y los testigos. Con respecto a estos últimos, es posible observar también cómo las SPIs tienen la obligación de protegerlos para garantizar con ello la integridad del proceso.

6.3.3. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

En el TPIR, los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones se han desarrollado a partir de lo previsto en el art. 19 del ETPIR. En esta disposición se establece que las SPIs deben asegurar que los juicios sean justos y expeditos, que los procedimientos se encuentren en concordancia con las RPP del TPIR, que haya respeto absoluto hacia los derechos del acusado y que se garantice la protección efectiva de las víctimas y los testigos.

39 Medermott, Y. (2012), 'Rights in reverse: A critical analysis of fair trial rights under international criminal law', En Schabas, W, Medermott, Y & Hayes, N. (Ed.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Aldershot, Routledge, p. 4.

40 Tochilovsky, V. (2008), *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights: Procedure and Evidence*, Leiden, Brill | Nijhoff, p. 276.

41 ICTY, the Prosecutor v. Milan Milutinović, Trial Chamber III, *Decision on Prosecution's Request for Certification of Rule 73 bis Issue for Appeal*, August 30, 2006, Case No.: IT-05-87-T, para. 10.

42 Tochilovsky, V., (2008), *supra* núm. 40, p. 276.

43 *Idem*.

44 ICTY, *Aleksovski Decision on the appeal of the Prosecutor on the admissibility of the evidence*, *supra* núm. 27, paras. 24-25.

Todo ello se encuentra en concordancia con lo previsto en el art. 20 del ETPIR, donde recogen los derechos del acusado.

Según la SA, un juicio justo está conformado, entre otras, por las siguientes garantías: (i) la obligación de la Fiscalía de revelar a la Defensa el material probatorio exculpatario en su posesión;⁴⁵ (ii) el derecho del acusado a asistencia jurídica gratuita (lo que no implica necesariamente la posibilidad de elegir abogado defensor);⁴⁶ (iii) la obligación de las Salas a emitir un fallo razonado;⁴⁷ (iv) el derecho a contrainterrogar a los testigos;⁴⁸ (v) el establecimiento de procedimientos que garanticen la igualdad entre las partes;⁴⁹ (vi) la independencia e imparcialidad de los jueces;⁵⁰ (vii) el derecho del acusado a que la Fiscalía le transmita información clara y precisa sobre la acusación;⁵¹ y (viii) la aplicación de las mismas reglas para valorar los elementos de prueba presentados por la Fiscalía y la Defensa.⁵²

La SA ha señalado también que la obligación de las SPIs de garantizar los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones conlleva un delicado equilibrio de intereses, particularmente en casos donde se encuentra más de un acusado.⁵³ Teniendo esto en cuenta, al momento de garantizar que un proceso no tenga ningún retraso injustificado, es necesario analizar los elementos del caso y su complejidad. Por ello, la SA ha reconocido que los casos ante el TPIR no se pueden desarrollar a la misma velocidad que los tramitados por los tribunales domésticos, toda vez que su gravedad y complejidad no lo permiten.⁵⁴ De igual forma, pueden existir también diferencias en el tratamiento dado a los distintos casos enjuiciados ante el TPIR, siempre y cuando estén justificadas por sus especificidades.⁵⁵

A pesar de que el desarrollo jurisprudencial de estos principios por el TPIR se centra en el acusado, Tochilovsky aclara que el principio del juicio

45 ICTR, the Prosecutor v. Calixte Kalimanzira, Appeals Chamber, *Judgment*, October 20, 2010, Case No.: ICTR-05-88-A, para. 18.

46 ICTR, the Prosecutor v. Jean Kambanda, Appeals Chamber, *Judgment*, October 19, 2000, Case No.: ICTR-97-23-A, para. 33.

47 ICTR, the Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumutse & Joseph Nzirorera, Appeals Chamber, *Judgment*, September 29, 2014, Case No.: ICTR-98-44, para. 26; ICTR, the Prosecutor v. Gregoire Ndhaimana, Appeals Chamber, *Judgment*, December 16, 2013, Case No.: ICTR-01-68, para. 14.

48 ICTR, *Kalimanriza Appeals Judgment*, *supra* núm. 45, para. 40.

49 *Ibid.*, para. 34.

50 ICTR, the Prosecutor v. Clement Kayishema & Obed Ruzindana, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1, para. 55.

51 Art. 20 del Estatuto del ICTR.

52 ICTR, the Prosecutor v. Tharcisse Renzaho, Appeals Chamber, *Judgment*, April 1, 2011, Case No.: ICTR-97-31-A, para. 540.

53 ICTR, the Prosecutor v. Aloys Ntabakuze, Appeals Chamber, *Judgment*, May 8, 2012, Case No.: 98-41A-A, para. 21.

54 ICTR, the Prosecutor v. Justin Mugenzi & Prosper Mugiranza, Appeals Chamber, *Judgment*, February 4, 2013, Case No.: ICTR-99-50-A, para. 32.

55 *Idem*.

justo aplica tanto para la Defensa como para la Fiscalía,⁵⁶ como se refleja en la jurisprudencia emanada del caso Karemera.⁵⁷ Es, por tanto, fundamental comprender que la Fiscalía tiene también derecho a una oportunidad justa para presentar su teoría del caso y sus elementos de prueba.

Con respecto a la celeridad en las actuaciones, McDermott subraya que, teniendo en cuenta los diferentes pronunciamientos del TPIR, es muy difícil para el acusado exigir de manera efectiva que el juicio se realice sin dilaciones, porque las SPIs tienden a primar el interés por garantizar un juicio justo, justificando así la dilación de las actuaciones por la complejidad del caso.⁵⁸

En conclusión, la jurisprudencia del TPIR y la doctrina concuerdan en que, si bien los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones buscan principalmente salvaguardar los derechos del acusado, no se puede excluir su aplicación en favor de la Fiscalía, las víctimas y los testigos.

6.3.4. Las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya y los Tribunales Especial para el Líbano y Sierra Leona

En las SETC, los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones se recogen en el art. 33 de la Ley que establece las SETC.⁵⁹ Según esta disposición, las SETC tienen que garantizar que los juicios sean justos, que se lleven a cabo con celeridad y que se desarrollen en concordancia con los procedimientos preexistentes. Así mismo, el propio art. 33 prevé que los juicios deben desarrollarse con pleno respeto a los derechos del acusado, y protegiendo a las víctimas y a los testigos. Además, dispone que el ejercicio jurisdiccional de las SETC debe respetar los estándares internacionales del juicio justo, la equidad y el debido proceso, tal y como se regula en los arts. 14 y 15 del PIDCP.

El desarrollo jurisprudencial de estos principios por las SETC se ha centrado en su obligación de garantizar un juicio justo y la celeridad en las actuaciones.⁶⁰ Así, en la sentencia de apelación del caso Khieu Samphân & Nuon Chea (2016), la SA estableció que los mencionados principios hacen

56 Tochilovsky, V., (2008), *supra* núm. 40, p. 276.

57 ICTR, The Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse, Joseph Nzirorera & Andre Rwamakuba, Trial Chamber III, *Decision on Severance of André Rwamakuba and Amendments of the Indictment*, December 7, 2003, Case No.: ICTR-98-44-PT, para. 26.

58 McDermott, Y. (2011), *supra* núm. 39, p. 12.

59 ECCC. (2011), *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, August 10, 2011.

60 ECCC, the Prosecutor v. Khieu Samphân & Nuon Chea, Supreme Court Chamber, *Appeal Judgment*, November 23, 2016, Case No.: 002/19-09-2007-ECCC/SC, para. 162.

parte del debido proceso, en el cual destacan dos elementos principales: el primero, el derecho del acusado a ser juzgado sin ningún retraso injustificado, y el segundo, el derecho a obtener la asistencia y la evaluación del testimonio de los testigos propuestos por la Defensa.⁶¹

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible observar que los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones se han desarrollado jurisprudencialmente alrededor del acusado, si bien la Ley que crea y regula las SETC establece también que las víctimas y los testigos deben ser protegidos durante el desarrollo de las actuaciones.

En lo que se refiere al TEL, el principio del juicio justo se recoge en los arts. 16 (2)⁶² y 17⁶³ del ETEL, entendiéndose como parte esencial de los derechos con los que cuentan tanto el acusado como las víctimas, además de un deber de las Salas de asegurar y garantizar que el juicio sea justo para todas las partes. En cuanto al principio de celeridad en las actuaciones, este se recoge en el art. 28 del ETEL,⁶⁴ que establece que los jueces deben guiarse en todas las etapas del procedimiento por las RPP del TEL, para poder así tener un juicio expedito que respete y garantice el derecho de las partes a un juicio justo.

Finalmente, en el TESL, los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones se consideran garantías del acusado recogidas en el art. 17 del ETESL, que exige expresamente la igualdad de las partes ante el TESL, un procedimiento justo y público, la presunción de inocencia y la salvaguarda de ciertas garantías mínimas del acusado (como el ser informado oportunamente de los hechos y delitos que se le imputan en un lenguaje que entienda, el tener el tiempo adecuado para la preparación de su Defensa y el poder comunicarse con su abogado).

McDermott recoge los argumentos a favor de que el principio del juicio justo no se aplique exclusivamente en favor del acusado, sino que, con base en el principio de igualdad y los arts. 18, 20 y 21 del ETESL, se extienda también a las demás partes.⁶⁵

Con respecto al principio de celeridad en las actuaciones, este es recogido en el art. 17 del ETESL, como parte de las garantías mínimas del acusado. Allí se prevé que el acusado debe ser juzgado sin retrasos indebidos. Una lectura estricta de esta disposición parece indicar que el mismo está solo dirigido a proteger al acusado. Sin embargo, en la decisión de la SA en el caso *Norman et al.* (2004) se estableció que el principio de celeridad también favorece a las

61 *Idem.*

62 Security Council (2007), *Resolution 1757, Statute of the Special Tribunal for Lebanon*, May 30, 2007, UN Doc. No.: S/RES/1757, art. 16(2).

63 *Ibid.*, art. 17.

64 *Ibid.*, art. 28.

65 McDermott, Y. (2011), *supra* núm. 39, p. 4.

víctimas y a sus familiares, porque de no tomarse una decisión con celeridad no será posible que las víctimas puedan superar la violencia padecida.⁶⁶

6.3.5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones han sido desarrollados jurisprudencialmente por el TEDH a partir del art. 6 del CEDH, en el que se establece que “[...] toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, de manera pública y dentro de un plazo razonable por un Tribunal imparcial establecido por ley [...]”.

El TEDH ha desarrollado el principio del juicio justo afirmando que está íntimamente relacionado, entre otras, con las siguientes garantías procesales conexas: (i) la participación efectiva en las actuaciones;⁶⁷ (ii) la naturaleza acusatoria del proceso y la igualdad de armas;⁶⁸ (iii) la fundamentación de las decisiones judiciales;⁶⁹ (iv) la apropiada administración de los elementos de prueba;⁷⁰ y (v) el principio de inmediación.⁷¹ Si bien es cierto que la mayor parte de estas garantías han sido desarrolladas por el TEDH en relación con el acusado, no es menos cierto que el TEDH ha declarado expresamente que algunas de ellas, como el principio de igualdad de armas y la naturaleza acusatoria de las actuaciones, operan en favor de todas las partes en el proceso.

En este sentido, el TEDH ha subrayado en el caso *Dombo Beheer BV c. los Países Bajos* (1993)⁷² que: (a) es necesario que tanto la Fiscalía como el acusado hayan tenido una oportunidad razonable durante el proceso para presentar su caso bajo igualdad de condiciones; y (b) las autoridades nacionales tienen la obligación de asegurarse que cada caso cumpla con los criterios previstos en el CEDH en relación con la administración de una justicia equitativa y el respeto de todos los derechos y garantías de las partes que intervienen en las actuaciones.⁷³

En este sentido, Rainey, Wicks y Obey afirman que el análisis de este caso permite afirmar que el TEDH requiere que, con el fin de que se cumpla con el principio de igualdad de armas, exista un justo equilibrio entre las partes (tanto en los casos civiles como penales). De esta manera, lo más importante es que se haya ofrecido a las partes una oportunidad razonable

66 SCSL, the Prosecutor v. Norman *et al.*, Appeals Chamber, *Decision on the applications for a stay of proceedings and denial of right to appeal*, November 4, 2003, Case No.: SCSL-2003-09-PT, para. 8.

67 ECtHR, Murtazaliyeva v. Russia, *Judgment*, December 18, 2018.

68 ECtHR, *Dombo Beheer BV v. The Netherlands*, *Judgment*, October 27, 1993.

69 ECtHR, Hadjianastassiou v. Greece, *Judgment*, December 16, 1992.

70 ECtHR, Khan v. United Kingdom, *Judgment*, May 12, 2000.

71 *Idem*.

72 ECtHR, *Dombo Beheer BV v. The Netherlands*, *supra* num. 68.

73 *Ibid.*, para. 33.

para presentar su caso, incluyendo los elementos de prueba propuestos por las mismas, bajo condiciones que no les generen una desventaja sustancial con respecto a sus contrapartes.⁷⁴

Además, según Tochilovsky, el principio de la igualdad de armas y la naturaleza acusatoria de las actuaciones implican que tanto la Fiscalía como la Defensa deben tener la oportunidad de conocer y comentar sobre las observaciones y elementos de prueba aducidos por la contraparte, con el propósito de influenciar la decisión del tribunal competente.⁷⁵

Con respecto al principio de celeridad en las actuaciones, este ha sido desarrollado en varios casos por el TEDH como parte del principio de una administración de justicia adecuada. Entre ellos, destaca el caso *Zimmermann y Steiner c. Suiza* (1992),⁷⁶ en el que el TEDH estableció que es necesario analizar las circunstancias específicas de cada caso para determinar si un proceso se ha llevado a cabo cumpliendo con las exigencias del principio de celeridad. De este modo, para el TEDH, no hay una duración o tiempo específico para el cumplimiento de este principio, pues es necesario hacer una evaluación integral de cada proceso a la luz de sus circunstancias específicas (incluyendo, entre otras cosas, la complejidad del caso y la cantidad de elementos de prueba a evaluar).

A este respecto, Tochilovsky subraya cómo el TEDH ha afirmado que la razonabilidad de la duración de las actuaciones debe evaluarse siempre a la luz de las circunstancias particulares del caso en su totalidad. De esta manera, el enfoque del TEDH consiste en examinar la duración del proceso en su conjunto, cubriendo así todas sus etapas.⁷⁷

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el TEDH, si bien ha hecho particular énfasis en la interpretación de las garantías de los solicitantes de su amparo (normalmente los acusados en los procesos penales nacionales), ha dado también lineamientos claros en el sentido de que los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones benefician a todas las partes procesales.

6.3.6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por último, la CtIDH ha desarrollado el principio del juicio justo a través de una extensa interpretación de los arts. 8 (garantías judiciales) y 25 (protección

74 Rainey, B., Wicks, E. & Ovey, C. (2017), *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 7a Ed., pp. 291-292.

75 Tochilovsky, V., (2008), *supra* núm. 40, pp. 275-276.

76 ECtHR, *Zimmermann & Steiner v. Switzerland, Judgment*, July 13, 1993, para. 24.

77 Tochilovsky, V., (2008), *supra* núm. 40, p. 296.

judicial) de la CADH. Para la CtIDH,⁷⁸ de este principio emanan, entre otros, los siguientes derechos recogidos en el art. 8 de la CADH: (i) el derecho a ser oído;⁷⁹ (ii) el derecho a una investigación judicial efectiva;⁸⁰ (iii) el derecho a la debida diligencia;⁸¹ y (iv) el derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente.⁸² Según la CtIDH, los tres primeros derechos se encuentran también incluidos en el art. 25 de la CADH.

Las garantías procesales que forman parte del principio del juicio justo han sido interpretadas jurisprudencialmente por la CtIDH desde la perspectiva de quienes han solicitado su amparo (normalmente, víctimas de graves actos de violencia). Así, en el caso *Barrios Altos c. Perú* (2001),⁸³ la CtIDH afirmó que el derecho de las víctimas y de sus familiares a ser oídos había sido violado por el Estado, es un ejemplo paradigmático de esta situación. Del mismo modo, en el caso *Durand y Ugarte c. Perú* (2000),⁸⁴ la CtIDH consideró que el derecho de los familiares de las víctimas a una investigación judicial efectiva fue infringido por el Estado al no investigar su desaparición. Un tercer ejemplo puede encontrarse en el caso *Favela Nova Brasília c. Brasil* (2017),⁸⁵ en el que la CtIDH recordó a los Estados Parte que están obligados a proveer recursos judiciales efectivos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso.

En cuanto al principio de celeridad en las actuaciones, la CtIDH lo ha interpretado también como parte de los arts. 8 y 25 de la CADH. Así, en el caso *Favela Nova Brasília c. Brasil* (2017),⁸⁶ la CtIDH ha subrayado que la solución de una controversia debe producirse dentro de un tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir una violación de las garantías judiciales previstas en el art. 8 de la CADH. Por su parte, en el caso *Claude Reyes et al. c. Chile* (2006),⁸⁷ la CtIDH ha señalado que los Estados deben garantizar recursos judiciales sencillos, rápidos y efectivos, para así cumplir

78 IACtHR, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°12: Debido Proceso*, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>

79 IACtHR, *Apitz Barbera et al. ("First Court of the Contested Administratif") v. Venezuela, Judgment of 5 August, 2008. (Preliminary Exception, Case, Reparations and Costs)*, August 5, 2008, para. 75; IACtHR, *Barrios Altos v. Perú, Judgment of 14 March, 2001 (Merits)*, March 14, 2001, para. 42.

80 IACtHR, "Niños de la Calle" (Villagrán Morales et al.) v. Guatemala, *Judgment of 19 November, 1999*, November 19, 1999, paras. 230 - 233; IACtHR, *Durand and Ugarte v. Perú, Judgment of 16 August, 2000*, August 16, 2000, para. 130.

81 IACtHR, *Anzualdo Castro v. Perú, Judgment of 22 September, 2009 (Preliminary Exceptions, Case, Reparations and Costs)*, September 22, 2009, paras.135, 154; IACtHR, *Favela Nova Brasília v. Brasil, Judgment of 16 February, 2017 (Preliminary Exceptions, Case, Reparations y Costs)*, February 16, 2017, para. 174.

82 IACtHR, *Las Palmeras v. Colombia, Judgment of 6 December, 2001, December 6th, 2001*, paras. 53 - 54.

83 IACtHR, *Barrios Altos v. Peru, supra* núm. 79, para. 42.

84 IACtHR, *Durand & Ugarte v. Perú, supra* núm. 80, para. 130.

85 IACtHR, *Favela Nova Brasília v. Brasil, supra* núm. 81, para. 174.

86 *Ibid.*, para. 217.

87 IACtHR, *Claude Reyes et al. v. Chile, Judgment of 19 September, 2006 (Merits, Reparations and Costs)*, September 19, 2006, para. 137.

con la celeridad necesaria en la entrega de información indispensable, so pena de infringir las protecciones judiciales previstas en el art. 25 de la CADH.

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que, a diferencia del TEDH, la CtIDH ha desarrollado los principios relativos a un juicio justo y la celeridad en las actuaciones en favor únicamente de los solicitantes (víctimas de graves actos de violencia) que buscaban su amparo.⁸⁸

6.4. ¿En qué casos es apropiada la declaración de nulidad del juicio oral o *mistrial*?

6.4.1. La Corte Penal Internacional

Ni el ECPI, ni las RPP de la CPI, recogen la figura del *mistrial*, que consiste en la terminación del proceso antes de la finalización del juicio oral porque un error en las actuaciones lo convierte en nulo.

Sin embargo, esto no ha impedido que en el caso contra William Ruto (vicepresidente de Kenia) y Joshua Sang (ex director de la emisora Kass FM), la mayoría de la SPI V decidiera anular los cargos contra los acusados a la mitad del juicio oral porque se había producido un *mistrial*,⁸⁹ debido a que a lo largo del proceso se constataron: (i) intentos inapropiados a nivel político para interferir en el juicio oral y afectar su resultado; (ii) falta de cooperación de varios testigos a causa de un ambiente de intimidación y presión generalizada contra ellos por la hostilidad contra el proceso existente tanto a nivel comunitario como a nivel nacional en Kenia; y (iii) una limitada capacidad de la Fiscalía, debido a las circunstancias mencionadas, para presentar elementos de prueba suficientes para continuar con el juicio oral.

Con base en lo anterior, y a la luz del art. 64(2) del ECPI, la SPI V afirmó que, en cumplimiento de su obligación de velar por un juicio justo y expedito, adoptaba la decisión de anular los cargos contra los acusados, sin que esto significara que la Fiscalía no podía volverlos a formular por los mismos hechos

88 Autoras como Laurence Burgogue-Larsen y Amaya Ubeda de Torres subrayan, sin embargo, que las garantías procesales de aplicantes y Estados parte deben ser siempre interpretadas a la luz del principio del juicio justo. Ver: Burgogue-Larsen, L. & Ubeda de Torres, A. (2011), *Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, p. 656.

89 ICC, Public Information and Communication Section (2016), *ICC Press Release: Ruto and Sang case: ICC Trial Chamber V(A) terminates the case without prejudice to re-prosecution in future*, April 5, 2016, available at: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr1205>.

si las circunstancias cambiaban.⁹⁰ Esta decisión se fundamentó en que las conductas realizadas frente a los testigos (intimidación y presión), no permitían a la SPI V concluir que los testigos eran libres para presentar sus testimonios de manera voluntaria.

En consecuencia, del caso Ruto y Sang se deduce que el fundamento para que la CPI pueda declarar un *mistrial* es la imposibilidad de poder desarrollar el juicio oral con pleno respeto a las garantías salvaguardadas por el principio del juicio justo, previsto en el art. 64(2) del ECPI.

6.4.2. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

Al igual que el ECPI, el ETPIY tampoco contiene normas explícitas que regulen las declaraciones de *mistrial*. Sin embargo, tanto las SPIs como la SA pueden adoptarlas de acuerdo con lo previsto en las reglas 54 y 107 de las RPP del TIPY.⁹¹ En este sentido, la jurisprudencia del TPIY ha subrayado que la declaración de *mistrial* es un remedio que se tiene que dar durante la primera instancia, toda vez que es una decisión interlocutoria que declara terminado el juicio oral de forma anticipada al existir un error que lo invalida.⁹² En consecuencia, debe solicitarse mientras se desarrolla el juicio oral y no durante el procedimiento de apelación,⁹³ porque durante el juicio oral es un remedio procesal justo, apropiado e imprescindible para evitar que aquél siga adelante a pesar de la existencia de errores que lo han convertido en nulo. Sin embargo, en el procedimiento de apelación no es un remedio indispensable porque los errores que anulan las actuaciones pueden ser declarados como tales en el fallo de apelación.

A diferencia de lo observado en la CPI y en el TPIY, no existe ni legislación ni jurisprudencia que analice específicamente la figura del *mistrial* en el TPIR.

90 ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Trial Chamber V(A), *Scheduling Order for Oral Hearings on the Defence 'No Case to Answer' Motions*, November 6, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-1999.

91 ICTY, *Furundzija Appeals Judgment*, *supra* núm. 33, para. 20.

92 *Ibid.*, para. 19; ICTY, the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landžo, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A, para. 645.

93 ICTY, *Furundzija Appeals Judgment*, *supra* núm. 33, para. 33.

6.4.3. Las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya y los Tribunales Especiales para el Líbano y Sierra Leona

En lo que se refiere a las SETC, al TEL y al TESL cabe señalar que la cuestión relativa a cuándo podría ser apropiada una declaración de *mistrial* no ha sido abordada hasta el momento ni en su legislación aplicable, ni en su jurisprudencia.

6.4.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Finalmente, con respecto al TEDH, conviene recordar lo señalado al abordar la primera pregunta de este capítulo con respecto a que el TEDH no se ocupa de resolver problemas procesales o probatorios internos, como son las declaraciones de *mistrial*. En consecuencia, al no ser el TEDH una instancia de apelación de las decisiones jurisdiccionales nacionales,⁹⁴ no conoce de los errores de hecho o de derecho supuestamente cometidos por los tribunales internos, salvo en la medida en que puedan haber vulnerado los derechos y libertades protegidos por la CEDH (en particular, en su art. 6).⁹⁵ Por ello, la jurisprudencia del TEDH no ha abordado hasta el momento la cuestión relativa a cuándo podría ser apropiada una declaración de *mistrial*.

La misma situación se plantea en relación con la CtIDH, que tampoco se encarga de resolver problemas internos como los relativos al establecimiento de las modalidades específicas de investigación y enjuiciamiento o la determinación de las normas aplicables en las actuaciones nacionales. Como hemos vimos, el preámbulo de la CADH y la jurisprudencia de la CtIDH dejan claro que no es un tribunal de “cuarta instancia”,⁹⁶ y que su naturaleza es subsidiaria, coadyuvante y complementaria de las jurisdicciones nacionales. El caso *Palma Mendoza et al. c. Ecuador* (2012) es un buen ejemplo de esta línea jurisprudencial.⁹⁷ En consecuencia, la CtIDH tampoco ha abordado hasta el momento la cuestión relativa a cuándo sería apropiada una declaración de *mistrial* en el ámbito interno.

94 ECtHR. (2018), *Reglamento de Procedimiento del TEDH*, 1 de agosto de 2018, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf, p. 66.

95 ECtHR, *García Ruiz v. Spain*, *supra* núm. 14, para. 28.

96 Establecido en el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ver: Organization of American States (1969), *American Convention on Human Rights (adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November, 1969)*, November 22, 1969.

97 IACtHR, *Palma Mendoza et al. v. Ecuador, Judgment of 3 September, 2012, (Preliminary Objection and Merits)*, September 3, 2012, para. 16.

6.5. Conclusión

En el presente trabajo hemos analizado tres cuestiones procesales resultantes de la decisión de sobreseimiento de la SPI I de la CPI en el caso Gbagbo y Blé Goudé, que son especialmente relevantes para la apelación en curso contra dicha decisión. En primer lugar, hemos analizado si las SPIs tienen la facultad de definir el estándar de prueba aplicable con posterioridad a la emisión de sus decisiones. En segundo lugar, hemos estudiado si los principios relativos a un juicio justo y a la celeridad en las actuaciones favorecen exclusivamente al acusado, o si su aplicación se extiende a otras partes y participantes en los procesos ante la CPI, como la Fiscalía, las víctimas y los testigos. Finalmente, hemos abordado la cuestión relativa a los casos en los que puede ser apropiada una decisión de nulidad del juicio oral o *mistrial*.

El objetivo de nuestra investigación no ha sido dar una respuesta definitiva a cada una de las tres preguntas objeto de análisis, sino ofrecer, de acuerdo al sistema de fuentes previsto en el art. 21 del ECPI, una panorámica lo más amplia posible de la forma en que se regulan las mismas en la legislación y la jurisprudencia de los principales tribunales penales internacionales y de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, y en particular, en la CPI, el TPIY, el TPIR, las SETC, el TEL, el TESL, el TEDH y la CtIDH.

6.6. Índice de jurisprudencia

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- IACtHR, “Niños de la calle” (Villagrán Morales et al.) v. Guatemala, *Judgment of 19 November, 1999, (Merits)*, November 19, 1999.
- IACtHR, Durand and Ugarte v. Perú, *Judgment of 16 August, 2000 (Merits)*, August 16, 2000.
- IACtHR, Barrios Altos v. Perú, *Judgment of 14 March, 2001 (Merits)*, March 14, 2001.
- IACtHR, Las Palmeras v. Colombia, *Judgment of 6 December, 2001 (Merits)*, December 6, 2001.
- IACtHR, Claude Reyes et al. v. Chile, *Judgment of 19 September, 2006 (Merits, Reparations and Costs)*, September 19, 2006.
- IACtHR, Nogueira de Carvalho et al. v. Brazil, *Judgment of 28 November 2006 (Preliminary Objections and Merits)*, November 28, 2006.

- IACtHR, Apitz Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela, *Judgment of 5 August, 2008, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 5, 2008.
- IACtHR, Anzualdo Castro v. Perú, *Judgment of 22 September, 2009 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, September 22, 2009.
- IACtHR, Palma Mendoza et al. v. Ecuador, *Judgment of 3 September, 2012, (Preliminary Objection and Merits)*, September 3, 2012.
- IACtHR, Mémoli v. Argentina, *Judgment of 22 August, 2013 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, August 22, 2013.
- IACtHR, Favela Nova Brasília v. Brasil, *Judgment of 16 February, 2017 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, February 16, 2017.

Corte Penal Internacional

- ICC, Situation in Uganda, Pre-Trial Chamber II, *Decision on Prosecutor’s Application for Leave to Appeal in Part Pre-trial Chamber II’s Decision on the Prosecutor’s Applications for Warrants of Arrest Under Article 58*, August 19, 2005, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/05-20.
- ICC, Situation in the Democratic Republic of Congo, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal the Chamber’s Decision of 17 January 2006 on the Application for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS5 and VPRS6*, March 31, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-135-tEN.
- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Thomas Lubanga Dyilo Against the Decision on the Challenge of the Defence Before the Jurisdiction of the Court*, December 13, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01 / 04-01 / 06-772.
- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008*, June 13, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-1401.
- ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Appeals Chamber, *Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 20 November 2009 Entitled ‘Decision on the Motion of the Defence for Germain Katanga for a Declaration on Unlawful Detention and Stay of Proceedings’*, July 12, 2010, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07 OA 10.

- ICC, the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Trial Chamber V(A), *Scheduling Order for Oral Hearings on the Defence ‘No Case to Answer’ Motions*, November 6, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-1999.
- ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”*, June 8, 2018, ICC Doc No.: ICC-01 / 05-01 / 08-3636.
- ICC, the Prosecutor v. Laurent Gbagbo & Charles Blé Goudé, Appeals Chamber, *Public redacted version of “Prosecution Document in Support of Appeal”*, October 17, 2019, ICC Doc. No.: ICC-02/11-01/15.

Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya

- ECCC, the Prosecutor v. Khieu Samphân & Nuon Chea, Supreme Court Chamber, *Appeal Judgment*, November 23, 2016, Case No.: 002/19-09-2007-ECCC/SC.

Tribunal Especial para el Líbano

- STL, the Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi & Assad Hassan Sabra (The Prosecutor v. Ayyash and Others), Appeals Chamber, *Decision on the Interlocutory Appeal of the Defence of Badreddine on the “Provisional Decision on the Death of Mr. Mustafa Amine Badreddine and the Possible Termination of Proceedings”*, July 11, 2016, Case No.: STL-11-01/T/AC/AR126.11.

Tribunal Especial para Sierra Leona

- SCSL, the Prosecutor v. Norman *et al.*, Appeals Chamber, *Decision on the applications for a stay of proceedings and denial of right to appeal*, November 4, 2003, Case No.: SCSL-2003-09-PT.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- ECtHR, Zimmermann & Steiner v. Switzerland, *Judgment*, July 13, 1983.
- ECtHR, Hadjianastassiou v. Greece, *Judgment*, December 16, 1992.
- ECtHR, Dombo Beheer BV v. The Netherlands, *Judgment*, October 27, 1993.
- ECtHR, Garcia Ruiz v. Spain, *Judgment*, January 21, 1999.
- ECtHR, Khan v. United Kingdom, *Judgment*, May 12, 2000.

ECtHR, *Melnychuk v. Ukraine, Decision on inadmissibility*, July 5, 2005.

ECtHR, *Nachova and others v. Bulgaria, Judgment*, July 6, 2005.

ECtHR, *Murtazaliyeva v. Russia, Judgment*, December 18, 2018.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ICTR, the Prosecutor v. Jean Kambanda, Appeals Chamber, *Judgement*, October 19, 2000, Case No.: ICTR-97-23-A.

ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Appeals Chamber, *Judgment*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-96-4.

ICTR, the Prosecutor v. Clement Kayishema & Obed Ruzindana, Appeals Chamber, *Judgement*, June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1.

ICTR, The Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumapatse, Joseph Nzirorera & Andre Rwamakuba, Trial Chamber III, *Decision on Severance of André Rwamakuba and Amendments of the Indictment*, December 7, 2003, Case No.: ICTR-98-44-PT.

ICTR, the Prosecutor v. Simon Bikindi, Appeals Chamber, *Judgment*, March 18, 2010, Case No.: ICTR-01-72.

ICTR, the Prosecutor v. Calixte Kalimanzira, Appeals Chamber, *Judgement*, October 20, 2010, Case No.: ICTR-05-88-A.

ICTR, the Prosecutor v. Tharcisse Renzaho, Appeals Chamber, *Judgement*, April 1, 2011, Case No.: ICTR-97-31-A.

ICTR, the Prosecutor v. Aloys Ntabakuze, Appeals Chamber, *Judgement*, May 8, 2012, Case No.: 98-41A-A.

ICTR, the Prosecutor v. Justin Mugenzi & Prosper Mugiranza, Appeals Chamber, *Judgement*, February 4, 2013, Case No.: ICTR-99-50-A.

ICTR, the Prosecutor v. Gregoire Ndhaimana, Appeals Chamber, *Judgement*, December 16, 2013, Case No.: ICTR-01-68.

ICTR, the Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumapatse & Joseph Nzirorera, Appeals Chamber, *Judgment*, September 29, 2014, Case No.: ICTR-98-44.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

ICTY, the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, *Decision on the Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence*, February 16, 1999, Case No.: IT-95-14/1.

ICTY, the Prosecutor v. Duško Tadić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 15, 1999, Case No.: IT-94-1-A.

- ICTY, the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, *Judgment*, March 24, 2000, Case No.: IT-95-14/1.
- ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landžo, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Milan Milutinović, Trial Chamber III, *Decision on Prosecution's Request for Certification of Rule 73 bis Issue for Appeal*, August 30, 2006, Case No.: IT-05-87-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Milan Martić, Appeals Chamber, *Decision on Appeal against the Trial Chamber's Decision on the Evidence of Witness Milan Babić*, September 14, 2006, Case No.: IT-95-11-AR73.2.
- ICTY, the Prosecutor v. Jadranko Prlic *et al.*, Appeals Chamber, *Decision on the Prosecution Appeal Concerning the Trial Chamber's Ruling Reducing Time for the Prosecution Case*, February 6, 2007, Case No.: IT-04-74-AR73.4.
- ICTY, the Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj & Lahi Brahimaj, Appeals Chamber, *Judgement*, July 19, 2010, Case No.: IT-04-84.
- ICTY, the Prosecutor v. Milan Lukic & Sredoje Lukic, Appeals Chamber, *Judgment*, December 4, 2012, Case No.: IT-98-32/1.
- ICTY, the Prosecutor v. Nikola Sainovic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic & Sreten Lukic, Appeals Chamber, *Judgement*, January 23, 2014, Case No.: IT-05-87.
- ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Appeals Chamber, *Judgement*, April 8, 2015, Case No.: IT-05-88/2.

6.7. Doctrina

- Burgogue-Larsen, L. & Ubeda de Torres, A. (2011), *Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 1.
- Mcdermott, Y. (2012), 'Rights in reverse: A critical analysis of fair trial rights under international criminal law'. In Schabas, W, Mcdermott, Y & Hayes, N. (Ed.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Aldershot, Routledge.
- Rainey, B., Wicks E., & Ovey C. (2017), *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 7a. Ed.
- Stewart, J.K. (2014), *Fair Trial Rights under the Rome Statute from a Prosecution Perspective | ICTR Symposium - Arusha, Tanzania*, Compendium

on the Legacy of the ICTR and the Development of International Law, United Nations - International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, disponible en: <https://unictr.irmct.org/en/compendium-legacy-ict-and-development-international-law>

Tochilovsky, V. (2008), *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights: Procedure and Evidence*, Leiden, Brill | Nijhoff.

6.8. Informes, resoluciones y otros documentos

ECCC. (2011), *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, August 10, 2011.

ECtHR. (2018), *Reglamento de Procedimiento del TEDH*, 1 de agosto, 2018, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf

IACtHR (s.f.), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: Debido Proceso*, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>

ICC, Public Information and Communication Section (2016), *ICC Press Release: Ruto and Sang case: ICC Trial Chamber V(A) terminates the case without prejudice to re-prosecution in future*, April 5, 2016, available at: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr1205>

Organization of American States (1969), *American Convention on Human Rights (adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November, 1969)*, November 22, 1969.

United Nations, Security Council (2007), Resolution 1757, Statute of the Special Tribunal for Lebanon, May 30, 2007, UN Doc. No.: S/RES/1757.

7. ¿Es ser un ex niño soldado una circunstancia relevante para la determinación de la pena? Especial atención al caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional*

7.1. Introducción

Dominic Ongwen nació en el norte de Uganda en 1975. En 1987, cuando todavía era un niño, fue reclutado por el Ejército de Resistencia del Señor (“ERS”).¹ Ascendió en las filas del ERS y fue nombrado en posiciones de mando gracias a su rendimiento operativo. Así, en 2002 se convirtió en el comandante del batallón Oka, en septiembre de 2003 ascendió al puesto de segundo al mando de la brigada Sinia y en marzo de 2004 se convirtió en el comandante de dicha brigada.²

Dado que el ERS realizó múltiples ataques contra la población civil en el Norte de Uganda entre 2002 y 2005, la SCP II de la CPI emitió en 2005, a petición de la Fiscalía, una orden de detención contra Dominic Ongwen.³ La Fiscalía imputó a Ongwen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en virtud de los arts. 7 y 8 del ECPI. Los cargos fueron confirmados y el juicio comenzó el 6 de diciembre de 2016. Los alegatos finales se presentaron el 12 de marzo de 2020. La SPI IX emitió su veredicto el 4 de febrero de 2021⁴ y se espera que en las próximas semanas determine la pena, de conformidad con el art. 78(1) del ECPI y la regla 145 de las RPP de la CPI.

* Este capítulo fue escrito entre septiembre de 2020 y abril de 2021 por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional de 2020: Daniela Bohórquez Murcia, Daniela Corradine Charry, Federico Freydel Mesa, Andrés Felipe Lema González, Sofía Linares Botero y Gabriela Velásquez Medina. La investigación fue desarrollada bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo y con el apoyo de Andrés Sánchez Sarmiento y Luisa Villarraga Zschommler.

1 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Fourth Public Redacted Version of “Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing”*, filed on January 18, 2016, August 7, 2020, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, para. 1.

2 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, para. 58.

3 *Idem*.

4 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, *Trial Judgment*, February 4, 2021, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-1762-Red.

En este contexto, y dado que Ongwen fue reclutado por el ERS a una edad temprana, siendo obligado a convertirse en un niño soldado, la Defensa entiende que debería beneficiarse de la protección jurídico-internacional prevista para los niños en los conflictos armados. Según la Defensa, esta protección incluye, o bien su exoneración, o al menos la atenuación de su responsabilidad.⁵

A la luz de lo anterior, este capítulo pretende responder a las tres preguntas siguientes, que son especialmente relevantes para el caso Ongwen: (a) ¿Cómo afecta el hecho de ser un ex niño soldado a la gravedad del crimen?; (b) ¿Debe la CPI considerar la condición de ex niño soldado como una circunstancia eximente, atenuante o agravante?; y (c) ¿Cuál es la forma más adecuada de tratar, al determinar la pena, la condición de ex niño soldado del condenado?

Para responder a estas preguntas, se ha realizado un análisis de la jurisprudencia internacional disponible sobre el reclutamiento de niños y su relevancia para la determinación de la pena. El alcance de este análisis se centra principalmente en la jurisprudencia de la CPI y del TESL, porque son los dos únicos tribunales internacionales penales que cuentan con jurisprudencia relacionada con esta cuestión.

7.2. ¿Cómo afecta a la gravedad del crimen la condición de ex niño soldado?

7.2.1. La Corte Penal Internacional

El art. 78(1) del ECPI establece dos factores importantes que las SPIs deben tener en cuenta a la hora de determinar la pena: (i) la gravedad del crimen, y (ii) las circunstancias individuales del condenado. Además, la regla 145(1)(c) de las RPP establece una serie de elementos adicionales que pueden ser analizados a la luz del art. 78(1) del ECPI, incluyendo, entre otras, la naturaleza del comportamiento ilícito, los medios empleados para ejecutar el crimen y las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

La jurisprudencia de la CPI ha interpretado el concepto de “gravedad del crimen” en el caso Ntaganda,⁶ donde su análisis se realizó de manera individualizada para cada delito.⁷ Según la SPI VI, las SPIs deben contemplar

⁵ ICC, *Ongwen’s Confirmation of Charges Decision*, *supra* núm. 2, para. 58.

⁶ ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, *Sentencing Judgement*, November 7, 2019, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06, para. 16.

⁷ La SPI VI analizó de manera individualizada la gravedad de cada uno de los delitos imputados a Ntaganda: (a) asesinato y tentativa de asesinato; (b) violación y esclavitud sexual; (c) pillaje, ataque a objetos protegidos y destrucción de propiedad del adversario; (d) desplazamiento forzado de la

las circunstancias específicas de los actos que constituyen los elementos del crimen y el modo de responsabilidad. Asimismo, han de evaluar la naturaleza y magnitud del daño causado a las víctimas y a sus familiares, la naturaleza del comportamiento ilícito, los medios empleados para ejecutar el delito, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la naturaleza y el grado de participación del condenado y su nivel de intencionalidad.⁸

Un enfoque similar ha sido adoptado por la SCP VIII en el caso Al-Mahdi,⁹ que ha subrayado especialmente que la valoración de la gravedad del hecho ilícito por las SPIs debe hacerse *in concreto* a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, y tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo.¹⁰ Como resultado, las SPIs tienen un cierto margen de apreciación con base en las circunstancias propias del caso.¹¹

Finalmente, es preciso subrayar que, antes del caso Ongwen, la CPI nunca había juzgado a un ex niño soldado (independientemente de si fue o no reclutado por la fuerza). En consecuencia, la jurisprudencia de la CPI no ha tenido aún la oportunidad de analizar si el hecho de ser un ex niño soldado podría ser un factor relevante a la hora de analizar la gravedad del delito.

7.2.2. El Tribunal Especial para Sierra Leona

Al igual que la CPI, el ETESL establece dos factores importantes que las SPIs deben considerar a la hora de imponer una pena: (a) la gravedad del crimen, y (b) las circunstancias individuales del condenado.¹²

En el caso RUF, la SPI I estableció que la evaluación de la gravedad del hecho ilícito requiere que se consideren las circunstancias específicas del caso, así como la forma y el grado de participación del acusado en el delito.

población; (e) persecución; y (f) reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 dentro de fuerzas o grupos armados.

8 La SPI VI concluyó con respecto al crimen de asesinato que los dos factores más importantes en el caso Ntaganda fueron el daño causado a las víctimas y sus familiares y los medios empleados por el acusado. Según la SPI, las declaraciones de los testigos mostraron la crueldad y brutalidad utilizada por el acusado, la cual a su vez afectó la salud de las víctimas y sus familiares, porque sufrieron un trauma psicológico severo y problemas físicos devastadores como resultado del ataque. Con base en lo anterior, y según el análisis de la SPI VI, los dos factores que pesaron más fueron aquellos que mostraron la crueldad empleada por Ntaganda en la comisión de los asesinatos durante los ataques del UPC/FPLC a distintas localidades en el distrito de Ituri (RDC). *Vid.* ICC, *Ntaganda's Sentencing Judgement*, *supra* núm. 6, paras. 44-52.

9 ICC, the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, *Judgment and Sentence*, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15, para. 76.

10 *Idem.*

11 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Sentencing Judgement*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07, para. 61; ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, para. 16.

12 Art. 19(2) del ETESL.

Asimismo, la SPI I enumeró varios elementos/circunstancias que pueden ser también considerados al analizar la gravedad: (a) la magnitud y brutalidad de los delitos cometidos; (b) el grado de sufrimiento o el impacto del delito en las víctimas directas y en sus familiares; y (c) la vulnerabilidad y el número de víctimas.¹³ Además, subrayó que un factor clave para el análisis de la gravedad de los delitos cometidos por Sesay, Kallon y Gbao en el caso RUF era su brutalidad y el alto grado de sufrimiento de las víctimas.¹⁴

Es importante aclarar que la lista mencionada anteriormente no es exhaustiva, y las SPIs pueden considerar otros elementos relacionados con el crimen.¹⁵ Por ejemplo, la SPI I en el caso CDF enfatizó el papel desempeñado por el acusado, afirmando que la evaluación de la gravedad está vinculada a su grado de responsabilidad, así como a la naturaleza y grado de su participación.¹⁶

Por su parte, en el caso de las AFRC, la SPI II destacó que la gravedad del crimen debe evaluarse caso por caso, y que las SPIs pueden examinar varios tipos de circunstancias, incluyendo entre otras: (a) la naturaleza general de la conducta criminal subyacente; (b) la forma y el grado de participación del acusado; (c) el impacto en las víctimas directas y en sus familiares; (d) la vulnerabilidad de las víctimas; y (e) el número de víctimas.¹⁷ La SPI II analizó cada circunstancia específica del caso y concluyó que los crímenes cometidos por los acusados fueron atroces y de la máxima gravedad, ya que la conducta criminal de Brima, Kamara y Kanu no solo fue brutal, sino que, además, tuvo como objeto un número muy grande de civiles desarmados, generando un impacto catastrófico e irreversible en las vidas de las víctimas y sus familias. Asimismo, para la SPI II, la conducta de los condenados fue deliberada porque fueron los principales autores y tenían el control efectivo.¹⁸

Por último, es importante destacar que, al igual que la CPI, el TESL nunca ha juzgado a un ex niño soldado (independientemente de si fue reclutado a la fuerza). Por ello, la jurisprudencia del TESL no ha tenido la oportunidad de abordar la cuestión específica sobre si la condición de ex niño soldado puede ser un factor relevante a la hora de analizar la gravedad del delito.

13 SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Sentencing Judgement*, April 8, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T, para. 19.

14 *Ibid.*, paras. 103-106.

15 La SPI I concluyó en el caso CDF que al analizar la gravedad del crimen se requiere prestar especial atención a los siguientes factores: la escala y brutalidad de los delitos cometidos, el papel del acusado en su comisión, el grado de sufrimiento o impacto del delito en la víctima inmediata y en sus familiares, y la vulnerabilidad y el número de víctimas. *Vid.* SCSL, the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, Trial Chamber I, *Judgement on the Sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, October 9, 2007, Case No.: SCSL-04-14-T, para. 33.

16 Art. 6 (3) del ETESL.

17 SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, *Sentencing Judgement*, July 19, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T, para. 19.

18 *Ibid.*, paras. 40-47, 68, 77.

7.3. ¿Debería la Corte Penal Internacional considerar la condición de ex niño soldado como una circunstancia eximente, atenuante o agravante?

7.3.1. La Corte Penal Internacional

Ni el ECPI, ni sus RPP, establecen explícitamente que ser un ex niño soldado constituye una circunstancia eximente, atenuante o agravante. Además, la jurisprudencia de la CPI no ha examinado en detalle esta cuestión porque nunca ha juzgado a un ex niño soldado. De hecho, Ongwen es el primer acusado que solicita a la CPI que considere esta condición como una circunstancia eximente de responsabilidad.¹⁹

En este sentido, es importante destacar que Ongwen ya hizo esta petición en su escrito de alegaciones para la audiencia de confirmación de cargos. En dicho documento, la Defensa argumentó ante la SCP II que, dado que el acusado fue reclutado por el ERS y fue obligado a convertirse en un niño soldado, debería ser exonerado de cualquier crimen que pudiera haber cometido mientras era miembro del ERS, como resultado de la aplicación de la protección jurídico-internacional prevista para los niños en los conflictos armados.²⁰

Sin embargo, la SCP II desestimó el argumento de la Defensa porque, a su juicio, dicha protección jurídico-internacional no incluye el tipo de exoneración de responsabilidad penal solicitada por la Defensa.²¹ En consecuencia, para la SCP II, el reclutamiento forzado de Ongwen en el ERS cuando era niño, no podía exonerarlo automáticamente de los crímenes que pudiera haber cometido posteriormente como parte de dicho grupo.²²

Dado que la solicitud de Ongwen en la audiencia de confirmación de cargos se limitó a la consideración de su condición de ex niño soldado como circunstancia eximente, no existe jurisprudencia de la CPI sobre si esta circunstancia puede considerarse como atenuante.

Por último, en relación con la posible consideración de esta circunstancia como agravante de la pena, la regla 145(2)(b) del RPP contiene una lista no exhaustiva de circunstancias que pueden ser consideradas como agravantes, que incluye entre otras: (a) la indefensión de las víctimas; (b) la especial

19 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-trial Chamber II, *Further Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing"*, filed on 18 January 2016, March 3, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, paras 36-49.

20 ICC, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, *supra* núm. 2, para.150.

21 *Idem*.

22 *Idem*.

crueldad en la comisión del crimen; (c) la intención discriminatoria; y (d) el abuso de poder o del cargo oficial.

Al interpretar esta disposición, la SPI VIII en el caso Al Mahdi señaló que las SPIs pueden tomar en consideración ciertas circunstancias agravantes, solo si están convencidas de su existencia más allá de toda duda razonable.²³ asimismo, la SPI VI en el caso Ntaganda afirmó que las circunstancias agravantes deben estar relacionadas con el acusado o con los crímenes por los que se le está procesando,²⁴ y que, aunque ciertos factores pueden ser razonablemente considerados bajo más de una categoría (por ejemplo, la gravedad del hecho ilícito o la configuración de una circunstancia agravante), no es posible basarse en los mismos más de una vez. En consecuencia, cualquier factor que se tome en cuenta para valorar la gravedad del delito no puede considerarse simultáneamente como circunstancia agravante, y viceversa.²⁵ Además, según afirmó la SPI III en el caso Bemba, la ausencia de circunstancias atenuantes no supone *per se* una circunstancia agravante.²⁶

Por lo tanto, corresponde a las SPIs identificar todos los factores relevantes y darles un peso adecuado para determinar la pena.²⁷ Al hacerlo, ninguna SPI ha encontrado, hasta el momento, que la condición de ex niño soldado constituya *per se* una circunstancia agravante. En este sentido, es importante destacar que, aunque en el caso Lubanga la SPI I consideró que el trato cruel recibido por los niños que habían sido reclutados por la fuerza en las FPLC constituía una circunstancia agravante, la razón de esta conclusión no fue el reclutamiento forzado, sino la intensa violencia a la que fueron sometidos los niños con posterioridad.²⁸

7.3.2. El Tribunal Especial para Sierra Leona

Ni el Estatuto del TESL ni sus RPP declaran explícitamente que ser un ex niño soldado pueda constituir una circunstancia eximente, atenuante o agravante. Además, la jurisprudencia del TESL no se ha ocupado de esta cuestión, ya que nunca ha juzgado a ex niños soldados, ni se ha enfrentado con acusados que soliciten que se considere dicha circunstancia como eximente o atenuante.

23 ICC, *Al Mahdi's Judgment and Sentence*, *supra* núm. 9, para. 73.

24 ICC, *Ntaganda's Sentencing Judgement*, *supra* núm. 6, para. 18.

25 *Ibid.*, para. 13.

26 ICC, Bemba's Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute, *supra* no. 11, para. 18; ICC, Katanga's Decision on Sentence pursuant to Art. 76 of the Statute, *supra* no. 11, para. 34.

27 ICC, *Ntaganda's Sentencing Judgement*, *supra* núm. 6, para. 13.

28 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06- 2901, para. 33.

No obstante, en el caso RUF, en el que los tres acusados (Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao) fueron condenados, la SPI I observó que Sesay fue reclutado forzosamente a la edad de diecinueve años, por lo que analizó si dicha circunstancia podía constituir un factor atenuante.²⁹ Además, la SPI I también estudió si el reclutamiento forzado de Kallon por el RUF cuando era adulto podía atenuar los crímenes que posteriormente cometió.³⁰

La defensa de Sesay solicitó que se consideraran como atenuantes la edad de Sesay, su reclutamiento forzado y su falta de formación. Según la Defensa, el acusado, que solo tenía 19 años en el momento en que fue reclutado forzosamente y tuvo que involucrarse en el conflicto armado en contra de su voluntad, sufrió las consecuencias del reclutamiento y la esclavitud. Como resultado, su falta de libre albedrío, la pérdida de su juventud por la guerra y los efectos brutales del conflicto lo convirtieron en una víctima. La Defensa sostuvo también que esta pérdida de la oportunidad de llevar una vida normal y pacífica debería atenuar la condena. El argumento principal era que, una vez que Sesay fue reclutado, las opciones que tenía disponibles se limitaron irremediamente, convirtiéndolo en un joven de 19/20 años empobrecido e inexperto, que no fue educado en un entorno adecuado.³¹

En sus alegatos, la Fiscalía afirmó que, aunque Sesay era relativamente joven en el momento en que se cometieron los delitos, de todos modos, había tenido una educación y una formación razonables y había adquirido experiencia. Por lo tanto, según la Fiscalía, la SPI I no debía atenuar la condena de Sesay.³²

Tras analizar los argumentos planteados por las partes, la SPI I sostuvo que el hecho de haber sido reclutado por la fuerza en el RUF no podía atenuar *per se* los crímenes que Sesay cometió posteriormente, porque el acusado bien podía haber elegido no cometerlos. En consecuencia, según la SPI I, ser reclutado por la fuerza (incluso a una edad temprana, como los diecinueve años) no constituye un factor atenuante.³³

Por su parte, en relación con las circunstancias agravantes, la jurisprudencia del TESL ha alcanzado las siguientes conclusiones: (a) la Fiscalía debe probar, más allá de toda duda razonable, todas las circunstancias agravantes, de acuerdo con la regla 101 de las RPP del TESL,³⁴ (b) solo las circunstancias

29 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* núm. 13, para. 220.

30 *Ibid.*, para. 250.

31 SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Sesay Defence Sentencing Brief*, March 17, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T, paras. 89-90.

32 SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Public Prosecution Sentencing Brief*, March 10, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T, paras. 204-205.

33 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* núm. 13, paras. 220, 250.

34 SCSL, the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T, para. 24. En el mismo sentido, ICTY, the Prosecutor v. Mucić *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21, para. 763.

que están directamente relacionadas con la comisión del crimen por el que el acusado ha sido condenado pueden ser consideradas como circunstancias agravantes;³⁵ (c) cuando un factor ya ha sido tenido en cuenta al evaluar la gravedad del delito, no puede ser considerado también como una circunstancia agravante;³⁶ y (d) cuando un factor es un elemento del crimen, no puede ser considerado adicionalmente como una circunstancia agravante.³⁷

Sobre la base de lo anterior, y a pesar de que la jurisprudencia del TESL no se ha ocupado de casos relacionados con ex niños soldados, es razonable concluir que esta situación no constituiría *per se* una circunstancia eximente, atenuante o agravante.

7.4. ¿Cuál es la forma más adecuada para que la Corte Penal Internacional trate al determinar la pena la condición de ex niño soldado del condenado?

Ni el ECPI y sus RPP, ni las normas de ningún tribunal penal internacional establecen explícitamente que ser un ex niño soldado sea una circunstancia eximente, atenuante o agravante. Además, no existe jurisprudencia sobre esta cuestión, ya que la mayoría de los tribunales penales internacionales no han juzgado a ex niños soldados,³⁸ ni han tratado con acusados que solicitan que se considere esta circunstancia como un factor eximente o atenuante. Además, ni la CPI ni el TESL han tenido hasta ahora la oportunidad de analizar si la condición de ex niño soldado del condenado podría ser un factor relevante a la hora de analizar la gravedad del delito.

Teniendo en cuenta lo anterior, llegar a una conclusión sobre si esta condición pudiera afectar la gravedad del crimen, particularmente si, como en el caso de Ongwen, fue reclutado por la fuerza cuando tenía menos de quince años, es un asunto de conjetura y está abierto a consideración judicial. Además, a la hora de evaluar si esta circunstancia pudiese considerarse un factor eximente,

35 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* núm. 13, para. 24.

36 *Idem*. En el mismo sentido, ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Deronjić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 20, 2005, Case No.: IT-02-61, paras. 106-107.

37 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* núm. 13, para. 24. En el mismo sentido, ICTY, the Prosecutor v. Thomir Blaškić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 29, 2004, Case No.: IT-95-14, para. 69.

38 Pananjung, D.P. & Poerana S.A. (2019), 'Former Child Soldiers Status: How the International Criminal Court Considers Its Significance in the Sentencing Process', *Padjadjaran Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2, p. 4.

atenuante o agravante, es prudente extraer únicamente conclusiones de las dos únicas decisiones que guardan hasta el momento cierta relación con esta cuestión: (a) la decisión de confirmación de cargos de la SCP II de la CPI en el caso Ongwen (2016);³⁹ y (b) el fallo de condena emitido por la SPI I del TESL en el caso del RUF (2009).⁴⁰

Ambas decisiones coinciden en un elemento relevante para abordar la cuestión que nos ocupa: la protección jurídico-internacional de los niños soldados en los conflictos armados no les exime automáticamente de responsabilidad penal por los crímenes internacionales que puedan cometer posteriormente.⁴¹ Además, según la SPI I del TESL, el hecho de haber sido reclutado por la fuerza siendo un adulto joven (diecinueve años) no constituye *per se* una circunstancia eximente o atenuante.⁴² Con base en lo anterior, y considerando que ser un ex niño soldado (especialmente si se fue reclutado a la fuerza) difícilmente puede constituir una circunstancia agravante, el art. 78 del ECPI y la regla 145 de las RPP de la CPI solo prevén dos alternativas razonables para tratar este factor a la hora de determinar la pena: considerarlo como un factor atenuante, o como una circunstancia individual del condenado.

En el caso Ntaganda, la SPI VI de la CPI aplicó un enfoque de dos niveles a la hora de determinar la pena. En primer lugar, abordó la gravedad de los crímenes (delito por delito) y, posteriormente, estudió las circunstancias agravantes y atenuantes. Como resultado, todas las circunstancias individuales se analizaron desde la perspectiva de las circunstancias agravantes o atenuantes para la determinación de la pena.⁴³ En este contexto, la SPI VI señaló que tener entre 28 y 30 años en el momento en que se produjeron los delitos no puede considerarse una circunstancia atenuante. Además, para la SPI VI, la experiencia de Ntaganda en el genocidio en Ruanda no constituía una circunstancia atenuante, como tampoco podía tener esta consideración la supuesta protección de un grupo mediante actos dirigidos a la destrucción y desintegración de otro.⁴⁴

En el caso Katanga, la SPI II de la CPI no siguió el enfoque de dos niveles que se acaba de exponer. Esto se muestra en la forma en que la SPI II trató los alegatos de la Defensa, en los que solicitaba que el acusado debía ver su pena reducida porque era joven y tenía una vida familiar complicada, una historia personal traumática y “una reputación de hombre valiente que ayudaba a su comunidad”.⁴⁵ La SPI II, aunque rechazó la solicitud de la Defensa de tratar

39 ICC, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, *supra* núm. 2, para. 1.

40 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* núm. 13, paras. 220, 250.

41 ICC, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, *supra* núm. 2, para. 150.

42 SCSL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, *supra* núm. 13, para. 220.

43 ICC, *Ntaganda's Sentencing Judgment*, *supra* núm. 6, para. 199.

44 *Ibid.* para. 210.

45 ICC, *Katanga Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, *supra* núm. 11, para.78.

estas circunstancias como atenuantes independientes, tuvo en cuenta la joven edad de Katanga, sus circunstancias familiares y su disposición hacia la comunidad para reducir la condena, aunque de forma “muy limitada”.⁴⁶

Por último, en el caso Al Mahdi, la SPI VIII adoptó un enfoque de tres niveles para la determinación de la pena, distinguiendo entre: (a) la gravedad de los delitos; (b) las circunstancias atenuantes y agravantes;⁴⁷ y (c) las circunstancias individuales.⁴⁸ Al aplicar esta aproximación, la SPI VIII solo consideró como circunstancias atenuantes relevantes: (i) la conducta de Al Mahdi durante su detención; (ii) sus muestras de arrepentimiento; y (iii) su admisión de culpabilidad. De esta manera, la edad, la educación y los antecedentes de Al Mahdi no se consideraron circunstancias atenuantes y se trataron exclusivamente como circunstancias personales.⁴⁹ Como resultado, la SPI VIII consideró que este tipo de factores (edad, educación y antecedentes) no tenían ningún valor a efectos de reducir la pena.⁵⁰

Con base en lo anterior, considerar la condición de ex niño soldado como una circunstancia individual del condenado es coherente con el marco estatutario de la CPI para la determinación de la pena, ya que la normativa no contiene una lista exhaustiva de las circunstancias individuales relevantes del condenado. Además, también es coherente con la amplia discreción otorgada por la jurisprudencia de la CPI para determinar el peso que debe atribuirse a dichas circunstancias individuales. Sin embargo, es importante resaltar que los casos Al-Mahdi y Katanga muestran que, a la fecha, las SPIs han otorgado a este factor, en el mejor de los casos, un valor muy limitado para reducir la pena.

En consecuencia, queda la duda de si el hecho de que el acusado haya sido reclutado por la fuerza cuando tenía menos de quince años (como sucedió con Ongwen) podría eventualmente requerir una reducción de pena más importante si se trata como una circunstancia atenuante. No obstante, la decisión de confirmación de cargos de la SCP II de la CPI en el caso Ongwen (2016)⁵¹ y el fallo de condena emitido por la SPI I del TESL en el caso del RUF (2009) indican, preliminarmente, que no es probable que se siga esta aproximación.

46 *Ibid.*, para. 87. La SPI II de la CPI citó el caso Rugambarara del TPIR para justificar su posición.

47 La SPI VIII también define el proceso para admitir circunstancias agravantes y mitigantes. Así, mientras que las circunstancias agravantes tienen que ser probadas “más allá de toda duda razonable”, las circunstancias mitigantes son requeridas ser probadas a la luz de “un balance de las posibilidades”. *Vid. ICC, Al Mahdi’s Judgment and Sentence, supra* núm. 9, para. 96.

48 *Idem.*

49 Las cuales son, en el caso Al Mahdi, su renuencia a cometer los crímenes, así como los métodos de ejecución, a través de los cuales Al Mahdi buscó proteger de la destrucción de los santuarios las tumbas aledañas.

50 ICC, *Al Mahdi’s Judgment and Sentence, supra* núm. 9, para. 96.

51 ICC, *Ongwen’s Confirmation of Charges Decision, supra* núm. 2, para. 1.

7.5. Conclusión

Ni la CPI ni el TESL han tenido aún la oportunidad de abordar la cuestión relativa a cuál es la forma más adecuada de tratar, al determinar la pena, la condición de ex niño soldado del condenado.

Ante esta situación, y considerando el art. 78 del ECPI, la regla 145 de las RPP de la CPI y la jurisprudencia de la CPI y del TESL, solo hay dos alternativas razonables para tratar este factor al determinar la pena: considerarlo como una circunstancia atenuante, o como una circunstancia individual del condenado. La primera opción es coherente tanto con el marco estatutario de la CPI, como con la amplia discreción que tienen las SPIs para determinar el peso que debe atribuirse a tales circunstancias individuales. Sin embargo, como se ha señalado, la jurisprudencia indica que el valor que las SPIs han otorgado a este tipo de circunstancias con el fin de reducir la pena es, en el mejor de los casos, muy limitado.

En consecuencia, el hecho de que el condenado haya sido reclutado por la fuerza cuando tenía menos de quince años (como ocurrió con Ongwen) podría suponer una reducción más importante de la pena si se trata como una circunstancia atenuante. Sin embargo, los casos Ongwen y RUF sugieren que es poco probable que se siga este enfoque.

7.6. Índice de jurisprudencia

Corte Penal Internacional

ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 12, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-290.

ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG.

ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-trial Chamber II, *Further Redacted Version of “Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing”*, filed on 18 January 2016, March 3, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15.

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

- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399.
- ICC, the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, *Judgment and Sentence*, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15.
- ICC, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, *Sentencing Judgment, November 7, 2019*, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Fourth Public Redacted Version of “Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing”*, filed on January 18, 2016, August 7, 2020, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Trial Judgment, February 4, 2021, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-1762-Red.

Tribunal Especial para Sierra Leona

- SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Sentencing Judgment*, April 8, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T.
- SCSL, the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, Trial Chamber I, *Judgment on the Sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondwa*, October 9, 2007, Case No.: SCSL-04-14-T.
- SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, July 19, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T.
- SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Sesay Defence Sentencing Brief*, March 17, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T.
- SCSL, the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, *Prosecution Sentencing Brief*, March 10, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T.
- SCSL, the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Deronjić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 20, 2005, Case No.: IT-02-61.
- ICTY, the Prosecutor v. Thomir Blaškić, Appeals Chamber, *Judgment*, July 29, 2004, Case No.: IT-95-14.

ICTY, the Prosecutor v. Mucić *et al.*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21.

7.7. Doctrina

Pananjung, D.P. & Poerana S.A. (2019), 'Former Child Soldiers Status: How the International Criminal Court Considers Its Significance in the Sentencing Process', *Padjadjaran Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2.

8. La responsabilidad penal conforme al derecho interno de los niños soldados menores de 15 años víctimas de reclutamiento forzado*

8.1. Introducción

Este capítulo analiza dos cuestiones relativas al caso ante la CPI contra Dominic Ongwen, antiguo comandante de la Brigada Sinia del Ejército de Resistencia del Señor (“ERS”), grupo armado organizado que desde 1985 ha estado involucrado en un conflicto armado de carácter no internacional contra el gobierno de Uganda.¹

La primera cuestión aborda el tipo de pena previsto para los niños soldados menores de 15 años en aquellas jurisdicciones nacionales en las que pueden ser penalmente responsables por los crímenes cometidos durante su periodo de reclutamiento. La segunda cuestión analiza la relevancia que puede llegar a tener el haber sido un niño soldado menor de 15 años en la determinación de la pena, especialmente cuando la condena se refiere a crímenes cometidos posteriormente siendo adulto. En relación con ambas cuestiones, el enfoque de este capítulo está centrado en niños que fueron víctimas de reclutamiento forzado siendo menores de 15 años.

* Este capítulo fue escrito entre septiembre de 2020 y abril de 2021 por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional de 2020: Daniela Bohórquez Murcia, Daniela Corradine Charry, Federico Freydell Mesa, Andrés Felipe Lema González, Sofía Linares Botero y Gabriela Velásquez Medina. La investigación fue desarrollada bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo y con el apoyo de Andrés Sánchez Sarmiento y Luisa Villarraga Zschommler.

1 Dominic Ongwen nació en el norte de Uganda en 1975. En 1987, siendo un niño, fue secuestrado por el ERS. Ascendió al interior del grupo armado y, gracias a su desempeño operacional, adquirió importantes posiciones de mando. Como resultado, en 2002, se convirtió en el comandante del batallón Oka. Posteriormente, en septiembre de 2003 escaló a la posición de segundo al mando de la brigada Sinia, y en marzo de 2004 fue nombrado comandante de esta brigada. Como entre 2002 y 2005, el ERS cometió múltiples ataques contra la población civil, la SCP II emitió en 2005, a solicitud de la Fiscalía, una orden de arresto contra Ongwen. Los cargos por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra que se le imputaban fueron confirmados, iniciándose el juicio el 6 de diciembre de 2016. El 4 de febrero de 2021 Ongwen fue declarado culpable por la SPI IX. Según lo previsto en el art .78 del ECP y en la regla 145 de las RPP, en las próximas semanas se prevé la determinación de su pena.

Para responder a estas cuestiones, un cierto número de jurisdicciones nacionales de África (Egipto, Kenia, Sudáfrica y Uganda), América (Colombia, El Salvador, Perú y Estados Unidos de América) y Europa (Alemania, Hungría, España y el Reino Unido) han sido analizadas. Para su selección, se utilizaron los siguientes criterios: (a) la necesidad de abarcar jurisdicciones de diferentes áreas geográficas y culturales y, por lo tanto, ampliar el alcance de la investigación, enriqueciéndola con diversidad legislativa y jurisprudencial; (b) el vínculo entre ciertas jurisdicciones nacionales (el Reino Unido y sus tres elementos constitutivos: Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte) y Uganda, que es el Estado en el cual fueron cometidos los crímenes imputados en el caso Ongwen; (c) la existencia de un conflicto armado que provocó que niños menores de 15 años de edad (o adultos que fueron víctimas de reclutamiento forzado cuando tenían menos de 15 años) cometieran crímenes a gran escala; y (d) la posibilidad de acceder a información oficial en inglés o en español.

Así mismo, se ha puesto especial énfasis en las jurisdicciones nacionales en las cuales se han implementado sistemas de justicia transicional como resultado de negociaciones de paz (Colombia, Uganda y las Filipinas), porque estos sistemas han dispuesto medidas especiales para menores reclutados.

Como resultado, este capítulo está dividido en tres partes principales. En las dos primeras se analiza la responsabilidad penal de los niños soldados menores de 15 años que fueron víctimas de reclutamiento forzado, distinguiendo entre sistemas de justicia nacional ordinaria (sección 8.2) y transicional (sección 8.3). Finalmente, en la tercera parte se presentan las principales conclusiones del capítulo (sección 8.4).

8.2. Sistemas de justicia nacional ordinaria

Según el *Child Rights International Network*, solo 10 países (Argentina, Cabo Verde, Cuba, Guinea Ecuatorial, Guinea-Bissau, Luxemburgo, Mozambique, Portugal, Santo Tomé y Príncipe y Timor Oriental) han establecido la edad mínima de responsabilidad penal por encima de los 15 años. Como consecuencia, en la mayoría de las jurisdicciones nacionales, los niños soldados menores de 15 años pueden incurrir en responsabilidad penal, a pesar de que normalmente reciben penas inferiores a las que recibiría un adulto. Además, cuando individuos que fueron niños soldados cuando tenían menos de 15 años son condenados por crímenes cometidos en su adultez, las jurisdicciones nacionales no tienden a darles un tratamiento especial en la determinación de la pena.

8.2.1. África: Egipto, Kenia y Sudáfrica

Tres sistemas nacionales de África han sido analizados: Egipto, Kenia y Sudáfrica. En Egipto, la delincuencia juvenil es abordada conforme al siguiente enfoque de cuatro niveles,² dependiendo de la edad del menor al momento de la comisión del delito: (a) los niños menores de 7 años son inimputables;³ (b) los niños entre 7 y 12 años pueden estar sujetos en circunstancias excepcionales al sistema de justicia juvenil (a pesar de que la edad mínima para ser penalmente responsable es de 12 años); (c) los menores entre los 12 y los 15 años pueden incurrir en responsabilidad penal conforme al sistema de justicia juvenil; y (d) los mayores de 15 años son tratados como adultos. En Egipto, no se ha encontrado ninguna disposición legislativa ni jurisprudencial sobre la existencia de algún tipo de tratamiento especial para los adultos que cometen delitos después de haber sido inicialmente reclutados dentro de una organización armada (ya sea del crimen organizado,⁴ terrorista⁵ o de cualquier otro tipo) siendo menores de edad.

En Kenia, se ha establecido que la edad mínima para poder ser penalmente responsable es 8 años. Si bien existe la presunción de que los menores entre 8 y 12 años no comprenden las consecuencias de sus propias acciones, es una presunción que puede refutar la Fiscalía, en cuyo caso los menores podrían ser penalmente responsables.⁶ Las penas previstas para los menores de 18 años están limitadas por la ley juvenil, que prohíbe la aplicación de la pena de muerte y prevé su tratamiento en centros de rehabilitación.⁷

En este contexto, merece especial atención el caso núm. 239/2004 de la Alta Corte de Kenia (Mombasa),⁸ en el que fueron juzgados los miembros de una pandilla armada compuesta, entre otros, por Kambi Chai, quien tenía 15 años en el momento del robo, pero alcanzó la mayoría de edad antes de ser condenado. Kambi Chai y los otros acusados fueron condenados a muerte, lo que le llevó a apelar la decisión argumentando que la Alta Corte de Kenia había cometido un error de derecho, al no tomar en consideración la edad de Kambi Chai cuando se cometió el hecho ilícito. Sin embargo, la Corte de Apelación rechazó la solicitud porque los hechos del caso ocurrieron antes de la entrada en vigor de la *Children Act* (2001), donde se prohíbe la sentencia de muerte

2 Egipto, Ley No. 12 (1996), *Child Law Amended*, arts. 96 y 101.

3 *Idem*.

4 Egipto, Ley No. 58 (1937), Código Penal.

5 Egipto, Ley No. 88 (2015), *Terrorist Entities Law*.

6 Kenia, Código Penal (2012), art. 14, pp. 6-21.

7 Kenia, *Children Act* (2001), art. 190, p. 91.

8 High Court of Kenya (Mombasa), Kazungu Kasiwa Mkunzo *et al.* v. Republic, *Appeal Judgment*, June 21, 2006, Case No.: 239/2004.

para menores de edad. Como resultado, la edad del apelante no fue objeto de debate en el proceso de apelación.

La legislación keniana no regula las circunstancias agravantes y atenuantes en su Código Penal. En lugar de esto, las únicas leyes aplicables para la determinación de la pena son aquellas contenidas en las guías prácticas de la rama judicial de la nación, las cuales no tienen en cuenta el reclutamiento forzado como un factor atenuante o agravante. No obstante, y teniendo en cuenta que estas guías no son vinculantes, los jueces kenianos tienen un amplio margen de apreciación para decidir sobre las circunstancias atenuantes y agravantes del caso.

Finalmente, en Sudáfrica, la *Child Justice Act* (2008) establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 10 años.⁹ En este orden de ideas, se considera que los niños entre los 10 y 14 años carecen del grado mínimo de conciencia requerido para incurrir en responsabilidad penal por cualquier delito. Ahora bien, esta presunción puede ser refutada por la Fiscalía. Así mismo, si bien existen algunas disposiciones generales que son aplicables también a los niños soldados menores de 15 años, no se ha encontrado ninguna medida especial aplicable a estos últimos en la legislación o jurisprudencia sudafricana. Además, al igual que el sistema en Kenia, la Alta Corte de Sudáfrica ha afirmado que no existe un sistema de *numerus clausus* de circunstancias agravantes o atenuantes, por lo que el juez que preside el caso es quien decide si concederlas o no haciendo un análisis casuístico.¹⁰ Por lo tanto, la ley sudafricana no excluye expresamente el reclutamiento forzado como una posible circunstancia atenuante o agravante. No obstante, no se encontró jurisprudencia sudafricana que tratara este asunto.

8.2.2. América: El Salvador, Perú y Estados Unidos

Tres sistemas nacionales han sido analizados en América: El Salvador, Perú y Estados Unidos. Al estudiar las legislaciones nacionales en América, es importante tener en cuenta que la piedra angular de la mayoría de sus sistemas jurídicos es el principio del *nullum crimen sine legem*, el cual establece que todos los factores relevantes para la determinación de la pena deben haber sido previamente establecidos en la ley. Adicionalmente, se puede denotar un patrón general, indicando que las legislaciones nacionales en América tienden a no tener ninguna disposición jurídica específica que trate sobre la responsabilidad penal de los niños soldados.

⁹ Sudáfrica, *Child Justice Act* 75 (2008), art. 7 (1).

¹⁰ High Court of South Africa, *S v. Soni*, *Judgment*, October 26, 2018, Case No.: CC 29/14P, ZAKZPHC 74, paras. 14-15.

En El Salvador¹¹ la legislación establece que la edad mínima para poder ser penalmente responsable es 12 años. Si bien El Salvador tiene una legislación penal específica para niños entre los 12 y los 18 años,¹² no provee ningún tratamiento especial para niños soldados menores de 15 años. En efecto, la ley salvadoreña entiende a los niños soldados solo como víctimas, y no atribuye a esta circunstancia ningún valor en la determinación de la pena. Además, no se ha encontrado jurisprudencia salvadoreña relativa a menores de edad reclutados por la fuerza que hayan cometido crímenes. Del mismo modo, los adultos que fueron víctimas de reclutamiento forzado cuando eran niños menores de 15, y que posteriormente incurren en hechos ilícitos, no reciben ningún tratamiento diferenciado por la legislación salvadoreña.¹³

El Código Penal peruano tiene un sistema de tres niveles en cuanto a la responsabilidad penal de los menores de edad: (a) los niños menores de 12 años no son penalmente responsables;¹⁴ (b) los niños entre los 12 y los 13 años están sujetos a medidas especiales de protección; y (c) los niños entre los 14 y los 18 años están sujetos a “medidas socioeducativas” bajo la ley juvenil¹⁵ (cuando se trata de delitos graves, como por ejemplo, la violencia sexual, estas medidas consisten normalmente en el internamiento del menor por un período de tiempo de 6 a 10 años).¹⁶ Además, Perú no tiene ninguna disposición relacionada con circunstancias específicas de mitigación o agravación para individuos que fueron reclutados por la fuerza siendo niños y que posteriormente cometen delitos siendo adultos. Asimismo, no se encontró jurisprudencia peruana que estuviera relacionada con las cuestiones abordadas en este capítulo.

Finalmente, el Código Penal Modelo de EE.UU. se aplica únicamente a mayores de 16 años¹⁷ y no aborda circunstancias atenuantes o agravantes. Solo excepcionalmente trata de esta cuestión en la sección 210 (4), en relación con el crimen de asesinato y sin hacer ninguna referencia al reclutamiento infantil. Aun así, esto no impide que las leyes penales de los Estados que conforman los EE.UU. (a) regulen la responsabilidad penal de los menores (incluyendo los niños soldados menores de 15 años); y (b) establezcan circunstancias atenuantes y agravantes para casos relativos a quienes fueron niños soldados menores de 15 años y cometieron crímenes posteriormente siendo adultos.

11 El Salvador, Decreto No. 1030 (1997), Código Penal, art. 17.

12 El Salvador, Decreto Legislativo No. 863 (1994), Ley Penal Juvenil, art. 22.

13 Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Penal, *Sentencia*, febrero 22, 2019, Caso No.: 364C2018; Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Cámara Especializada de lo Penal, *Sentencia*, mayo 20, 2019, Caso No.: 889-890-APE-2018.

14 Perú, Ley No. 27337 (2000), Código de los Niños y Adolescentes, art. 184.

15 Perú, Decreto Legislativo No. 1348 (2017), Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes de Perú, art. 1.

16 *Ibid.*, art. 163 (4).

17 Estados Unidos de América, *Model Penal Code* (1971), secciones 4 (10) y 210 (4).

8.2.3. Europa: Alemania, Hungría y España

Tres sistemas nacionales han sido analizados en Europa: Alemania, Hungría y España. Así como en la mayoría de las jurisdicciones europeas, los Códigos Penales de estos tres países incluyen reglamentaciones para menores de edad, pero no para menores *reclutados*. Esto es especialmente relevante, ya que la mayoría de las jurisdicciones nacionales europeas están basadas en derecho civil, procedentes de una tradición centroeuropea de fuerte apego al principio de legalidad. Consecuentemente, el patrón encontrado en las jurisdicciones nacionales africanas y americanas es consistente con el identificado en las europeas: los menores reclutados por la fuerza (incluyendo los niños soldados menores de 15 años) son tratados como delincuentes juveniles en los Estados que no tienen legislación de justicia transicional.

En Alemania, el Código Penal alemán establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 14 años.¹⁸ Además, la Ley de Tribunales de Menores de Alemania establece en su sección tres que se requiere la siguiente condición para que se configure la responsabilidad penal de los menores entre 14 y 18 años: que, para el momento en que se llevó a cabo el hecho punible, [la persona que cometió el crimen] haya alcanzado un nivel de madurez moral e intelectual suficiente como para permitirle tanto comprender la ilicitud de sus actos como comportarse conforme a dicho conocimiento.¹⁹ Sin embargo, la ley penal alemana no contiene ninguna disposición jurídica específica relativa a menores víctimas de reclutamiento forzado. Además, el Código Penal alemán no hace referencia directa a si el ser víctima de reclutamiento forzado pueda constituir o no una circunstancia atenuante o agravante en relación con los delitos cometidos posteriormente, siendo adultos. No obstante, esta circunstancia puede ser relevante para la reducción de la pena conforme a la sección 28 del Código Penal alemán sobre “características personales especiales”.

El Código Penal húngaro establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 14 años. A pesar de ello, los niños entre los 12 y 14 años que cometen delitos graves y que son conscientes de sus actos pueden también incurrir en responsabilidad penal.²⁰ Además, y con respecto a la posibilidad de que el reclutamiento forzado del menor sea tenido en cuenta como una circunstancia atenuante o agravante para la determinación de la pena, es importante resaltar que en la sección 15 del Código Penal húngaro no se hace ninguna referencia directa a este factor para la determinación de las circunstancias atenuantes

18 Alemania, Código Penal (1998), sección 19.

19 Alemania, Ley de tribunales de menores (1972), sección 3.

20 Hungría, Código Penal (2012), sección 16.

y agravantes.²¹ Así mismo, el Código Penal húngaro no define circunstancias agravantes de aplicación general, pues solo establece ciertas circunstancias agravantes relativas a los delitos específicamente cometidos (de las cuales, ninguna está relacionada con el reclutamiento forzado). Sin embargo, los principios generales para la determinación de la pena recogidos en la sección 80 del Código Penal húngaro establecen que la condena debe ser determinada objetivamente, asegurando que el castigo sea apropiado y esté en concordancia con la gravedad material del hecho ilícito, el grado de culpabilidad, el grado de peligro que el perpetrador representa para la sociedad, y otras circunstancias agravantes o atenuantes. De este modo, esta disposición puede abrir la puerta para que se considere como un factor agravante o atenuante el hecho de haber sido reclutado por la fuerza siendo menor de 15.²²

En España, el Código Penal español establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 14 años.²³ Prevé también que los menores de 15 años solo pueden ser condenados a una pena máxima de 3 años de prisión.²⁴ Además, y como fue demostrado en el caso de Claudio, los menores de 18 años que son reclutados por organizaciones armadas evitan normalmente el castigo. Así, si bien Claudio fue reclutado por el Estado Islámico y capturado mientras estaba en Marruecos intentando unirse a la organización armada, no se han presentado cargos en contra el mismo.²⁵ Aún así, penas de prisión han sido ocasionalmente impuestas a menores. Esto sucedió, por ejemplo, en el caso de un menor español que fue capturado en Irak, después de haberse unido al Estado Islámico y de haber reclutado a otros niños para la organización armada.²⁶ Finalmente, el Código Penal español no contiene ninguna disposición jurídica que establezca una circunstancia agravante o atenuante para individuos que fueron víctimas de reclutamiento forzado cuando eran niños, y que luego, siendo adultos, incurrieron en hechos ilícitos.²⁷ No obstante, se pueden aplicar circunstancias generales de agravación y mitigación, tales como la edad de la persona condenada, o la grave alteración de su situación personal.

21 *Ibid.*, sección 15.

22 *Ibid.*, sección 80.

23 España, Ley Orgánica 10 (1995), Código Penal, art. 19.

24 España, Ley Orgánica 5 (2000), reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

25 Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, *Sentencia*, octubre 20, 2020, Sentencia No.: 525/2020.

26 Este caso se menciona en la sentencia 973/2018 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional española, en la que, si bien no se juzgó al menor *per se*, se mencionó que había sido procesado y condenado por integración en organización terrorista. Ver: Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, *Sentencia*, 9 de abril de 2018, Caso No.: SAN 973/2018.

27 Código Penal Español, *supra* núm. 23, art. 19. Ver también: Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, *Sentencia*, 25 de septiembre de 2018, Caso No.: SAN 3462/2018.

8.2.4. Especial atención al Reino Unido, considerando sus fuertes lazos con Uganda.

Debido a los estrechos lazos existentes entre el Reino Unido y Uganda, se analiza a continuación de manera específica la legislación y jurisprudencia del Reino Unido. Asimismo, y debido a la existencia de tres jurisdicciones autónomas dentro de este último (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte), se analizan por separado cada una de las mismas.

En Inglaterra y Gales, los niños menores de 10 años no pueden ser procesados. Sin embargo, cuando infringen la ley, se les pueden aplicar otro tipo de sanciones no penales, como, por ejemplo, presentar cargos en contra de sus padres, o expedir órdenes de protección al niño (las cuales deben seguir sus tutores legales). En cuanto a los niños entre 10 y 17 años, estos pueden ser enjuiciados por los delitos cometidos, siempre y cuando se sigan las medidas especiales diseñadas para ellos, como, por ejemplo, ser juzgados por tribunales especializados de menores o ser condenados al cumplimiento de medidas pedagógicas y de servicio comunitario. Además, en los casos de mayor complejidad, los menores entre los 10 y los 17 años pueden ser enviados a centros especiales de seguridad para jóvenes.

En Escocia, se establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 12 años.²⁸ Por consiguiente, los menores de 12 años no pueden ser enjuiciados por un delito, como lo indica el *Criminal Justice and Licensing Act* (2010).²⁹ En lo que respecta a los niños mayores de 12 años, no hay legislación ni jurisprudencia escocesa que aborde el asunto relativo a los niños soldados menores de 15 años. Además, el *International Criminal Court Act* (2001),³⁰ que es la normativa más relevante en cuanto a crímenes internacionales, no contiene ninguna referencia a menores.

Pese a ello, existe jurisprudencia que puede esclarecer la práctica de los tribunales escoceses al imponer la pena a menores de edad condenados. Sobre este asunto, la Alta Corte de la Rama Judicial ha declarado que su consideración primaria en estos casos debe ser el interés superior del menor condenado, de modo que el fin de la pena impuesta ha de ser su reintegración y rehabilitación.³¹

La Alta Corte de la Rama Judicial también ha establecido en varias ocasiones, que la juventud del niño condenado es una circunstancia atenuante, incluyendo aquellos casos en los cuales la persona condenada es un adulto

28 Escocia, *Age of Criminal Responsibility Act* (2019).

29 Escocia, *Criminal Justice and Licensing Act* (2010).

30 Escocia, *International Criminal Court Act* (2001).

31 Scotland's Appeal Court, Adam McCormick Against Her Majesty's Advocate, High Court of the Judiciary, *Appeal Against Sentence*, April 12, 2016, Case No.: HCJAC 50, para. 4.

juzgado por delitos cometidos cuando era menor. En particular, en el caso de Paul William Greig v. Her Majesty's Advocate, la SPI concluyó que ser menor de edad al cometer el hecho ilícito es un factor relevante para la determinación de la pena. Por lo tanto, esta no puede ser igual a como sería en caso de que la persona condenada fuera un adulto.³²

Una excepción a este caso fue aplicada por los tribunales escoceses en situaciones de “corrupción irreparable” del acusado, como se puede evidenciar en el caso de Aaron Thomas Campbell. En este caso, la SA concluyó que, si los delincuentes juveniles son generalmente menos reprochables y más dignos de perdón que los delincuentes adultos, cada caso depende en última instancia de sus propias circunstancias, existiendo una diferencia notable entre los menores condenados cuyos delitos reflejan una infortunada y transitoria inmadurez, y el raro delincuente juvenil cuyos crímenes reflejan una corrupción irreparable.³³ La situación de corrupción irreparable del condenado en el caso Campbell, la naturaleza de sus actos desdeñables y el contenido del expediente del caso, dejaban claro que la reintegración y la rehabilitación del condenado eran, a pesar de ser importantes, una posibilidad remota, de manera que un rápido retorno a la comunidad no sería beneficioso ni para esta última ni para el menor.³⁴

En Irlanda del Norte, se establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 10 años. Debido a que no hay legislación o jurisprudencia relacionada con el involucramiento de menores en conflictos armados, la normativa más relevante es la *Criminal Justice (Children) (Northern Ireland) Order* (1998), que establece que en casos de delitos graves cometidos por niños mayores de 10 años, se prohíbe la imposición de la pena de prisión perpetua, de manera que el menor será condenado a detención por el tiempo que el Ministro de Justicia considere apropiado. Además, si bien el propósito de la justicia juvenil en Irlanda del Norte es fomentar que los niños reconozcan los efectos del delito que cometieron y que asuman responsabilidad por sus actos, con especial atención al bienestar del niño, al cumplir 17 años, los menores pueden ser trasladados desde centros de detención juvenil a prisión.³⁵

Con respecto a las circunstancias agravantes y atenuantes, es importante destacar que en Irlanda del Norte la edad del menor es un factor atenuante

32 Scotland's Appeal Court, Paul William Greig v. Her Majesty's Advocate, High Court of the Judiciary, *Judgment*, October 5, 2012, Case No.: HCJAC 127, para. 7.

33 Scotland's Appeal Court, Aaron Thomas Campbell against Her Majesty's Advocate, High Court of the Judiciary, *Appeal Against Sentence*, September 10, 2019, Case No.: HCJAC 58, para. 9.

34 *Ibid.*, para. 7.

35 Irlanda del Norte, *The Criminal Justice (Children) Order* (2008).

importante,³⁶ así como lo es la capacidad de comprender y responder de manera socialmente apropiada.³⁷ Además, los tribunales de Irlanda del Norte han aceptado que los efectos del sufrimiento psicológico experimentado de niño pueden ser también considerados como una circunstancia atenuante.³⁸ No obstante, el reclutamiento forzoso dentro de un grupo armado, o una organización criminal análoga, no ha sido considerado hasta ahora como una circunstancia relevante para la determinación de la pena.

8.2.5. Consideraciones finales

Si bien todos los sistemas de justicia nacional ordinaria analizados establecen la edad mínima para la responsabilidad penal por debajo de los 15 años, los niños menores de 15 años generalmente están protegidos por normas jurídicas especiales y legislación de justicia juvenil, las cuales les ofrecen condiciones mucho más favorables. En casos excepcionales, algunas jurisdicciones han abandonado un sistema de justicia retributivo, en favor de la adopción de medidas de rehabilitación para niños menores de 15. Como consecuencia, las condenas son reemplazadas normalmente por detención preventiva temporal o “medidas correctivas”.

El Derecho Internacional ha respaldado y apoyado este enfoque, teniendo en cuenta que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño³⁹ reconoce que cuando un menor comete delitos, su entrega al sistema de justicia penal debería ser el último recurso o mecanismo que utilice un Estado.

Las jurisdicciones nacionales no parecen otorgar un tratamiento especial a los niños soldados menores de 15 años como consecuencia de su reclutamiento forzado. Por el contrario, estos se benefician normalmente de disposiciones jurídicas generales de justicia juvenil.

36 Crown Court for Northern Ireland, *The Queen v. Darren Larmour, Decision on Tariff*, May 24, 2005, Case No.: [2004] NICC 4, paras. 11, 17; Court of Appeals of Northern Ireland, *The Queen v. Trevor McCandless (and others), Judgement*, January 9, 2004, Case No.: CARF4076, paras. 2-8, 13, 17.

37 Crown Court for Northern Ireland, *The Queen v. A and B, Judgement*, November 21, 2008, Case No.: GIL7324, paras. 23-31.

38 Court of Appeals in Northern Ireland, Attorney General’s Reference: Michael John Gilbert, *Appeals Judgement*, September 15, 2006, Case No.: [2006] NICA 36, paras. 10, 15. La Corte determinó que la juventud no podía ser considerada per se como un factor atenuante relevante.

39 United Nations, General Assembly, Resolution 44/25, *Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, UN Doc. No.: A/RES/44/25, art. 40.

Asimismo, ninguna jurisdicción nacional otorga tratamiento especial a niños soldados menores de 15 años que posteriormente cometen crímenes siendo adultos. Los sistemas de justicia nacionales que fueron analizados tienden a considerar la edad del condenado como un posible factor atenuante. Sin embargo, ninguna de estas jurisdicciones ha considerado específicamente, que el reclutamiento forzado del niño pueda ser considerado de manera autónoma.

8.3. Sistemas de justicia transicional

Como lo demuestran los casos de Colombia y Filipinas, los Estados con sistemas de justicia transicional tienden a tener un tratamiento propio para los menores que han sido reclutados por grupos armados organizados (incluyendo a los niños soldados menores de 15 años reclutados por la fuerza) a través de leyes de amnistía aprobadas al final de un conflicto armado. La Ley de Amnistía de Uganda constituye una excepción al no hacer referencia al tema específico de los niños soldados pertenecientes al ERS.

8.3.1. Colombia

En Colombia, la Corte Constitucional ha establecido que no es relevante si los menores reclutados se unieron voluntariamente o no al grupo armado organizado, porque, según la Corte, los menores de edad no pueden ser totalmente conscientes de las consecuencias que pueden derivarse de su alistamiento dentro de dichos grupos, especialmente considerando su trasfondo social, económico y cultural.⁴⁰ De este modo, para la Corte, los niños menores de 18 años son incapaces de tomar una decisión bien informada cuando se incorporan a estos grupos armados organizados y, por lo tanto, su consentimiento nunca es válido.⁴¹ Por consiguiente, los niños reclutados son siempre víctimas de reclutamiento forzado en el conflicto armado.

La Ley de Justicia y Paz (2005) estableció un primer sistema de justicia transicional para miembros desmovilizados de grupos armados organizados colombianos (especialmente, las Autodefensas Unidas de Colombia. Aún así, dicha ley solo habla de la desmovilización de menores reclutados, y no hace

40 Corte Constitucional Colombiana, *Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, "Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones"* y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal", abril 1, 2009, Sentencia No.: C-240/09.

41 *Idem*.

ninguna mención a su responsabilidad penal por los crímenes (internacionales) que hubieran podido cometer.⁴²

La Ley 1448 (2011) estableció un segundo sistema de justicia transicional en Colombia, bajo el cual los menores reclutados que tomaban la decisión de desmovilizarse de algún grupo armado organizado son considerados como víctimas del conflicto armado. Sin embargo, esta ley no se refiere de manera específica a que los menores de edad gocen de algún eximente o atenuante de responsabilidad penal por los crímenes (internacionales) que hayan podido cometer mientras fueron miembros del grupo que los reclutó.⁴³

El Acuerdo de Paz del 2016 entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (“FARC”) estableció un tercer sistema de justicia transicional, cuya Ley de Amnistía ha abordado expresamente el asunto relativo al tratamiento de los niños soldados desmovilizados de las FARC que han cometido crímenes internacionales.

La reglamentación de este asunto tiene dos aspectos principales. Por un lado, de acuerdo con el art. 28 de la Ley de Amnistía,⁴⁴ a quienes son responsables de la comisión de crímenes internacionales durante el conflicto armado no se les puede conceder amnistía. Por otro lado, la Ley de Amnistía encomendó a una de las Salas de la Jurisdicción Especial para la Paz (“JEP”), la Sala de Definición de Situaciones Judiciales, que decidiera sobre la imputación de cargos en contra de los niños soldados desmovilizados de las FARC que hayan cometido este tipo de delitos. Según la Corte Constitucional, el Congreso tiene el poder de otorgar a la JEP el mandato para determinar qué tratamiento se le debe dar a los niños soldados desmovilizados de las FARC. Además, en caso de que la Sala competente de la JEP decida imputarles cargos, la Corte ha dejado claro que la Sala debe considerar tanto los principios que guían la función de la pena en el sistema juvenil de justicia penal en Colombia, como el enfoque restaurativo y prospectivo de las sanciones de la JEP.⁴⁵

Si bien esta regulación es un elemento importante de la Ley de Amnistía, de los más de 200 casos analizados hasta el momento por la Sala de Definición de Situaciones Judiciales, solamente 5 se refieren a niños soldados desmovilizados que tomaron parte activa en el conflicto. En cada uno de estos cinco

42 Colombia, Ley 975 (2005), art. 10 (3).

43 Colombia, Ley 1448 (2011), Ley de víctimas, art. 3; González Ortiz, J. & Carrasquilla Baza, D. (2017), “Niños, niñas y adolescentes: ¿víctimas o victimarios del conflicto armado en Colombia?”, *Justicia Juris*, Vol. 13, No. 1, pp. 56-62.

44 Colombia, Ley 1820 (2016), Ley de Amnistía, art. 28.

45 Corte Constitucional de Colombia, *Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”*, agosto 15, 2018, Sentencia No.: C-080/18.

casos, la Sala ha desestimado sus peticiones y les ha denegado la posibilidad de ser exonerados de responsabilidad, con base en el art. 28 de la Ley.⁴⁶

Los casos de reclutamiento forzado de niños menores de 15 años en grupos armados organizados u organizaciones criminales que están fuera del ámbito de aplicación de los tres sistemas de justicia transicional analizados se regulan por el Código Penal colombiano. Este establece que la edad mínima para incurrir en responsabilidad penal es de 14 años. A pesar de ello, no contiene ninguna disposición que considere al reclutamiento forzado de menores como una circunstancia eximente, atenuante o agravante (independientemente de la edad de desmovilización).⁴⁷ La jurisprudencia colombiana tampoco aborda esta cuestión.

Finalmente, es menester mencionar que el art. 188D del Código Penal colombiano criminaliza el uso e instrumentalización de menores para la comisión de delitos.⁴⁸ El creciente número de niños y adolescentes pertenecientes a pandillas y carteles urbanos ha llevado a la inclusión de esta disposición.⁴⁹

8.3.2. Uganda

El Código Penal de Uganda establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 12 años.⁵⁰ Aún así, según el *Children Act* (2001),⁵¹ las penas previstas para los menores de edad que cometen actos ilícitos son entendidas como detenciones preventivas u órdenes (en contraposición a castigos),⁵² y no pueden exceder un período de tres años.⁵³ Además, el *Amnesty Act* (2000),⁵⁴ cuya aplicación fue extendida por última vez en 2017 por un periodo de 24 meses⁵⁵ (a pesar de una fuerte oposición),⁵⁶ incluye amplias disposiciones para quienes depone las armas.⁵⁷

46 Jurisdicción Especial para la Paz (2020), *Relati JEP Buscador Especializado de la JEP*, disponible en: <https://relatoria.jep.gov.co>.

47 Colombia, *Ley 599* (2000), Código Penal, arts. 32, 54.

48 Uganda, *Penal Code Act* (1950), art. 188D.

49 Según el reporte presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 2002, citado en la Sentencia SP15870-2016 con archivo 44931 y MP Luis Antonio Hernández Barbosa, las estimaciones indican que, para ese momento, el número de menores que hacían parte de grupos armados ilegales en territorios nacionales oscilaba entre los 11,000 a 14,000 menores. Ver: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, MP Luis Antonio Hernández Barbosa, *Sentencia*, noviembre 2, 2016, Sentencia No.: SP15870-2016.

50 Uganda, *The Penal Code Act*, *supra* núm. 49.

51 Uganda, *Children Act* (1997), arts. 88, p. 66.

52 Uganda, *Children (Amendment) Act* (2016), art. 19, p. 42.

53 *Ibid.*, art. 91 (5).

54 Uganda, *Amnesty Act* (2000), art. 2.

55 Uganda, *Amnesty Act (Extension of Expiry Period) Instrument* (2017).

56 Ugandan Law Reform Commission, *Development of a model law on Amnesty for Uganda* (2016).

57 Ugandan Amnesty Act, *supra* núm. 55, art. 4.C.

La concesión de amnistía depende de la Comisión de Amnistía de Uganda que normalmente la otorga a los miembros del ERS que se desmovilizan o son detenidos por las fuerzas de seguridad ugandesas, incluyendo a quienes han sido víctimas de reclutamiento forzado por el ERS cuando eran menores de 15 años (indistintamente de la edad que tienen al momento de su desmovilización o detención). En el caso de que la amnistía sea concedida, la persona de que se trate puede ser referida a los mecanismos tradicionales de justicia comunitaria de Uganda.⁵⁸

Sin embargo, ha habido algunas instancias ocasionales de aplicación arbitraria del *Amnesty Act*. Por ejemplo, en 2002, el Fiscal General de Uganda imputó a dos menores de edad ex niños soldados, llamados Igama Charles y Oyoo David, en los casos penales JA004 y JA006.⁵⁹ Si bien eran elegibles para ser amnistiados, fueron procesados. Esta investigación provocó un escándalo internacional y fue sobreeséda. Según James Awundo, funcionario de la Comisión de Amnistía, se puso fin a la investigación porque: (a) no se pudo encontrar diferencia alguna entre la historia de los imputados y lo sucedido con otros ex niños soldados que sí fueron amnistiados; y (b) negarles la amnistía en este caso, hubiera generado un desincentivo para la desmovilización de otros combatientes del ERS. Como resultado, en abril de 2003, Charles y David aplicaron a la amnistía, la cual parece que les fue concedida.⁶⁰

Un caso particularmente polémico fue el desarrollado contra Thomas Kwoyelo, quien presuntamente fue reclutado por la fuerza por el ERS siendo menor de 15 años.⁶¹ Tras ascender en el ERS, alcanzó el rango de coronel, hasta que fue capturado por las fuerzas armadas ugandesas en la RDC. Después de ser capturado, Kwoyelo solicitó al Fiscal General que le concedieran la amnistía bajo las disposiciones contenidas en el *Amnesty Act*. Sin embargo, su solicitud fue rechazada.⁶² La Corte Constitucional de Uganda reconoció inicialmente que se había producido un acto de discriminación. No obstante,

58 Acirokop, P. (2010), *Addressing the Potential and Limits of the “Mato Oput” Process as a Basis for Accountability, Justice and Reconciliation for Children in Northern Uganda*, Innocenti Research Centre, UNICEF; Odongo, O.G. (2004), “Child justice law reform developments in Africa and international standards on the rights of the child”, *African Human Rights Law Journal*, Vol. 6, No. 2, art. 40, pp. 8-12.

59 Human Rights Watch (2003), *Uganda: Letter to Minister of Justice*. Los casos penales no fueron analizados, pues no fueron accesibles ni estaban disponibles en el Uganda Legal Information Institute (ULII), o en cualquier otra base de datos.

60 Weber, A. (2003), “Abducted and Abused: Renewed War in Northern Uganda”, Human Rights Watch, Vol. 15, No. 12 (A). El reporte no deja claro si Uganda realmente implementó las amnistías que prometió, pues el documento de Amnistía de Uganda no pudo ser retirado.

61 La edad en la que Kwoyelo fue reclutado ha sido objeto de debate, sin embargo, el ICD determinó que fue reclutado a los 17.

62 Constitutional Court of Uganda, Thomas Kwoyelo alias Latoni v. Uganda, *Judgement*, September 22, 2011, Case No.: UGCC 10.

esta decisión fue eventualmente anulada,⁶³ y el juicio se llevó a cabo en 2018. El caso sigue en curso, y a lo largo del mismo, la Defensa ha argumentado de manera recurrente que Kwoyelo fue secuestrado por la fuerza y retenido en contra de su voluntad.⁶⁴ Sin embargo, ningún testigo, ni tampoco la Fiscalía, han abordado estas alegaciones. Por el contrario, se han enfocado en los crímenes cometidos por el ERS bajo el liderazgo y mando de Kwoyelo.⁶⁵ No existen otras decisiones judiciales emitidas por la División de Crímenes Internacionales de la Alta Corte de Uganda que se refieran a niños soldados menores de 15 años, o a personas reclutadas por la fuerza por el ERS cuando tenían menos de 15 años⁶⁶ (esto a pesar de que la mayoría de los miembros del ERS han pasado por esta situación).⁶⁷

En importante subrayar que la gran impopularidad del ERS en Acholiland, y el estigma social que sufren quienes fueron secuestrados por el ERS cuando eran menores de 15 años, ha dificultado en gran medida la reintegración en la sociedad de los ex miembros del ERS.⁶⁸ De hecho, los expertos en Uganda consideran que cerca del 70% de los encarcelados en Gulu (norte de Uganda)

63 African Commission on Human and People's Rights, *Kwoyelo v. Uganda*, *Communication No.431/12*, October 17, 2018, Doc. No.: ACHPR 129.

64 Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Continues in Gulu; Prosecution to Call 130 Witnesses*, International Justice Monitor.

65 Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Update: Trial Resumes; Court Denies New Investigations into Assault Claims*, International Justice Monitor; Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Resumes After a Two Month Break; Two Prosecution Witnesses Testify*, International Justice Monitor; Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Adjourned to January; Victims' Lawyer in Ongwen Case Dies in Gulu*, International Justice Monitor; Owor Ogora, L. (2020), *Judges Question Witness's Use of Voice Recognition to Identify Kwoyelo; Proceedings Adjourned Due to Presidential Decree on COVID-19*, International Justice Monitor; Owor Ogora, L. (2020), *Civil Society in Uganda Express Mixed Reactions Over Kwoyelo Trial as Proceedings Remain on Hold*, International Justice Monitor.

66 High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, *Uganda v. Hussein Hassan Agade & 12 others*, *Judgment*, May 26, 2016, Criminal Session Case No.: 2010/1; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, *Uganda v. Kamoga Siraje & 13 others*, *Judgment*, August 21, 2017, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2015/4; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, *Uganda v. Ahmad Ssebuwufu*, *Judgment*, January 8, 2020, Case No.: HCT-00-ICD-CM-2019/21; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, *Uganda v. Musijjo Asuman*, *Judgment*, December 30, 2019, Case No.: HCT-00-ICD-CM-2018/19; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, *Uganda v. Kalule*, *Judgment*, April 10, 2018, Case No.: Miscellaneous Criminal Application-2018/; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division Kololo, *Uganda v. Umutoni*, *Judgement*, October 16, 2014, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2014/3; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, *Attorney General v. Gabula*, *Judgement*, March 6, 2012, Case No.: HCT-00-CV-CS-2008/54.

67 Allen, T., Atingo, J., Atim, D., Ocitti, J., Brown, C., Torre, C., Fergus, C.A. & Parker, M. (2020), "What Happened to Children Who Returned from the Lord's Resistance Army in Uganda?", *Journal of Refugee Studies*, Vol. 33, No. 4, pp. 663–683.

68 Haer, R. & Böhmelt, T. (2016), "Child soldiers as time bombs? Adolescents' participation in rebel groups and the recurrence of armed conflict", *European Journal of International Relations*, Vol. 22, No. 2, pp. 408-436.

son ex niños soldados,⁶⁹ si bien otros estudios no encuentran diferencias entre los comportamientos agresivos de los ex niños soldados y otros miembros de la comunidad Acholi.⁷⁰

Este problema ha sido tratado muy pocas veces por las Altas Cortes de Uganda. El único caso relevante encontrado al respecto es el caso de Alfred Onen Kamdulu *et al.*⁷¹. Este último, fue víctima de reclutamiento forzado cuando era un niño menor de 15 años. Después de ser capturado por las fuerzas armadas de Uganda, se le concedió la amnistía. Un año después, Kamdulu se unió a una organización criminal y llevó a cabo varios robos a mano armada en Gulu. Tras su captura fue condenado a 9 años en prisión (según el Código Penal de Uganda, la pena para podía ser de hasta 10 años de privación de libertad, pudiendo incluso imponerse la pena de muerte). Al haberle sido concedida la amnistía, Kamdulu fue tratado como no reincidente, lo que significa que su condición previa como niño soldado del ERS no fue utilizada ni en su favor ni en su contra. Para el tribunal ugandés que lo juzgó, esta condición fue irrelevante.

8.3.3. Filipinas

Cuando finalizó el conflicto entre el gobierno de Filipinas y el Frente de Liberación Moro Islámico (MILF), Filipinas aprobó el *Republic Act 11.188*, de 10 de enero de 2019, en donde se establece una especial protección para niños en situaciones de conflicto armado (CIAC), y se recogen las penas por violar la misma.⁷²

En virtud de su sección 28, los casos penales en contra de niños involucrados en el conflicto armado son desestimados inmediatamente y los niños son referidos a la *Local Social Welfare and Development Office* (LSWDO), que decide si los libera para enviarlos a la custodia de sus padres, o referirlos al programa de prevención, rehabilitación y reintegración previsto en el *Republic Act 11.188*. Como resultado de la aplicación de la sección 28, todos los procesos concernientes a menores que fueron reclutados por la fuerza por alguna de las partes involucradas en el conflicto han sido sobreseídos y los menores han

69 Akello, G., Richters, A. & Reis, R. (2006), “Reintegration of former child soldiers in northern Uganda: coming to terms with children’s agency and accountability”, *Intervention Journal*, Vol. 4, No. 3, pp. 229-243.

70 Annan, J., Blattman, C., Mazurana, D. & Carlson, K. (2011), “Civil War, Reintegration, and Gender in Northern Uganda”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 55, No. 6, pp. 877-908.

71 High Court of Uganda at Gulu, Col. Onen Kamdulu & Alfred Ayella v. Uganda, *Judgement*, May 22, 2008, Case No.: AA 243/2007.

72 Filipinas, *Republic Act 11188* (2008), An Act Providing for the Special Protection of Children in Situations of Armed Conflict and Providing Penalties for Violations Thereof, sección 28.

sido enviados a la LSWDO, la cual ha adoptado las medidas más apropiadas para su reintegración y rehabilitación.

No obstante, la sección 28 no se ha aplicado a quienes fueron reclutados por la fuerza cuando tenían menos de 15 años de edad, y solo se han desmovilizado o han sido detenidos tras cumplir los 18 años.⁷³ En consecuencia, ni el *Republic Act 11.188* ni ninguna otra disposición recoge un tratamiento especial para los adultos que fueron niños soldado menores de 15, y que son juzgados por delitos cometidos posteriormente. Además, la sección 28 del *Republic Act 11.188*, es una disposición transitoria, y por lo tanto no se aplica a quienes fueron reclutados por la fuerza con menos de 15 años por grupos armados organizados u organizaciones criminales distintas a aquellas involucradas en el conflicto armado entre el gobierno de Filipinas y el MILF.

En lo que respecta a los delitos cometidos por los ex niños soldados que no son cubiertos por la *Republic Act 11.888*, la sección 10 del Código Penal filipino es aplicable.⁷⁴ En virtud de esta sección, los niños mayores de 13 años pueden ser procesados y condenados como si fueran adultos, por delitos particularmente graves. Además, no tienen derecho a ningún tratamiento especial por haber sido reclutados por la fuerza cuando eran menores de 15 años, porque las circunstancias atenuantes establecidas en la sección 19(2) de Código Penal filipino se limitan a discapacidades mentales o a la entrega voluntaria ante ciertas autoridades judiciales.⁷⁵

Así mismo, ser víctima con menos de 15 años de reclutamiento forzado en una organización criminal o en un grupo armado organizado no es tampoco considerado por la ley filipina como una circunstancia agravante, en la medida en que la sección 19 del Código Penal filipino limita las agravantes a circunstancias que están directamente relacionadas con los delitos cometidos, y por tanto no incluye circunstancias especiales de las personas condenadas.⁷⁶

8.4. Conclusión

En las jurisdicciones nacionales sin legislación de justicia transicional se observa la ausencia de legislación y jurisprudencia en relación con el tratamiento de los delitos cometidos por niños soldados menores de 15 años que han sido víctimas de reclutamiento forzado. Estos casos son procesados conforme al sistema de justicia penal juvenil sin ninguna diferencia notable con respecto

⁷³ *Ibid.*, sección 31.

⁷⁴ Filipinas, Código Penal (2014), sección 10.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Ibid.*, sección 19.

al resto de casos tramitados en dicho sistema. Asimismo, tampoco se ha encontrado legislación o jurisprudencia que ofrezca un tratamiento diferenciado en caso de delitos cometidos por adultos que han sido previamente víctimas de reclutamiento forzado cuando eran menores de 15 años. De hecho, ninguna de las jurisdicciones nacionales analizadas otorga a esta situación la condición de circunstancia eximente, atenuante o agravante.

En contraste, los Estados con sistemas de justicia transicional tienden a abordar la situación de los menores reclutados por grupos armados organizados (incluyendo los niños menores de 15 años reclutados por la fuerza) de forma expresa mediante leyes de amnistía aprobadas al final de los conflictos armados. No obstante, como se observa en los casos de Colombia y Filipinas, el tratamiento que recogen estas leyes de amnistía difiere de manera muy notable. Además, existen algunas excepciones, como es el caso de Uganda, donde la ley de amnistía no recoge ninguna referencia específica a los niños soldado reclutados por el ERS. Finalmente, ninguna de las tres jurisdicciones nacionales con sistemas de justicia transicional que han sido analizadas prevén un tratamiento especial para aquellos adultos que delinquen después de haber sido inicialmente víctimas de reclutamiento forzado cuando eran menores de 15 años.

8.5. Legislación

Tratados internacionales

United Nations, General Assembly, Resolution 44/25, *Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, UN Doc. No.: A/RES/44/25.

Legislación nacional

Alemania

Alemania, Código Penal (1998).
Alemania, Ley de tribunales de menores (1972).

Colombia

Colombia, Ley 599 (2000), Código Penal.
Colombia, Ley 975 (2005).
Colombia, Ley 1448 de 2011, Ley de víctimas.
Colombia, Ley 1820 de 2016, Ley de Amnistía.

Egipto

Egipto, Ley No. 58 (1937), Código Penal.
Egipto, Ley No. 12 (1996), *Child Law Amended*.
Egipto, Ley No. 88 (2015), *Terrorist Entities Law*.

El Salvador

El Salvador, Decreto No. 1030 (1997), Código Penal.
El Salvador, Decreto Legislativo No. 863 (1994), Ley Penal Juvenil.

España

España, Ley Orgánica 10 (1995), Código Penal.
España, Ley Orgánica 5 (2000), reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Estados Unidos de América

Estados Unidos de América, *Model Penal Code* (1971).

Filipinas

Filipinas, Código Penal (2014).
Filipinas, *Republic Act 11188* (2018), *An Act Providing for the Special Protection of Children in Situations of Armed Conflict and Providing Penalties for Violations Thereof*.

Hungría

Hungría, Código Penal (2012).

Kenia

Kenia, Código Penal (2012).
Kenia, *Children Act* (2001).

Perú

Perú, Decreto Legislativo No. 1348 (2017), Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Perú, Ley No. 27337 (2000), Código de los Niños y Adolescentes.

Reino Unido

Escocia, *Age of Criminal Responsibility Act* (2019).

Escocia, *Criminal Justice and Licensing Act* (2010).

Escocia, *International Criminal Court Act* (2001).

Irlanda del Norte, *The Criminal Justice (Children) Order* (1998).

Sudáfrica

Sudáfrica, *Child Justice Act 75* (2008).

Uganda

Uganda, *Penal Code Act* (1950).

Uganda, *Children Act* (1997).

Uganda, *Children (Amendment) Act* (2016).

Uganda, *Amnesty Act* (2000).

Uganda, *Amnesty Act (Extension of Expiry Period) Instrument* (2017).

8.6. Índice de jurisprudencia

Jurisprudencia internacional

African Commission on Human and People's Rights, *Kwoyelo v. Uganda*, *Communication No.431/12*, October 17, 2018, Doc. No.: ACHPR 129.

Jurisprudencia nacional

Colombia

- Corte Constitucional de Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones” y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”*, abril 1, 2009, Sentencia No.: C-240/09.
- Corte Constitucional de Colombia, *Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”*, agosto 15, 2018, Sentencia No.: C-080/18.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, MP Luis Antonio Hernández Barbosa, *Sentencia*, noviembre 2, 2016, Sentencia No.: SP15870-2016.
- Jurisdicción Especial para la Paz (2020), *Relati JEP Buscador Especializado de la JEP*.

El Salvador

- Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Penal, *Sentencia*, febrero 22, 2019, Caso No.: 364C2018.
- Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Cámara Especializada de lo Penal, *Sentencia*, mayo 20, 2019, Caso No.: 889-890-APE-2018.

España

- Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, *Sentencia*, 9 de abril de 2018, Caso No.: SAN 973/2018.
- Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, *Sentencia*, 25 de septiembre de 2018, Caso No.: SAN 3462/2018.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, *Sentencia*, octubre 20, 2020, Sentencia No.: 525/2020.

Kenia

- High Court of Kenya (Mombasa), Kazungu Kasiwa Mkunzo *et al.* v. Republic, *Appeal Judgment*, June 21, 2006, Case No.: 239/2004.

Reino Unido

- Appeal Court, High Court of the Justiciary of Scotland, Aaron Thomas Campbell v. Her Majesty's Advocate, *Appeal Against Sentence*, July 11, 2019, Case No.: [2019]HCJAC 58.
- Appeal Court, High Court of the Justiciary of Scotland, Adam McCormick v. Her Majesty's Advocate, *Appeal Against Sentence*, April 12, 2016, Case No.: [2016] HCJAC 50.
- Appeal Court, High Court of the Justiciary of Scotland, Paul William Grieg v. Her Majesty's Advocate, *Judgment*, October 5, 2012, Case No.: [2012] HCJAC 127.
- Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. Darren Larmour, *Decision on Tariff*, May 24, 2005, Case No.: [2004] NICC 4.
- Court of Appeals of Northern Ireland, The Queen v. Trevor McCandless (and others), *Judgment*, January 9, 2004, Case No.: CARF4076.
- Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. A and B, *Judgment*, November 21, 2008, Case No.: GIL7324.
- Court of Appeals in Northern Ireland, Attorney General's Reference: Michael John Gilbert, *Appeals Judgment*, September 15, 2006, Case No.: [2006] NICA 36.

Sudáfrica

- High Court of South Africa, S v. Soni, *Judgment*, October 26, 2018, Case No.: CC 29/14P, ZAKZPHC 74.

Uganda

- Constitutional Court of Uganda, Thomas Kwoyelo alias Latoni v. Uganda, *Judgment*, September 22, 2011, Case No.: UGCC10.
- High Court of Uganda at Gulu, Col. Onen Kamdulu & Alfred Ayella v. Uganda, *Appeals Judgment*, May 22, 2008, Case No.: AA 243/2007.
- High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Hussein Hassan Agade & 12 others, *Judgment*, May 26, 2016, Criminal Session Case No.: 2010/1
- High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Kamoga Siraje & 13 others, *Judgment*, August 21, 2017, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2015/4.

- High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Ahmad Ssebuwufu, *Judgment*, January 8, 2020, Case No.: HCT-OO-ICD-CM-2019/21.
- High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Musijjo Asuman, *Judgment*, December 30, 2019, Case No.: HCT-OO-ICD-CM-2018/19.
- High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, Uganda v. Kalule, *Judgment*, April 10, 2018, Case No.: Miscellaneous Criminal Application-2018.
- High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, Uganda v. Umutoni, *Judgement*, October 16, 2014, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2014/3.
- High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Attorney General v. Gabula, *Judgement*, March 6, 2012, Case No.: HCT-00-CV-CS-2008/54.

8.7. Doctrina

- Acirokop, P. (2010), *Addressing the Potential and Limits of the “Mato Oput” Process as a Basis for Accountability, Justice and Reconciliation for Children in Northern Uganda*, Innocenti Research Centre, UNICEF.
- Akello, G., Richters, A. & Reis, R. (2006), “Reintegration of Former Child Soldiers in Northern Uganda: Coming to Terms with Children’s Agency and Accountability”, *Intervention Journal*, Vol. 4, No. 3, pp. 229-243.
- Allen, T., Atingo, J., Atim, D., Ocitti, J., Brown, C., Torre, C., Fergus, C.A. & Parker, M. (2020), “What Happened to Children Who Returned from the Lord’s Resistance Army in Uganda?”, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 33, No. 4, pp. 663–683.
- Annan, J., Blattman, C., Mazurana, D. & Carlson, K. (2011), “Civil War, Reintegration, and Gender in Northern Uganda”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 55, No. 6, pp. 877–908.
- González Ortiz, J & Carrasquilla Baza, D. (2017). “Niños, niñas y adolescentes ¿víctimas o victimarios del conflicto armado en Colombia?”, *Justicia Juris*, Vol. 13, No. 1, pp. 56-62.
- Haer, R. & Böhmelt, T. (2016), “Child Soldiers as Time Bombs? Adolescents’ Participation in Rebel Groups and the Recurrence of Armed Conflict”, *European Journal of International Relations*, Vol. 22, No. 2, pp. 408-436.

- Odongo O, G. (2004) “Child Justice Law Reform Developments in Africa and International Standards on the Rights of the Child”, *African Human Rights Law Journal*, Vol. 6, No. 2, art. 40, pp. 8-12.
- Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Continues in Gulu; Prosecution to Call 130 Witnesses*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Update: Trial Resumes; Court Denies New Investigations into Assault Claims*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Resumes After a Two Month Break; Two Prosecution Witnesses Testify*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2019), *Kwoyelo Trial Adjourned to January; Victims’ Lawyer in Ongwen Case Dies in Gulu*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2020), *Judges Question Witness’s Use of Voice Recognition to Identify Kwoyelo; Proceedings Adjourned Due to Presidential Decree on COVID-19*, International Justice Monitor.
- Owor Ogora, L. (2020), *Civil Society in Uganda Express Mixed Reactions Over Kwoyelo Trial as Proceedings Remain on Hold*, International Justice Monitor.

8.8. Informes, resoluciones y otros documentos

- Child Rights International Network (s.f.), *Minimum ages of criminal responsibility around the world*, available at: <https://archive.crin.org/en/home/ages.html>
- Human Rights Watch (2003), *Uganda: Drop Treason Charges Against Child Abductees*, Retrieved from: <https://www.hrw.org/news/2003/03/04/uganda-drop-treason-charges-against-child-abductees>
- Human Rights Watch (2003), *Uganda: Letter to Minister of Justice*, Retrieved from: <https://www.hrw.org/news/2003/02/19/uganda-letter-minister-justice>
- Ugandan Law Reform Commission, *Development of a model law on Amnesty for Uganda* (2016).
- Special Jurisdiction for Peace (2020), *Relati JEP Buscador Especializado de la JEP*, available at: <https://relatoria.jep.gov.co>
- Weber, A. (2003), ‘Abducted and Abused: Renewed War in Northern Uganda’, *Human Rights Watch*, Vol. 15, No. 12 (A).