

100
años



COLECCIÓN
CENTENARIO

LOS MIEMBROS DE LOS GRUPOS ARMADOS
ORGANIZADOS Y LA VIOLENCIA
INTRAFILAS: ¿PUEDE EL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO OFRECER
UNA RESPUESTA A ESTE PROBLEMA?

Rita del Pilar Lucila Zafra Ramos



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

LOS MIEMBROS DE LOS GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS Y LA
VIOLENCIA INTRAFILAS: ¿PUEDE EL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO OFRECER UNA RESPUESTA A ESTE PROBLEMA?

**Los miembros de los grupos
armados organizados y la violencia
intrafilas: ¿puede el derecho
internacional humanitario ofrecer
una respuesta a este problema?**

Rita del Pilar Lucila Zafra Ramos



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

*Los miembros de los grupos armados organizados y la violencia intrafilas:
¿puede el derecho internacional humanitario ofrecer una respuesta a este
problema?*

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020
Facultad de Derecho
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.
Teléfono: (51 1) 626-2000 / 5660
www.facultad.pucp.edu.pe/derecho

Coordinación:

Diseño de cubierta: Ronald Andia

Corrección de estilo y cuidado de la edición: José Luis Carrillo M.

Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Primera edición: diciembre de 2020

Tiraje: 300 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2020-09456

ISBN: 978-612-4440-18-2

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcial-
mente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

Publicado en diciembre de 2020.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: Las exigencias de la realidad en torno a la protección contra la violencia intrafilas en los grupos armados organizados	13
1.1. Definición de grupo armado organizado: el punto de partida para la investigación	14
1.2. El ámbito de actuación de los grupos armados organizados: los conflictos armados	22
1.2.1. Los grupos armados organizados en el conflicto armado no internacional: una regulación nueva para un fenómeno antiguo	26
1.2.2. Los grupos armados organizados en el conflicto armado internacional: el protagonismo de los Estados	33
1.3. La realidad de los grupos armados frente al funcionamiento y al reclutamiento	39
1.3.1. La estructura de funcionamiento de los grupos armados	39
1.3.2. El reclutamiento, el uso en las hostilidades y las formas de violencia dentro de los grupos armados	44
CAPÍTULO II: El estado actual de la regulación en el marco del derecho internacional humanitario respecto a los grupos armados	62
2.1. Los principios del derecho internacional humanitario: pilares que deben guiar la actuación de los grupos armados	62

2.1.1.	El principio de humanidad como base del derecho internacional humanitario	64
2.1.2.	El principio de distinción y sus efectos en el régimen aplicable a los miembros de los grupos armados organizados	65
2.1.3.	El principio de proporcionalidad y su aplicación respecto de los grupos armados organizados	81
2.2.	Las Fuentes Convencionales del DIH y su regulación de los grupos armados organizados	85
2.2.1.	Los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 3 común como norma que vincula a los grupos armados	86
2.2.2.	Los Protocolos Adicionales de 1977 y la incorporación de los grupos armados	92
2.3.	La costumbre en materia de DIH y su relación con los grupos armados	95
2.3.1.	La Cláusula Martens y su aplicabilidad a los grupos armados	96
2.3.2.	Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario y sus efectos en torno a la comprensión de la costumbre en el derecho internacional humanitario	98
2.3.3.	La vinculación de los grupos armados por las normas consuetudinarias del DIH	99
2.4.	Retos de la aplicación del derecho internacional humanitario ante la violencia intrafilas	101

CAPÍTULO III: La protección que le corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas 104

3.1.	El rol del derecho internacional de los derechos humanos dentro de los conflictos armados: la relación entre el DIDH y el DIH	104
------	---	-----

3.2.	Los grupos armados organizados como titulares de obligaciones en materia de derechos humanos: un ejercicio de interpretación ante la violencia intrafilas	111
3.3.	Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional	130
3.3.1.	El caso contra Thomas Lubanga Dyilo y la protección de los niños soldados	131
3.3.2.	El caso contra Bosco Ntaganda y la protección frente a la violencia sexual	139
3.4.	La protección contra la violencia intrafilas en los grupos armados en el DIH actual: ¿se ha logrado una protección más amplia?	152
	CONCLUSIONES	167
	BIBLIOGRAFÍA	172

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer a la asesora de la tesis base de este libro, Michelle Reyes Milk, quien pudo guiarme y aconsejarme en una tarea que parecía a veces inconmensurable. También, al Grupo de Investigación en Derecho, Género y Sexualidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por sus valiosos comentarios. A Karen y Pamelhy, por su amistad y sus siempre necesarios empujones (emocionales). Y, finalmente, a mis padres, por todo su esfuerzo y amor.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación examina la protección que ofrece el derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) ante el fenómeno de la violencia intrafilas en los grupos armados organizados. La violencia intrafilas es entendida como actos de violencia que ocurren «al interior de los grupos armados entre sus propios integrantes» (Caicedo, Buenahora & Benjumea, 2009, p. 26).

A pesar de que los grupos armados organizados (en adelante, GAO) constituyen hoy en día uno de los actores más importantes en el escenario de los conflictos armados, la normativa existente respecto de ellos es todavía muy exigua (Salmón, 2016, pp. 31-32). Por otro lado, el tema ha cobrado hoy relevancia por la reciente jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) en los casos contra Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda (Grey, 2014b, pp. 602 y 614), en los cuales se aborda el asunto de la protección de los miembros de grupos armados ante la violencia intrafilas (en concreto, la violencia sexual y el reclutamiento forzado de niños).

En esa línea, este texto se propone dilucidar si el derecho internacional humanitario ofrece una protección frente a este fenómeno y si esta resulta adecuada. La investigación se plantea analizar la evolución del derecho sobre la materia, sistematizar la regulación existente y sugerir una clara propuesta sobre cómo debería ser esta. Consideramos, además, que un trabajo de esta naturaleza es necesario debido a la importante presencia de los grupos armados organizados en los conflictos armados modernos (Prado, 2015, pp. 192-197).

Esta investigación, por lo tanto, busca responder a esta pregunta: ¿cuál es la protección que el derecho internacional humanitario ofrece a la violencia intrafilas dentro de los grupos armados organizados? Como ya indicamos, esta pregunta aborda el tema de la evolución de la protección a los miembros de los grupos armados organizados frente a la violencia intrafilas, tomando en consideración el protagonismo de estos actores y su importancia en el escenario internacional actual (Prado, 2015, p. 190), para identificar cuál es el estado actual del DIH frente a este tema.

El derecho internacional humanitario, y el derecho internacional en general, se concibieron tradicionalmente como un derecho que regía entre Estados (TPIY, 1995, párrafo 96; Kleffner, 2011, p. 20; Salmón, 2014a, pp. 38-39, 41-53 y 60-61; Hill-Cawthorne, 2015). Desde el primer Convenio de Ginebra de 1864, e incluso hasta la adopción de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, la preocupación de la comunidad internacional estaba puesta principalmente en regular la actuación de las fuerzas armadas de los Estados, de modo que la inclusión del artículo 3 común, la norma que regula los conflictos armados de carácter no internacional (Salmón, 2016, p. 119) en estos últimos se logró pese a la reticencia de los Estados por las consecuencias que podría tener sobre su soberanía (Blest, 1994a). Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial aumentó el número de conflictos armados no internacionales, al punto que no hubo desde entonces casi ningún conflicto armado de carácter internacional (Gleditsch et al., 2002, p. 615, citado en Crawford, 2010, pp. 1 y 14, citado en Hill-Cawthorne, 2015, p. 294; Prado, 2015, p. 197; Salmón, 2016, p. 85). En consecuencia, los grupos armados organizados empezaron a cobrar mayor relevancia.

Por otra parte, la naturaleza de los grupos armados organizados es distinta a la de las fuerzas armadas de los Estados, razón por la cual existe una gama diferente de peligros a los que están expuestos los miembros de los primeros. Un claro ejemplo es la forma de reclutamiento de sus miembros: al no existir un mecanismo formal de reclutamiento como el que sí tienen las fuerzas armadas, muchas veces se recurre a la coerción (CICR, 2015b, p. 15, citado en Melzer, 2009, pp. 32-33), sobre todo contra menores de edad (CPI, 2012a, párrafos. 909-914). Además de utilizarla como fuente para el reclutamiento de miembros (Melzer, 2009, p. 32; Aspa, 2011, p. 17), con frecuencia los grupos armados operan muy cerca de la población civil, al punto que se llegan a mezclar con ella (Prado, 2015, pp. 194-195; DCAF y Geneva Call, 2011, p. 6; Melzer, 2009, pp. 6 y 11; Ramón-Chornet, p. 360, citado en Salmón, 2016, pp. 160 y 165). Aun cuando no obliguen a esta población a participar en las hostilidades, estos grupos armados suelen servirse de ella para obtener alimento y recursos económicos, entre otras actividades, sin contar los peligros a los que ella se ve expuesta, como la violencia sexual (Aspa, 2011, pp. 17-18).

En la mayoría de los casos, la respuesta del derecho internacional se ha limitado al ámbito jurisprudencial (Grey, 2014b, pp. 602 y 612-614). A pesar de que se han adoptado ciertos instrumentos convencionales sobre el tema de la protección de los miembros de los grupos armados organizados, como la Convención de los Derechos del Niño (1989) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en conflictos armados (2000), los esfuerzos más importantes han correspondido a los tribunales (penales) internacionales (Grey, 2014b, pp. 602 y 614).

Esta investigación propone que el derecho internacional humanitario se ha nutrido del desarrollo de otras ramas, a saber, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional (Tan, 2014, pp. 142 y 149) para establecer una protección frente a la violencia dentro de los grupos armados organizados o violencia intrafilas.

Este trabajo contiene tres capítulos. El primero versa sobre el reconocimiento de la situación actual y el funcionamiento de los grupos armados organizados. Aquí se presentará la noción de grupo armado organizado, sobre la base de la cual se trabajará la investigación. A la vez, se explicarán los ámbitos de actuación de los grupos armados organizados, tanto en los conflictos armados no internacionales como en los internacionales, y cuál es su situación legal en cada uno de estos ámbitos. Posteriormente, utilizando principalmente el método sociológico, se explicará cuál es la realidad actual de los grupos armados organizados, poniendo énfasis en el reclutamiento y en su funcionamiento, así como en los tipos de violencia que existen en ellos. Dicha explicación tendrá como fin entender la dimensión de las necesidades y de los peligros con los que se enfrentan los grupos armados. En ese sentido, este capítulo incorporará el enfoque de género, que permite visibilizar las vulnerabilidades propias de los hombres y mujeres miembros de los grupos armados.

En el segundo capítulo, acudiendo principalmente al método analítico, analizaremos la evolución de la regulación en el ámbito del DIH en torno a los GAO. En primer lugar, abordaremos el tema de los principios del derecho internacional humanitario y la forma cómo inspiran toda la normativa de esta rama del derecho. Posteriormente, analizaremos las fuentes convencionales del DIH en relación con la protección que estas brindan a los miembros de los GAO. Utilizaremos los

métodos comparativo y analítico para dilucidar cuál ha sido la línea seguida en la adopción de estos instrumentos. En el tercer punto de este capítulo trataremos las fuentes consuetudinarias sobre el tema y el modo en que estas expresan los principios que rigen el DIH. Finalmente, identificaremos los temas no regulados en esta rama del derecho internacional en torno a los grupos armados.

En el capítulo 3 desarrollaremos la regulación existente en torno a la protección frente a la violencia intrafilas en otras ramas del derecho internacional, para lo cual analizaremos la protección que el DIDH puede brindar ante esta problemática (Tan, 2014, pp. 142 y 149), y la protección con la que cuentan los miembros de los grupos armados organizados y sobre la cual se construyen las sanciones contenidas en el Estatuto de Roma (Cassese, 2013, pp. 65-66) en el marco del derecho penal internacional (Tan, 2014, pp. 142 y 149). Para ello tomamos como base la noción de participación activa en las hostilidades (Melzer, 2009, pp.16 y 41-45) y el antes mencionado desarrollo en los casos contra Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda (Grey, 2014b, pp. 602 y 614).

CAPÍTULO I

Las exigencias de la realidad en torno a la protección contra la violencia intrafilas en los grupos armados organizados

En este capítulo desarrollamos una aproximación al concepto y funcionamiento de los grupos armados organizados. En vista de que no existe una definición convencional de estos grupos (Melzer, 2009, p. 27), por razones que se expondrán en el acápite pertinente, aquí ensayaremos una conceptualización provisional. Una vez establecida esta, analizaremos los dos posibles ámbitos de actuación de los grupos armados organizados: el conflicto armado no internacional y el conflicto armado internacional.¹ En este punto explicaremos qué se debe enten-

1 Debido a que el término «grupo armado organizado» pertenece al derecho internacional humanitario, en sentido estricto solo se lo puede utilizar en el contexto de un conflicto armado. Esto es así porque la calidad de miembro se determina de acuerdo con la noción de función continua de combate, que se encuentra vinculada a la noción de participación directa en las hostilidades, y esta, a su vez, a los conflictos armados (Melzer, 2009, pp. 31-36, 41 y 69). Además, la definición de grupo armado exige que este tenga un nivel necesario de organización y que lleve a cabo acciones militares de determinada intensidad. En esta línea, es necesario resaltar que si un grupo posee estas características, no existe otra posibilidad que la de ser parte de un conflicto armado (CICR, *Glossary*; Margulies & Sinnott, 2015, pp. 324-328; TPIY, 10 de julio de 2008, párrafo

der por conflicto armado internacional (CAI) y por conflicto armado no internacional (CANI), así como el papel que tienen los GAO en cada uno de ellos.

En la siguiente sección repasaremos la situación actual de los GAO en el escenario internacional, para lo cual nos centraremos en dos puntos: en primer lugar, desarrollaremos algunas formas de funcionamiento de estos grupos, tomando en cuenta las más representativas. En segundo lugar, nos avocaremos al fenómeno del reclutamiento de miembros por dichos grupos y al uso de niños y niñas para que participen en las hostilidades y las formas de violencia que ocurren en ellos. El propósito de este análisis es evidenciar la realidad a la que se ven expuestos día a día los miembros de los grupos armados organizados, con el fin de estar en capacidad de identificar con mayor facilidad sus necesidades de regulación y los peligros a los que se enfrentan. La importancia de tal regulación reside en el establecimiento de estándares de conducta determinados y claros que guíen la actuación de los actores relevantes de los GAO.

1.1. Definición de grupo armado organizado: el punto de partida para la investigación

No existe en el marco del derecho internacional una definición convencional y concreta de «grupo armado organizado», aunque varios tratados hacen alguna mención a esta categoría (Melzer, 2009, p. 27). Para que esta definición sea verdaderamente universal, debe presentar cierto grado de flexibilidad que le permita abarcar el mayor número de situaciones posi-

176). Esto, aparte de las normas que se aplican a los miembros de las fuerzas armadas y los grupos armados una vez terminado el conflicto (Salmón, 2016, pp. 88-89 y 137).

bles, con lo que se acrecienta su ámbito de protección (CICR, 2008a, p. 5, citado en Margulies & Sinnott, 2015, p. 325; Paulus & Vashakmadze, 2009, p. 117, citado en Margulies & Sinnott, 2015, pp. 325-328).

Tres son las principales razones que pueden explicar esta falta de definición. La primera se refiere al momento histórico en el que se adoptaron los más importantes instrumentos convencionales de derecho internacional humanitario. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949² fueron adoptados inmediatamente después del final de la Segunda Guerra Mundial. Las preocupaciones de los Estados al negociar —y, posteriormente, adoptar— estas Convenciones se centraban en los conflictos armados internacionales y en la regulación de actos como los ocurridos en ella.³ Únicamente el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra regula los conflictos armados de carácter no internacional (Salmón, 2016, p. 119), y su adopción motivó una serie de objeciones de los Estados por sus implicancias para sus soberanías (Blest, 1994a, pp. 168-169). Este artículo será estudiado con mayor profundidad en el segundo capítulo de nuestra investigación.

La segunda razón se sustenta en la propia realidad de muchas instituciones del derecho internacional humanitario. En esta rama del derecho internacional, muchas instituciones no cuentan con una definición convencional (Melzer, 2009, p. 27).

2 I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Adoptados el 12 de agosto de 1949.

3 Para mayor información sobre este tema, revisar Blest (1994a, pp. 115-179).

Es el caso, por ejemplo, de la categoría «conflicto armado» (Salmón, 2016, p. 29).

La naturaleza de los tratados explica la tercera razón. Los tratados se caracterizan por otorgar mayor seguridad jurídica que otras fuentes del derecho internacional como la costumbre (International Law Commission, citado en Abugattas, 2014, p. 98). No obstante, lo que por lo general constituye una virtud en la regulación de ciertas materias, puede resultar negativo en otras (Salmón, 2016, p. 54; Margulies & Sinnott, 2015, p. 325). Si se regresa al ya mencionado ejemplo del «conflicto armado», puede resultar incluso positivo el que no exista una definición convencional de él (Abi-Saab, 1986, p. 68, citado en Salmón, 2016, p. 132). La ya referida transformación de los conflictos armados en el mundo pudiera haber desfasado cualquier definición y, como consecuencia, muchas situaciones de esta naturaleza hubieran podido quedar fuera del ámbito de aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 (Salmón, 2016, p. 54; Sassòli, Bouvier & Quintin, 2003, p. 137, citado en Salmón, 2016, p. 54; Abi-Saab, p. 68, citado en Salmón, 2016, p. 132). Cassese denomina a este fenómeno una «deficiencia fisiológica» del DIH, debido a que difícilmente el derecho puede mantenerse a la par de los cambios que ocurren en la realidad (Cassese, 2014, p. 7).

Lo mismo puede afirmarse respecto a una definición como «grupo armado organizado». Aunque una conceptualización convencional hubiera otorgado seguridad jurídica, según lo recién expuesto, también hubiese podido ocasionar que nuevas formas de grupos armados no encajen en tal definición y, por ende, su actuación no hubiera estado reglamentada por los Convenios de Ginebra, específicamente por el artículo 3 común (Margulies & Sinnott, 2015, pp. 322-324). Incluso el Protocolo Adicional II, adoptado en 1977, aún recoge una idea de

grupo armado centrada inequívocamente en las llamadas «guerrillas»⁴ o en las guerras de liberación (Melzer, 2009, pp. 4-5) de esa época (Salmón, 2016, p. 124).

En la actualidad, se puede afirmar que existen varios tipos de «grupos armados organizados»: estos varían desde aquellos más «tradicionales» —por ejemplo, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que poseen una estructura más centralizada y organizada— hasta los que se encuentran al límite de la definición de grupo armado (Kleffner, en De Wet & Kleffner, 2014, pp. 51-52), pues existen dudas acerca de si en realidad pertenecen a esta categoría (Salmón, 2016, pp. 153 y 167; Margulies & Sinnott, 2015, pp. 319-325).

Entre estos últimos quizá el más resaltante sea el grupo terrorista transnacional Al-Qaeda (Margulies & Sinnott, 2015, pp. 319-322, 325 y 328-340; Salmón, 2016, pp. 153-154; Ramón Chornet, p. 59, citado en Salmón, 2016, p. 154; Salmón, 2016, pp. 159-160; Schneckener, 2004, p. 30, citado en Salmón, 2016, pp. 166-168). Estos grupos se diferencian de los primeros porque su actividad no se circunscribe al territorio de un Estado o a Estados aledaños determinados: por el contrario, su *modus operandi* consiste en realizar sus actividades en diferentes Estados no cercanos geográficamente (Margulies & Sinnott, 2015, pp. 332-337; Salmón, 2016, pp. 159 y 167; Prado, 2015, pp. 190-193). Otro elemento que suele marcar su operación es que su actividad terrorista implica constantes violaciones de las normas del DIH (Margulies & Sinnott, 2015, p. 328; Ramón Chornet, p. 360, citado en Salmón, 2016, p. 160).

4 Las «guerrillas» son un tipo de grupo armado que tiene como fin derrocar a la autoridad, para lo cual recurre a métodos como las emboscadas (CICR. Glossary. <https://www.icrc.org/casebook/doc/glossary/guerrilla-glossary.htm>. Ver también Salmón, 2016, p. 95).

Como se puede ver, en los conflictos armados contemporáneos no existen escenarios definidos y separados donde se desarrollen las hostilidades únicamente con la participación de fuerzas armadas (Melzer, 2009, pp. 4-5 y 11-12; Prado, 2015, pp. 194-195; Ramón Chornet, p. 360, citado en Salmón, 2016, p. 160) según el modelo rousseauiano de guerra (Cassese, 2014, p. 8); tanto es así que Cassese reconoce como uno de los grandes problemas actuales del DIH la desprotección de los civiles (Cassese, 2014, p. 7).

Así, por ejemplo, las poblaciones desplazadas internamente y los refugiados son especialmente vulnerables a ser usados como soporte económico de los grupos armados (Aspa, 2011, pp. 17-18), que generan en este ámbito relaciones simbióticas por las que intercambian distintos beneficios con la población civil; parasitarias, en vista de que recurren a la extorsión a estas poblaciones a cambio de seguridad; o predatorias, en tanto recurren a la pura intimidación de los pobladores para obtener beneficios económicos (Aspa, 2011, pp. 17-18). Así mismo, los grupos armados organizados intencionalmente se ocultan en la población civil con el fin de atacar desde esa posición o para protegerse de los ataques (Cassese, 2014, p. 9).

Y aunque todos estos elementos, en conjunto, hacen muy difícil entender a los grupos terroristas transnacionales dentro del concepto tradicional de grupos armados organizados (Salmón, 2016, pp. 153 y 167; Margulies & Sinnot, 2015, pp. 319-325), es importante recordar que los elementos que caracterizan a este tipo de grupo, como se explicará más adelante, son su grado de organización y la intensidad de sus acciones (TPIY, 2008, párrafo 176; Margulies & Sinnot, 2015, pp. 324-328; Salmón, 2016, pp. 29-31; Kleffner, 2011). De hecho, muchos grupos terroristas poseen un nivel de organización mayor del que aparentan, lo cual permite calificarlos como tales (Margulies &

Sinnot, 2015, 328-340; Sassòli, p. 9, citado por Vité, 2009, p. 93, citado en Salmón, 2016, p. 167; CICR, 2011; Satterthwaite, 2006, citado en Salmón, 2016, pp. 167-168; CICR, 2011, citado en Salmón, 2016, p. 168; Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 2006, pp. 66 y ss., citado en Salmón, 2016, p. 168). Lo que queremos decir es que, más allá de que los actos de terrorismo sean contrarios al DIH (TPIY, 2008, párrafos 184-187), nada impide que puedan ser considerados como perpetrados por GAO en el marco de un conflicto armado (TPIY, 2008, párrafos 184-190; Margulies & Sinnot, 2015, 326).

Tomando esto en consideración, adoptamos la definición de «grupo armado organizado» esgrimida por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR) en la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Allí el CICR afirma: «El término “grupo armado organizado” [...] se refiere únicamente al ala armada o militar de una parte no estatal, es decir, a sus fuerzas armadas en sentido funcional» (Melzer, 2009, p. 32).

De acuerdo con esta definición, una parte no estatal del conflicto puede contar tanto con un componente armado como con uno no armado (Melzer, 2009, p. 32). Entre las tareas o labores que pueden desempeñar los integrantes que no cumplen una función continua de combate se encuentran las administrativas, las de cocina, las del cuidado de la salud, etcétera (Unites Nations Special Representative of the Secretary General on Children an Armed Conflict, 2008, párrafo 23).

No todas las partes no estatales podrán contar con esta diversidad en la repartición de tareas: muchas personas realizarán otras labores además de tener que ser parte de las hostilidades (Melzer, 2010, pp. 849-850). En esos casos se puede afirmar que toda la parte no estatal es equivalente al grupo armado

organizado, según la definición de la *Guía* del CICR (Melzer, 2009, p. 32).

Como afirma el mencionado Comité, esta definición de miembro de grupo armado organizado se basa en un criterio «funcional» (Melzer, 2010, pp. 843-844 y 846; Melzer, 2009, pp. 25-26, 31-33). En contraste, la definición de pertenencia a las fuerzas armadas de un Estado se rige por un criterio formal (Melzer, 2010, pp. 843-844; Melzer, 2009, pp. 25 y 31). La forma en que están organizadas, sus órganos, su jerarquía, el proceso de incorporación, sanciones y demás se encuentran regulados bajo el ordenamiento interno del Estado parte (Melzer, 2009, pp. 31 y 35; Melzer, 2010, p. 844). Por lo tanto, se puede afirmar que son parte de las fuerzas armadas aquellas personas que se constituyan de dicha manera bajo el ordenamiento interno de los Estados parte.⁵

Por otro lado, si cumplen con el requisito de encontrarse bajo un mando responsable, las fuerzas armadas irregulares también son consideradas por el derecho internacional como parte integrante de las fuerzas armadas de un Estado, aunque no estén incorporadas de manera formal, según el artículo 43.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (Melzer, 2014, p. 302; Ipsen, 1995, párrafo 304, citado en Melzer, 2014, p. 302).

No ocurre lo mismo respecto de las partes no estatales de los conflictos armados, ya que no existe una norma convencional análoga que defina qué es un grupo armado organizado (Melzer, 2009, pp. 25, 27 y 31). Por lo tanto, y en nuestra opinión de manera acertada, el CICR utilizó un criterio funcional para definir qué se debe entender por grupo armado organizado (Melzer, 2010, pp. 843-844 y 846; Melzer, 2009, pp. 25, 31 y 33-35). En

5 III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, artículo 4.a.1; Melzer, 2009, p. 25.

ese sentido, un «grupo armado organizado» estará compuesto por aquellas personas que cumplan una «función continua de combate» (Melzer, 2009, pp. 32-34).⁶ Esta noción será abordada con mayor profundidad en el capítulo 2 de este libro.

1.2. El ámbito de actuación de los grupos armados organizados: los conflictos armados

Como no existe una definición convencional de conflicto armado, con el objetivo de llenar este vacío el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY)⁷ estableció en su primer caso (contra Dusko Tadić) los siguientes criterios para definir cuándo se configuraba uno (Salmón, 2016, p. 29): «[T]here is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State» (TPIY, 1995, párrafo 70).

De este modo, para que se configure un conflicto armado se tiene que cumplir con los siguientes requisitos (Salmón, 2016, p. 30):

6 Por ejemplo, la Corte Penal Internacional utiliza grupo armado «para referirse a las fuerzas armadas de una parte no estatal de un conflicto armado» (traducción propia) (véase también Rodenhäuser, 2016a, p. 4, nota a pie de página 6).

7 El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución 827, el 25 de mayo de 1993.

«El Consejo de Seguridad [...] 2. Decide establecer un Tribunal Internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz y, con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional anexo al informe anteriormente mencionado».

1. Recurso a la fuerza armada.
2. Las partes están constituidas por Estados enfrentados entre ellos, o por Estados y grupos armados, o solo grupos armados.
3. El recurso a la fuerza tiene que ser prolongado.
4. Las partes tienen que contar con un determinado nivel de organización.

El elemento temporal definido como «prolongado» (*protracted*) fue posteriormente interpretado como «intensidad» por la Cámara de Primera Instancia del TPIY en el mismo caso:

The test applied by the Appeals Chamber to the existence of an armed conflict for the purposes of the rules contained in Common Article 3 focuses on two aspects of a conflict; the intensity of the conflict and the organization of the parties to the conflict. In an armed conflict of an internal or mixed character, these closely related criteria are used solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law. Factors relevant to this determination are addressed in the Commentary to Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Convention I («Commentary, Geneva Convention I»). (TPIY, 1997, párrafo 562)

En otras palabras, no es necesario que las operaciones militares que lleve a cabo una de las partes se den durante un largo período de tiempo. Por el contrario, lo que significa es que las operaciones militares no pueden suponer actos esporádicos que solo podrían ser calificados como tensiones internas o disturbios interiores (Salmón, 2016, pp. 123, 154 y 169-174; Gasser, 1988, pp. 41-43, citado en Salmón, 2016, p. 170; CICR, 1971, p. 78, cita-

do en Salmón, 2016, p. 171; CICR, 1988, p. 13, citado en Salmón, 2016, p. 172). En el caso *La Tablada*, la Comisión Interamericana estableció que un enfrentamiento de tres días entre las fuerzas armadas de Argentina y un grupo rebelde sí podía ser considerado un conflicto armado:

Los hechos acaecidos en el cuartel de La Tablada se diferencian de las situaciones mencionadas, porque las acciones emprendidas por los atacantes fueron actos hostiles concertados, de los cuales participaron directamente fuerzas armadas del gobierno, y por la naturaleza y grado de violencia de los hechos en cuestión. Más concretamente, los incursores participaron en un ataque armado que fue cuidadosamente planificado, coordinado y ejecutado, v.gr. una operación militar contra un objetivo militar característico: un cuartel. [...]

Por lo tanto, la Comisión concluye que el choque violento entre los atacantes y los miembros de las fuerzas armadas argentinas, a pesar de su corta duración, activó la aplicación de las disposiciones del artículo 3 común, así como de otras normas relevantes para la conducción de conflictos internos. (CIDH, 1997, párrafos 155-156)

Como se deja ver, la Comisión analizó el nivel de organización de las partes y el grado de intensidad del conflicto, en tanto estos constituyen las características del enfrentamiento entre las partes (Salmón, 2016, p. 170). La corta duración del enfrentamiento no configuró obstáculo alguno para que sea categorizado como un conflicto armado (Margulies & Sinnott, 2015, p. 327).

Además, los conflictos armados pueden ser de naturaleza internacional o no internacional. La actuación de los grupos armados organizados en estos dos escenarios será analizada a fondo a continuación.

1.2.1. Los grupos armados organizados en el conflicto armado no internacional: una regulación nueva para un fenómeno antiguo

Según lo afirmado en el caso Tadić, se produce un conflicto armado no internacional cuando hay un recurso a la fuerza entre un Estado y uno (o más) grupos armados organizados, o entre grupos armados organizados entre sí (TPIY, 1995, párrafo 70; Salmón, 2016, pp. 30 y 121). Los conflictos al interior de los Estados siempre han existido y se podían calificar como rebeliones e incluso como proyectos separatistas (Moir, 2004, p. 1).⁸ En ese sentido, las personas y organizaciones que participaban en estos levantamientos eran vistas por los Estados como criminales a nivel nacional y eran tratados como tales (TPIY, 1995, párrafo 96, citado en Cullen, 2010, p. 9). El derecho internacional tradicional clasificaba las situaciones de violencia intraestatales en tres categorías: rebelión, insurgencia o beligerancia (Wilson, 1988, pp. 22-29, citado en Moir, 2004, p. 4).

La rebelión era «una situación de una insurrección de corto plazo contra la autoridad de un Estado» (Falk, 1964, pp. 197-199, citado en Cullen, 2010, p. 8).⁹ El derecho internacional no regulaba la protección que correspondía a las personas que tomaban parte en una rebelión (Wilson, 1988, pp. 23-24, citado en Cullen, 2010, p. 10). En el antes mencionado caso Tadić, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia afirmó que esto se debía a que los Estados trataban este tema como un

8 Cabe en este punto hacer la acotación del caso particular de los «pueblos que luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación», quienes, según el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I de 1977, se encuentran en un conflicto armado internacional (Salmón, 2016, p. 121).

9 Traducción propia.

asunto interno concerniente a su soberanía (TPIY, 1995, párrafo 96, citado en Cullen, 2010, p. 9).

La segunda categoría, la insurgencia, implicaba que los rebeldes ya constituían una mayor y más fuerte amenaza (Dhokalia, 1971, pp. 225-226, citado en Moir, 2004, p. 4), y contaban con un mayor nivel de organización. Algunos autores señalan que este es un concepto de «cajón de sastre», debido a la falta de definición concreta de esta figura, más allá del solo nivel mayor de intensidad respecto a la rebelión (Falk, 1964, p. 199, citado en Cullen, 2010, pp. 10-11).

El mismo Estado o un tercer Estado ajeno al conflicto podía realizar el reconocimiento de la insurgencia. De esta manera, «el reconocimiento de la insurgencia ocurre por necesidad cuando los intereses del gobierno *de iure* o de un tercer Estado son afectados por el conflicto, requiriéndose el establecimiento de relaciones con la parte insurgente» (Cullen, 2010, p. 11).¹⁰

Respecto a la beligerancia, su reconocimiento implicaba que el derecho internacional reconocía a ambas partes como iguales (Moir, 2004, p. 5). En ese sentido, ella se distingue de la insurgencia porque exige un mayor nivel de intensidad (Wilson, 1988, pp. 22-29; Cullen, 2010, p. 4). Así mismo, dicho reconocimiento «podía ser otorgado por el gobierno del Estado en donde ocurría el conflicto o por algún tercer Estado» (Moir, 2004, p. 5).¹¹

Según Moir, en lo que respecta a los Estados Unidos y el Reino Unido, se puede rastrear el nacimiento de la doctrina del reconocimiento de beligerancia hasta los primeros años del siglo XIX (Smith, 1975, pp. 261-333; Moore, 1906, pp. 164-205, citados en Moir, 2004, p. 6). En ese sentido, el reconocimiento de la condición de beligerante por parte de terceros estaba ge-

10 Traducción propia.

11 Traducción propia.

neralmente vinculado a la práctica de declararse como Estado neutral (Möller, 1935, parte II, p. 157; Brierly, 1963, p. 141; Castren, 1966, p. 168, citados en Moir, 2004, p. 7). No obstante, «no había ningún requerimiento por parte de los terceros Estados de ser neutrales».¹² La declaración de neutralidad obligaba al Estado que la realizaba a tratar a los beligerantes de una manera equitativa (Seger, 2014, p. 250).

El *ius in bello* regulaba el conflicto armado como consecuencia del reconocimiento de beligerancia hecha por el Estado en el cual tenía lugar el conflicto armado (Lawrence, 1923, p. 64; Castre, 1966, pp. 135-137; Stone, 1959, p. 305; Oppenheim et al., 1906, vol. 2, p. 66, citados en Moir, 2004, p. 10). Sin embargo, esto no implicaba que el reconocimiento se realizara por motivos de naturaleza humanitaria (Hill-Cawthorne, 2015, p. 299).

Es solo a partir de la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949 que existe una regulación internacional convencional en torno a los conflictos armados no internacionales (Salmón, 2016, p. 121). El artículo 3 común a dichos Convenios es el único dedicado a la regulación de los conflictos armados internos (Salmón, 2016, p. 121). A pesar de no establecer una definición (pp. 132-133), sí ofrece un elemento importante. Al mencionar que «cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones», obliga también a los grupos armados organizados (Kleffner, 2011, p. 2; Salmón, 2016, pp. 134-135).

En ese sentido, ya no es necesaria una declaración formal o reconocimiento de insurgencia y/o beligerancia para que los grupos armados organizados se vean vinculados por las normas del DIH (Salmón, 2016, pp. 124 y 132; Jiménez Piernas, 2000, pp. 12-13, citado en Salmón, 2016, p. 132). De esta manera, los

12 Traducción propia.

criterios para afirmar la existencia de un conflicto armado son objetivos, no subjetivos (Sandoz, Swinarski & Zimmermann, 1987, párrafo 4453, citado en Lozano & Machado, 2012, p. 52; Lozano & Machado, 2012, p. 66; Salmón, 2016, p. 132). Así mismo:

[s]egún algunos autores, esta visión tradicional habría perdido su fundamento en el mundo actual, como consecuencia de la evolución de los conflictos armados, el desarrollo del DIH y la desaparición de la práctica del reconocimiento de la beligerancia, que, en el pasado, hubiera determinado la aplicación de la integridad del marco del DIH en situaciones que de otra manera hubieran sido tratadas como guerras civiles. (Pedrazzi, 2010, pp. 68-69)¹³

En el caso Tadić, el TPIY (1995) expuso las razones por las cuales el derecho internacional se interesó por regular las situaciones de conflicto armado interno:

First, civil wars have become more frequent, not only because technological progress has made it easier for groups of individuals to have access to weaponry but also on account of increasing tension, whether ideological, inter-ethnic or economic; as a consequence the international community can no longer turn a blind eye to the legal regime of such wars. Secondly, internal armed conflicts have become more and more cruel and protracted, involving the whole population of the State where they occur: the all-out resort to armed violence has taken on such a magnitude that the difference with international wars has increasingly dwindled [...] Thirdly, the large-scale nature of civil strife, coupled

13 Traducción propia. Sobre la desaparición de la práctica del reconocimiento de la beligerancia, ver también Ingrid Deter (2000, p. 43) y Heather Wilson (1988, p. 27), citados en Clapham (2006a, p. 272).

with the increasing interdependence of States in the world community, has made it more and more difficult for third States to remain aloof: the economic, political and ideological interests of third States have brought about direct or indirect involvement of third States in this category of conflict, thereby requiring that international law take greater account of their legal regime in order to prevent, as much as possible, adverse spill-over effects. Fourthly, the impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrines, particularly after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has brought about significant changes in international law, notably in the approach to problems besetting the world community. A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. [...] It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned [...]. (párrafo 97)

En ese sentido, el TPIY resalta la importancia que ha cobrado para la sociedad internacional la regulación de los conflictos armados no internacionales, como resultado del proceso de humanización identificado por Carrillo Salcedo (1995, pp. 13-15, citado en Salmón, 2016, p. 32; Salmón, 2014a, p. 146; Salmón, 2006, p. 151). De acuerdo con esta nueva lógica, como se ha mencionado respecto del TPIY en el caso Tadić, no existe razón por la cual los seres humanos, en el marco del DIH, tengan protección en conflictos armados internacionales pero no en conflictos armados no internacionales.

En 1977 se adoptaron los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra. El Protocolo Adicional II¹⁴ regula los con-

14 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a

flictos armados no internacionales. No obstante, establece un régimen especial aplicable solo a determinados conflictos armados no internacionales que cumplan con los requisitos estipulados en su artículo 1 (Salmón, 2016, pp. 124, 127-130, 132, 138), que son:

[Q]ue se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo. (artículo 1)

Como ya se indicó, en la actualidad muy pocos conflictos armados cumplen con estos requisitos (Salmón, 2016, p. 124). Por ejemplo, en el caso del conflicto armado colombiano, los grupos armados sí llegaron a controlar una parte del territorio del Estado (CICR, 2016b, p. 33). Por lo tanto, a pesar de su importancia en el escenario internacional actual, muchas veces los conflictos armados no internacionales solo cuentan con una regulación convencional muy exigua (Salmón, 2016, pp. 124, 131-132 y 138), aunque este problema pueda ser salvado en el ámbito consuetudinario (Salmón, 2016, p. 55).

Las normas aplicables a todos los conflictos armados no internacionales son, entonces, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, las normas consuetudinarias y los principios generales del derecho internacional humanitario (Salmón, 2016, pp. 124, 132 y 138). A la vez, ciertos conflictos armados no internacionales también estarán dentro del ámbito

la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Adoptado el 8 de junio 1977.

de aplicación del Protocolo Adicional II, cuando cumplan con los requisitos recién señalados (Salmón, 2016, pp. 124, 127-130, 132 y 138).

Los grupos armados organizados son actores centrales en los conflictos armados no internacionales, porque su sola presencia como parte en el conflicto le brinda su carácter no internacional, con los matices que se revisarán en líneas posteriores (CICR, 1975, p. 210, citado en Mangas, 1999, p. 57, citado en Salmón, 2016, pp. 84 y 121-122; Salmón, 2016, p. 84). Esto es así porque un conflicto armado internacional, por contraste, tiene un carácter interestatal, salvo en los casos de movimientos de liberación (Salmón, 2016, 85; CICR, 1975, p. 210, citado en Mangas, 1999, p. 57, citado en Salmón, 2016, pp. 84 y 121-122; Salmón, 2016, p. 84). Como se ha mencionado, al ser los conflictos armados no internacionales, conocidos también como CANI, el tipo de conflicto armado más frecuente en la actualidad, esto tiene un efecto directo en la importancia de la actuación de los grupos armados (Gleditsch et al., 2002, p. 615, citado en Crawford, pp. 1 y 14, citado en Hill-Cawthorne, 2015, p. 294). Junto con los Estados, los grupos armados son los actores llamados a cumplir con las disposiciones del DIH, según el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional II de 1949 y las normas consuetudinarias (Salmón, 2016, pp. 124, 132, 134-135 y 138; Kleffner, 2011, p. 2; Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, citado en Kleffner, 2011, p. 2), como se explicará en líneas posteriores.

1.2.2. Los grupos armados organizados en el conflicto armado internacional: el protagonismo de los Estados

Siguiendo la definición de Tadić, existe un conflicto armado internacional cada vez que dos o más Estados recurren a la

fuerza para atacarse entre sí. Como ya se mencionó, la característica «internacional» del conflicto se determina por la naturaleza de sus partes: los Estados (o bien Estados y movimientos de liberación nacional) (CICR, 1975, p. 210, citado en Mangas, 1999, p. 57, citado en Salmón, 2016, pp. 84 y 121-122; Salmón, 2016, p. 84). Según el artículo primero del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante, PAI), los supuestos del conflicto armado internacional son:

1. El enfrentamiento entre dos o más Estados.
2. Los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque no se encuentre resistencia militar.
3. La lucha de un pueblo contra la dominación colonial y/o la ocupación extranjera y/o los regímenes racistas. (Salmón, 2016, p. 85)

Hoy en día ya no es necesario que exista una declaratoria formal de guerra (Kotzsch, 1956; Dinstein, 1988, p. 8, citados en Greenwood, 2008, párrafos 202-203; Fleck, 2008b, párrafos 202-203; Salmón, 2016, p. 85). De acuerdo con lo indicado, uno de los supuestos de un conflicto armado internacional, según el Protocolo Adicional I,¹⁵ son los casos de ocupación, aun cuando esta no encuentre resistencia (Salmón, 2016, p. 85). Resalta, por ejemplo, el caso del territorio palestino ocupado por Israel (CIJ, 2004, párrafos 73 y 78). En esta misma línea, las reglas aplicadas a los conflictos armados internacionales «también son aplicables en caso de que un Estado declare la guerra pero no participe en hostilidades» (Schindler, 1979,

15 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, artículo 1.

p. 132, citado en Greenwood, 2008, párrafo 202).¹⁶ Se puede mencionar al respecto el caso de los Estados de Latinoamérica, que declararon la guerra en la Segunda Guerra Mundial pero en los hechos no llevaron a cabo ningún acto hostil (Schindler, 1979, p. 132, citado en Greenwood, 2008, párrafo 202).

De esta manera, las normas aplicables a las situaciones antes descritas son «los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I de 1977 [...], los principios del DIH y las Reglas de La Haya sobre medios y métodos de combate» (Salmón, 2016, p. 87).

Respecto a los grupos armados organizados, en el contexto de un conflicto armado internacional (en adelante, CAI) estos tienen que pertenecer *de facto*, es decir, luchar en favor de una de las partes del conflicto (que son Estados) (Melzer, 2009, p. 23). Si existiesen, por ejemplo, fuerzas armadas disidentes o milicias, estos grupos tendrían que actuar en nombre de alguno de los Estados partes del conflicto (Melzer, 2010, p. 838; 2009, p. 23; Salmón, 2016, pp. 94-95). De lo contrario se estaría hablando de dos o más conflictos armados que se dan al mismo tiempo: uno internacional (entre Estados) y uno o unos no internacional(es) (entre alguno o algunos de los Estados y uno o varios grupos armados organizados) (CICR, 2011a, citado en Melzer, 2009, p. 24; Melzer, 2009, p. 24; Salmón, 2016, p. 159).

En ese sentido, se puede atribuir su actuación, sea por la teoría del control efectivo o por la teoría del control general, al Estado en beneficio del cual están luchando (Salmón, 2016, pp. 155-159).

16 Traducción propia. No obstante, cabe mencionar que desde la aprobación de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, la declaratoria de guerra se encuentra vetada por la prohibición del uso de la fuerza establecido en su artículo 2.4.

El estándar del control efectivo fue establecido por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* en 1986 (Salmón, 2016, p. 157). Dicho tribunal determinó que:

The Court has taken the view that United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the contras, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the contras in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the contras without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had *effective control* of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed. (CIJ, 1986, párrafo 115) (Cursivas nuestras)

En el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) estableció en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* el siguiente estándar:

Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al

Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. (Corte IDH, 2006, párrafo 111)

Es decir, el Estado puede ser encontrado responsable internacionalmente por la actuación de privados (por ejemplo, grupos paramilitares) cuando no cumpla con el deber de garantizar y proteger a la población bajo su jurisdicción de peligros que eran previsible.

En lo que corresponde al derecho penal internacional (DPI), el TPIY estableció el criterio del «control general» para determinar la existencia de un vínculo entre un grupo armado organizado y un Estado parte del conflicto (Salmón, 2016, pp. 156-158):

One should distinguish the situation of individuals acting on behalf of a State without specific instructions, from that of individuals making up an organised and hierarchically structured group, such as a military unit or, in case of war or civil strife, armed bands of irregulars or rebels. Plainly, an organised group differs from an individual in that the former normally has a structure, a chain of command and

a set of rules as well as the outward symbols of authority. Normally a member of the group does not act on his own but conforms to the standards prevailing in the group and is subject to the authority of the head of the group. Consequently, for the attribution to a State of acts of these groups it is sufficient to require that the group as a whole be under the overall control of the State. (TPIY, 1999, párrafo 120)

El criterio de control efectivo de la CIJ determinó un nivel de control mucho mayor por parte del Estado (Salmón, 2016, p. 157). En contraste, el control general exige únicamente que la actuación del grupo armado se encuentre bajo los lineamientos e instrucciones del Estado (TPIY, 1999, párrafos 117, 118-123 y 137 y ss; TPIY, 2003, párrafo 198, citados en Salmón, 2016, pp. 156-158). Con posterioridad a estas decisiones, la propia CIJ ha afirmado que el criterio establecido en el caso Tadić sirve para determinar si el conflicto armado es internacional o no internacional y, por su parte, que el criterio de control efectivo lo es para analizar la posibilidad de encontrar a un Estado responsable internacionalmente, de modo que corresponden a dos lógicas diferentes (CIJ, 2007, párrafos 404-407; Salmón, 2016, p. 158). Por lo tanto, consideramos que sería suficiente la existencia de un control general para afirmar que en los hechos existe un conflicto armado, independientemente de si dicho vínculo es suficiente para establecer la responsabilidad estatal internacional objetivamente.

1.3. La realidad de los grupos armados frente al funcionamiento y al reclutamiento

Consideramos necesario, para los fines de esta investigación, esbozar algunas ideas sobre las distintas formas en las que fun-

cionan los grupos armados. El derecho internacional humanitario tiene la labor de regular las situaciones de conflicto armado, tratando de humanizarlas en la mayor medida posible (Salmón, 2016, pp. 13, 16, 19, 27 y 55). Por ello, creemos esencial entender cuál es la realidad de los grupos armados organizados actualmente para poder identificar las razones por las cuales el derecho internacional humanitario y, como desarrollaremos posteriormente, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional (Tan, 2014, pp. 142 y 149), han respondido de la manera en que lo han hecho.

1.3.1. La estructura de funcionamiento de los grupos armados

Este trabajo no busca hacer un análisis extenso y complejo del funcionamiento de todos los grupos armados organizados existentes. Dada la enorme diversidad de estos, tal tarea demandaría un análisis más profundo que el que aquí podemos hacer. Aquí solo pretendemos esbozar la regulación general a todos los grupos armados organizados, por lo que una caracterización general de ellos resulta suficiente. Un análisis más detallado sería más propicio para una investigación que, por ejemplo, proponga protocolos de acción para negociar con distintos grupos armados organizados.

Un primer paso para entender el funcionamiento de los grupos armados organizados es determinar su estructura. Según Sinno (2011, p. 6), hay seis formas en las que se organizan las estructuras internas de los grupos armados organizados:

1. Centralizada: aquellos en los cuales la distribución del poder de decisión se concentra en los individuos con mayor rango (Sinno, 2011, p. 6). Es el caso, en el Perú, de Sendero Luminoso (Sinno, 2011, p. 8).

2. Descentralizada: aquellos en los que los individuos pertenecientes al segundo nivel de la organización cuentan con un amplio poder de decisión (Sinno, 2011, p. 6). Son más resistentes en ambientes hostiles, debido a que cuentan con un mayor nivel de autonomía (Sinno, 2011, p. 9). Este es el caso de los muyahidines (islámicos) (Sinno, 2011, p. 11).
3. En red: aquellos que operan en más de un Estado. Es el caso de Al Qaeda o ISIS (Sinno, 2011, p. 6; Marguiles y Sinnot, 2015, pp. 319 y 328-341). Estos grupos «se organizan [en] pequeñas unidades independientes en red en forma de enjambres» (Guillem, 2014, p. 4, citado en Prado Pérez, 2015, pp. 192-193).
4. De tipo patrocinador-cliente: aquellos en los cuales «una parte (el patrocinador) asigna un recurso o es capaz de prestar un servicio a otra parte (el cliente) que lo necesita y que, a cambio, está dispuesta a brindar lealtad, apoyo general y asistencia» (Sinno, 2011, pp. 6-7). Como ejemplo se puede mencionar la ocupación de Afganistán por la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (2011, p. 19).
5. Múltiples y fragmentadas: los múltiples son aquellos que constan de «dos a cuatro organizaciones», mientras que los fragmentados están compuestos por «cinco o más organizaciones» (Sinno, 2011, p. 7).

En esta línea, la estructura de la organización impacta sobre la gama de posibilidades estratégicas de los grupos armados (Sinno, 2011, p. 14). Por ejemplo, aquellos con estructuras descentralizadas tienen «mayor flexibilidad [de actuación] a nivel local» (p. 15). Así mismo, los grupos con una organización descentralizada pero «sin espacio seguro» no «pueden coordinar acciones en gran escala, manipular la información e imponer

disciplina a sus componentes para que cumplan esas directivas» (pp. 10-11).

Por otra parte, el funcionamiento de los grupos armados también se puede analizar a partir del capital antisocial, en contraste con capital social, como lo realizaron Nussio y Oppenheim (2014, pp. 999-1023). Según Moser, se entiende por «capital social»: «the rules, norms, obligations, reciprocity and trust embedded in social relations, social structures and a society's institutional arrangements that enable its members to achieve their individual and community objectives» (Moser, 2001, p. 43, citado en Urban Walker, 2009, p. 41).

En contraste, el capital antisocial puede ser definido como mecanismos que contienen las siguientes características:

[...] de creación de fuertes lazos entre los miembros. Dentro de un grupo ilícito, el capital anti-social sirve a una importante función demostrativa: al participar en varios actos y ritos, miembros de los grupos armados demuestran confianza, valentía y dedicación al grupo [...] [e] intentan erosionar la confianza entre los grupos armados y los extraños [...]. (Nussio & Oppenheim, 2014, p. 1002)¹⁷

Por lo tanto, el capital antisocial es una herramienta importante para entender cómo son las relaciones de poder dentro de los mismos grupos armados organizados.

En ese sentido, los miembros de grupos armados organizados suelen ser muy hostiles y desconfiados hacia el resto de la sociedad (2014, p. 1000). Uno de los mecanismos que se utilizan para lograr este fin es «la comisión de actos anti-sociales» (p. 1003).¹⁸ En los grupos armados, esto se traduce en la

17 Traducción propia.

18 Traducción propia.

desconfianza del Estado, con vínculos sociales y políticos muy débiles (p. 1004). Acorde con esta noción de capital antisocial, Theidon concuerda con Diken y Bagge Lausten al afirmar que la perpetración de actos atroces como la violación genera un sentimiento de culpa que une a los miembros de los grupos armados (Theidon, 2012, p. 132).

Se debe resaltar, no obstante, que dentro de un mismo grupo armado organizado pueden existir una variedad de experiencias (Nussio & Oppenheim, 2014, p. 1018). En el caso colombiano, un estudio realizado con 1485 personas, entre hombres y mujeres, todos desmovilizados, brinda luces al respecto (p. 1006). Entre los resultados de ese estudio se destaca el hecho de que aquellas personas que ingresaron a formar parte del grupo antes de los 18 años de edad poseen un capital antisocial más fuerte (pp. 1008-1009 y 1012). Esto tiene un correlato con el alto nivel de integración y confianza con el grupo, al que se llega a ver como una familia o un sustituto de ella (p. 1011). A pesar de esto, dicho estudio también identificó «evidencia [de] que los combatientes más vulnerables (como los ex niños soldados) podrían ser los más pasibles de desvincularse del grupo» (p. 1018).¹⁹

El estado de los miembros de los grupos armados antes explicado sirve como base para apuntar a un entendimiento que permita lograr una regulación apropiada de la gama de obligaciones y responsabilidades que tienen el grupo armado y sus líderes para con ellos.

1.3.2. El reclutamiento, el uso en las hostilidades y las formas de violencia dentro de los grupos armados

En este acápite expondremos las diversas formas de violencia a las que se ven expuestos y expuestas los miembros de los gru-

19 Traducción propia.

pos armados organizados, desde el reclutamiento, incluyendo no solo a niños y niñas sino también a los adultos.

1.3.2.1. El reclutamiento y el uso para participar en las hostilidades

Una vez que se ha constituido el grupo armado organizado, el problema es cómo conseguir nuevos miembros para fortalecerse. Tanto los miembros originales como los nuevos pueden conseguirse de dos formas: voluntaria o involuntaria (CICR, 2005b, p. 15, citado en Melzer, 2009, pp. 32-33).

En la sentencia contra Thomas Lubanga Dyilo, la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) afirma que el reclutamiento de nuevos miembros se puede hacer vía el alistamiento (forma voluntaria) o la conscripción (forma involuntaria).²⁰ Este es la terminología adoptada por el Estatuto de Roma²¹ en su versión oficial en inglés: «Article 8.2.b.xxvi. Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities».

La versión oficial en español utiliza un lenguaje similar, pero identifica la conscripción con el reclutamiento: «Artículo 8.2.b.xxvi. Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades».

La sentencia contra Thomas Lubanga y la protección de los niños soldados serán desarrolladas con mayor profundidad en el tercer capítulo de este trabajo. Por ahora, baste resaltar que

20 Un tema particular es la cuestión de los niños y niñas que tienen padres y madres miembros de grupos armados organizados y que se vuelven parte de estos (Pachón, 2009, pp. 8-9; Pachón, 2015, pp. 36-37).

21 Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Adoptado el 17 de julio de 1998.

los estándares en materia de protección desarrollados en dicha sentencia son importantes debido a que imponen obligaciones concretas a los líderes de grupos armados y a los Estados. De esta manera, no se trata más de consideraciones éticas (Nicholson, 2016), sino de exigencias jurídicas que acarrearán consecuencias también jurídicas si son incumplidas.

La utilización de niños soldados, tanto por los grupos armados como por las fuerzas armadas estatales, tiene una naturaleza estratégica (Tynes & Early, 2015, p. 35); es decir, el «uso de niños soldados por los gobiernos y grupos rebeldes aparenta estar fuertemente determinado por las interacciones y competencia con el otro y por la naturaleza del conflicto [...]» (2015, p. 35).²² Sin embargo, dicho estudio también «encontró que los rebeldes [grupos armados] cuentan con una mayor probabilidad de usar niños soldados que los gobiernos» (pp. 35-37).²³

En la actualidad, y desde hace algunas décadas, los efectos de los conflictos armados en los niños han constituido una gran preocupación a nivel internacional (Tan, 2014, p. 132). Es en este escenario que el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU) creó el Grupo de Trabajo sobre los Niños y los Conflictos Armados mediante Resolución 1612, en el año 2005. El mandato de dicho grupo consiste en «examinar los informes del mecanismo [de supervisión y presentación de informes en relación con los niños y los conflictos armados]; pasar revista a la marcha de la preparación y ejecución de los planes de acción [para poner fin a la participación de niños en conflictos armados]; y examinar la demás información pertinente que le sea presentada» (Consejo de Seguridad, 2005, párrafos 2-3 y 7-8; Consejo de Seguridad, 2004, párrafo 5). Además, tiene la función de elaborar «recomendaciones sobre posibles

22 Traducción propia.

23 Traducción propia.

medidas para promover la protección de los niños afectados por un conflicto armado» y, de la misma forma, «[d]irigirá solicitudes [...] a otros órganos del sistema de las Naciones Unidas para que tomen medidas en apoyo de la aplicación de la [...] resolución [1612]» (Consejo de Seguridad, 2005, párrafo 8).

Los informes que ha expedido este grupo de trabajo resultan de suma importancia para entender cuál es el panorama actual de la situación de los niños en relación con los conflictos armados, específicamente con los grupos armados. Por ejemplo, el presidente del Grupo de Trabajo afirmó respecto al caso de Mali que condena lo siguiente:

todas las violaciones y abusos de los derechos de los niños cometidos en Mali, e instando a las partes a que preven- gan y pongan fin de inmediato a todas las violaciones del derecho internacional aplicable, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños, el secuestro, las muertes y mutilaciones, las violaciones y otras formas de violencia sexual, los ataques contra escuelas y hospitales y la denegación de acceso con fines humanitarios, y recordándoles que sobre ellas recaen obligaciones dimanantes del derecho interna- cional. (Grupo de Trabajo..., 2014c, párrafo 6.a)

Con respecto a la República Democrática del Congo, el Grupo de Trabajo exhortó a las partes del conflicto armado a liberar «a los niños que tengan en sus filas y [a que] adopten medidas específicas e inmediatas para prevenir y poner fin a las violaciones y otras formas de violencia sexual cometidas contra niños por miembros de sus grupos respectivos» (Grupo de Trabajo..., 2014b, párrafo 6.e).

En el caso de Siria, por otro lado, el presidente del Grupo de Trabajo condenó explícitamente las acciones del «Ejército Sirio Libre (ESL) y grupos afiliados a él, grupos del Kurdistán

sirio, [...] el Estado Islámico del Iraq y el Levante (EIIL) – Frente Al-Nusrah y demás personas, grupos, empresas y entidades asociados con Al-Qa[e]da», por el «reclutamiento y la utilización de [niños soldados]» (Grupo de Trabajo..., 2014a, párrafos 6.b i y iii).

Finalmente, en el Informe anual de la representante especial del secretario general para la cuestión de los niños y los conflictos armados de 2014, esta llama la atención sobre el caso de las niñas (y niños) secuestradas por Boko Haram (párrafo 3). De la misma manera, muestra su preocupación por la «explotación sexual de niñas yazidiez [...] y la utilización de niños soldados [por parte del Estado Islámico – EIIL]» (párrafo 3). Así mismo, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estos niños se ve agravada porque en varias ocasiones las acciones tomadas contra los grupos armados originan que los menores participen en las hostilidades (párrafo 3).

A estas violaciones es necesario agregar la negativa a recibir asistencia humanitaria²⁴ que afectaron a los niños y niñas (Representante especial del secretario general..., 2014, párrafo 6). En ese caso, una situación ya grave es empeorada porque, además de no poder contar con los servicios necesarios por parte de las autoridades, los niños y niñas tampoco pueden recibir nada de instituciones que brindan ayuda humanitaria. Es en esta línea que la representante declaró que en la actualidad son los niños y niñas quienes se encuentran en mayores situaciones de vulnerabilidad en contextos de conflictos armados (párrafo 7).

24 La asistencia humanitaria «sería la oferta de ayuda o socorro, sin discriminación alguna, que, por razones de humanidad, prestan los Estados, organismos intergubernamentales y no gubernamentales a las víctimas de catástrofes naturales, de conflictos armados, crisis políticas y otros desastres que afectan los derechos y libertades básicas de las personas» (Valencia Villa, 2003, pp. 30-31, citado en Salmón, 2014, p. 79).

En este contexto, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF por sus siglas en inglés), junto con la representante especial, pusieron en marcha la campaña «Niños, no Soldados», programa que busca erradicar el reclutamiento y la utilización de niños soldados por parte de las fuerzas armadas de los Estados (párrafo 10). Desde el inicio, Afganistán, Chad, Myanmar, República Democrática del Congo, Sudán, Sudán del Sur, Somalia y Yemen se mostraron favorables a la campaña (Secretario general de las Naciones Unidas, 2014, citado en Representante especial del Secretario General..., 2014, párrafo 15). En el informe del 2015 sobre el tema se resaltaron las acciones tomadas en el marco de esta campaña (Representante especial del Secretario General..., 2015, párrafos 27-37).

De parte de los grupos armados, muchos han asumido compromisos respecto a poner fin a la práctica de la utilización de niños soldados: el Frente Moro de Liberación Islámica (MILF, por sus siglas en inglés), proveniente de Filipinas, reafirmó el compromiso de erradicar la práctica de reclutamiento y utilización de niños soldados (2015, párrafo 22). Por otro lado, se logró la liberación de aproximadamente 70 niños en la República Centroafricana, como fruto del compromiso de los excombatientes de Seleka para poner fin a estas prácticas (párrafo 23). Este mismo proceso se siguió con distintos grupos armados. Sobre este tema, también es de resaltar como un resultado positivo la adopción del Acuerdo de Cesación de Hostilidades en la República Centroafricana (párrafo 23). Resultados similares se han logrado en Mali (párrafo 26),²⁵ Si-

25 «En Mali, la dirección conjunta del Movimiento Nacional para la Liberación de Azawad y el Movimiento Árabe de Azawad firmó órdenes para prohibir las seis violaciones graves de los derechos del niño y concedió a las Naciones Unidas acceso para verificar el cumplimiento. El diálogo con otros grupos armados está en curso».

ria (párrafo 26),²⁶ Sudán del Sur (párrafo 25),²⁷ Sudán (párrafo 24)²⁸ y Yemen (párrafo 26)²⁹. Así mismo, es preciso relevar que, en el caso colombiano, el nuevo acuerdo de cesación de hostilidades «presta especial atención» a las niñas y los niños, entre otros grupos vulnerables (Estado de Colombia y FARC, 2016, p. 3). En lo que respecta al reclutamiento de niños y niñas soldados, estos se encuentran en los supuestos no amnistiables ni objeto de indulto, de renuncia a la persecución penal, de

26 «También se habló con grupos armados en la República Árabe Siria que prometieron poner fin e impedir el reclutamiento y la utilización de niños, así como otras violaciones graves, incluidos los ataques a escuelas y hospitales, y el uso de las escuelas con fines militares».

27 «En mayo de 2014, la Representante Especial se reunió en Addis Abeba con Riek Machar, ex-Vicepresidente de Sudán del Sur y dirigente del Ejército/Movimiento de Liberación del Pueblo del Sudán en la Oposición, a quien le transmitió sus preocupaciones sobre los informes que señalaban que sus fuerzas reclutaban y utilizaban, mataban, mutilaban o violaban a un gran número de niños. La Representante Especial logró que se firmara un compromiso para poner fin al reclutamiento y la utilización de niños y a todas las graves violaciones contra los niños, y se emitieron órdenes a raíz de la reunión. Sin embargo, en el momento en que se redactó este informe, el compromiso aún no se aplicaba y ambas partes seguían cometiendo violaciones contra los niños».

28 «En el Sudán, tras las actividades de promoción de las Naciones Unidas, varios actores no estatales emitieron órdenes o pusieron en marcha campañas internas de sensibilización sobre la protección de los niños y la prohibición de su reclutamiento y utilización. En agosto de 2014, Minni Minnawi, líder de una facción del Ejército de Liberación del Sudán, siguió cumpliendo su compromiso poniendo en marcha un mecanismo para poner fin al reclutamiento y la utilización de niños soldados. Sheikh Musa Hilal también inició un plan estratégico de base comunitaria, que recibió el apoyo de los líderes de cinco tribus. El plan estratégico se concibió para frenar la utilización de niños como combatientes en enfrentamientos intraétnicos o interétnicos».

29 «En el Yemen, el equipo de tareas de las Naciones Unidas sobre vigilancia y presentación de informes se puso en contacto con el grupo armado Al-Houthi y entabló un diálogo sobre un proyecto de plan de acción, pese a la difícil situación de seguridad».

libertad transitoria condicionada y anticipada ni de privación de libertad en unidad militar o policial.³⁰

En ese sentido, en uno de los informes más recientes sobre los niños en los conflictos armados se destaca la importancia de la antes mencionada campaña en el proceso de paz entre las FARC y Colombia (Representante especial del Secretario General..., 2017, párrafo 17). Así mismo, se resaltaron los siguientes logros:

Los contactos de las Naciones Unidas con los grupos armados no estatales dieron lugar también a la firma de dos nuevos planes de acción, en Mali y el Sudán, mientras que en la República Centroafricana salieron de grupos armados 3.897 niños y en Filipinas salieron del brazo militar del Frente Moro de Liberación Islámica (FMLI) más de 1.850 niños. (párrafo 18)

1.3.2.2. Las formas de violencia intrafilas

El reclutamiento forzado no es la única forma de violencia que pueden experimentar los miembros de un grupo armado. Una vez que ha logrado reclutar a la persona, el grupo puede someterla a prácticas de tortura y cometer distintos tipos de violencia sexual (Rodenhäuser, 2016a, p. 22; Grey, 2014b, p. 603) (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otras formas de violencia sexual).³¹ Acerca de este tema, por ejemplo, un informe de *Human Rights Watch* sobre los actos de violencia cometidos dentro del grupo armado Mojahedin Khalq Organization (MKO) encontró que dicho grupo detenía e incluso torturaba a

30 Ibidem, párrafos 151, 295 (Ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales, artículo 22), 304 (artículos 45 y 46), 306 (artículo 50) y 308 (artículo 55).

31 Estatuto de Roma, 1998, artículo 8.

los miembros que no compartían la ideología del grupo o estaban planeando dejarlo (Human Rights Watch, 2005, pp. 2, 10 y 14). Es necesario, además, reconocer que hombres y mujeres, y niños y niñas, experimentan estos tipos de violencia de manera diferente y en distintos grados (Salmón, 2016, p. 104).

Por ejemplo, en el ámbito latinoamericano, el Informe del CICR sobre la situación humanitaria en Colombia en 2014 afirma que «[m]ás de la tercera parte de los casos de presuntas infracciones al DIH y otras normas básicas documentadas por el CICR en 2014 tuvieron como víctimas a mujeres (322 de 875 casos)» (CICR, 2015, p. 41). Si las mujeres no cumplen con las tareas asignadas por los grupos armados, se les castiga con actos como desnudamientos públicos (2015, p. 41). Es decir, las mujeres son víctimas de distintos tipos de violencia no solo cuando forman parte de la población civil, sino también cuando pertenecen a los grupos armados (Urban Walker, 2009, pp. 19-20). Su condición de mujer también es un agravante respecto de los tipos de violencia que se sufren en situaciones de conflicto armado (2009, p. 23).

Segato argumenta, por ejemplo, que como parte de las nuevas formas de conflictos armados, los distintos actos de violencia sexual se han convertido en métodos centrales de guerra (Segato, 2014, p. 19), y recalca el nivel significativo que alcanza la violencia sexual en conflictos armados:

El cuerpo, y muy especialmente el cuerpo de las mujeres, por su afinidad arcaica con la dimensión territorial, es, aquí, el bastidor o tableta sobre la cual los signos de adhesión son inscritos. Codificados atributos de pertenencia son burilados o anexados al mismo. Y en él, en especial el cuerpo femenino y feminizado, los enemigos de la red graban con saña las señales de su antagonismo. (2014, pp. 36-37)

En ese sentido, «[d]urante el conflicto, algunas formas de coerción y violencia que son normativas en la vida ordinaria son más posibles de escalar más allá de los límites ordinarios» (Urban Walker, 2009, p. 31).³²

Así, en lo que respecta a la violencia intrafilas, diversos tipos de violencia sexual pueden ser cometidos con el objetivo de «mantener el orden al interior de la organización armada y la efectividad de sus combatientes» (Caicedo Delgado, Buenahora Streithorst & Benjumea Rúa, 2009, p. 26), como «prácticas de control de la natalidad [...] y la regulación de las relaciones sexuales» (2009, pp. 26 y 27), o con base en «las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres», como acoso o violación por la posición de poder que el hombre tiene dentro del grupo armado (p. 27).

Así, por ejemplo, en el caso Mancuso en Colombia, se legalizaron dos cargos (del «Grupo de hechos de Salvatore Mancuso y otros») por «práctica de matar o desaparecer personas integrantes del propio grupo armado ilegal por indisciplina y sus colaboradores por incumplimiento de convenios».³³

En aquellas sociedades donde la pureza y el honor de la mujer son vistos como un valor esencial, el uso de la violencia sexual es más usual y más intenso (Milner & Schmidt, 1999, pp. 10-11, citado en Barrow, 2010, p. 5). En dichos contextos, se equipara a la pureza de una mujer con la integridad de la comunidad a la que esta pertenece (Urban Walker, 2009, p. 35). En ese sentido, las mujeres pueden ser atacadas

32 Traducción propia.

33 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, 2014, párrafos 61-62, 723, 730, 740-741, 923-931, 937-948, 1049-1062, 1115, 1120-1125, 1166-1167, 1179-1180, 1195-1196, 1123-1124, 1324-1325, 1334-1335, 1346-1347, 1403-1404, 1410-14011, 1415-1416, 1423-1424, 1439-1440, 1531, 1602-1603, 1617, parte resolutive PRIMERO, CUARTO, SEXTO y OCTAVO.

cuando se les considera como el capital social que une a la comunidad (2009, p. 41).

No obstante, es importante recordar que los problemas propios a los que se enfrentan las mujeres en los contextos de conflicto armado no se limitan a la violencia sexual como civiles (Kinsella, 2006, pp. 165-166; Durham & O'Byrne, 2010, pp. 37-45 y 51-52). En vista de que las mujeres no son únicamente actores pasivos en los conflictos armados, es necesario desechar aquella antigua distinción identificada por varios autores en cuanto al binomio hombre/mujer con protector/protegido, en el que las mujeres son vistas solo como víctimas y los hombres como los combatientes que cumplen el rol protector (Kinsella, 2006, p. 166).³⁴ Las fuerzas armadas, ya sea del Estado o un grupo armado, cuentan en sus filas con mujeres, y, desafortunadamente, con niños y niñas (DCAF y Geneva Call, 2011, p. 8).

No obstante, no hay que olvidar que los hombres también sufren un tipo de violencia de género particular. Un análisis con enfoque de género³⁵ de la violencia intrafilias no puede centrarse únicamente en la violencia que sufren las mujeres. Sellers ha resaltado el uso de «términos “reduccionistas”, reduciendo género a mujeres, y cuando nos referimos a la estrategia de género reduciéndola a la violencia sexual cometida contra mujeres y niñas», lo cual califica como «desafortunado» (Sellers,

34 Ver también: Stiehm, citado en Kinsella, 2004, p. 164; Gardam, 2014, pp. 1, 3-4; Charlesworth & Chinkin, 2000, p. 314; Gardam, 1993, p. 358. Sobre la dicotomía protector/protegido: Gardam, 1993. También Gardam, 1997, p. 57; Kinsella, 2004, p. 255; citados en Oosterveld, 2009, p. 394. Además, Durham & O'Byrne, 2010 pp. 37-45, 51-52.

35 Para los fines de esta investigación, el concepto de «género» se equipara a femenino y masculino, de acuerdo con el Estatuto de Roma (artículo 7, inciso 3). Un abordaje adecuado de la diversidad sexual existente implicaría una investigación aparte. Sin embargo, se reconoce la importancia de poder aplicar dicho enfoque también a la protección respecto de la violencia intrafilias.

2009, p. 304).³⁶ Es necesario, por lo tanto, analizar también qué tipo de violencia sufren los hombres por su condición de hombres (Grey, 2014b, p. 603). En esa línea, un estudio ha identificado tres formas de violencia de género que sufren los hombres en contextos de conflicto armado: masacres selectivas con base en el sexo, reclutamiento forzado y violencia sexual (Carpenter, 2006, p. 84).

La violencia sexual de la que son víctimas los hombres y aquella que sufren las mujeres en un conflicto armado son cualitativa y cuantitativamente diferentes entre sí (Gardam, 2014, p. 5). En lo que respecta a violencia sexual, el estudio antes mencionado identificó que la que más sufren los varones en el contexto de conflictos armados son la violación y la mutilación sexual, el ser forzados a cometer violaciones y la victimización secundaria por la violación de mujeres (Carpenter, 2006, pp. 94-97).

En ese sentido, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha emitido una serie de resoluciones en torno al tema de Mujeres, Paz y Seguridad: la Resolución 1325 (Consejo de Seguridad..., 2000), la Resolución 1820 (2008), la Resolución 1888 (2009a), la Resolución 1889 (2009b), la Resolución 1960 (2010), la Resolución 2106 (2013c), la Resolución 2122 (2013b), la Resolución 2242 (2015), la Resolución 2467 (2019a) y la Resolución 2493 (2019b). Como bien afirma su denominación, dichas resoluciones se centran en la relación y el rol que cumplen o deben cumplir las mujeres respecto a la paz y la seguridad. La Resolución 1325 llama a una mayor presencia de las mujeres en los procesos de «prevención, y resolución de conflictos» (Barrow, 2010, p. 10). Por otro lado, la Resolución 1820 trata el «entendimiento de la violencia sexual en los conflictos armados más allá del limitado alcance de las disposiciones de

36 Traducción propia.

los Convenios de Ginebra que se basan en consideraciones de género» (2010, p. 14). Respecto a lo recién expuesto, debemos destacar que la Resolución 2106 utiliza términos neutros como «víctimas» y/o «individuos», es decir, no solo mujeres, y que su preámbulo reconoce expresamente a los hombres como víctimas de violencia sexual (Gorris, 2015, p. 418). Por otro lado, mediante la Resolución 1888, el Consejo de Seguridad pidió al secretario general que designe a un/un/a representante especial y también a un grupo de expertos (Consejo de Seguridad..., 2009a, párrafos 4 y 8), es decir, al representante especial del secretario general sobre Violencia Sexual en Conflictos Armados³⁷ y al equipo de expertos sobre el Estado de derecho y la Violencia Sexual en los Conflictos.³⁸ Además, la Resolución 1960 habla de «violencia sexual relacionada con los conflictos, incluidas las violaciones en situaciones de conflicto armado y después de los conflictos y otras situaciones pertinentes para la aplicación de la Resolución 1888 (2009)» (Consejo de Seguridad..., 2010, párrafo 8).

No obstante, el mayor problema con estas resoluciones, además de que perpetúan el estereotipo de identidad entre las mujeres y la noción de víctimas (Barrow, 2010, p. 16), es que su ámbito se limita a la protección de civiles contra la violencia sexual (Sivakumaran, 2010, p. 271). Como señala bien este autor, los miembros de los grupos armados también deberían estar protegidos contra este tipo de violencia (2010, pp. 270-271).

En esta línea, también merecen protección no solo frente a la parte contraria en el conflicto, sino también frente al propio grupo armado o fuerza armada a la que pertenecen. Por ejem-

37 Ver página de la Oficina del representante especial del secretario general sobre Violencia Sexual en Conflictos Armados. *Acerca de la oficina*.

38 Ver página de la Oficina del representante especial del secretario general sobre Violencia Sexual en Conflictos Armados. *Equipo de Expertos*.

plo, a menudo las mujeres y niñas son víctimas de prácticas intrafilas como la violación sexual y otras formas de violencia sexual (Caicedo Delgado, Buenahora Streithorst & Benjumea Rúa, 2009, pp. 26-27 y 32-33). A su vez, la vulnerabilidad de los niños aumenta cuando han sido víctimas de reclutamiento forzado (Russell, 2007, p. 22; Representante Especial del Secretario General..., 2009, párrafo 17, citados en Sivakumaran, 2010, p. 270).

Respecto al tema de la violencia sexual, también resulta necesario mencionar la *Global Summit to End Sexual Violence in Conflict* (en adelante «Cumbre de Londres» o «Cumbre»), realizada en Londres en 2014 y organizada por el Reino Unido (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2014, p. 7). En el documento producto de dicho encuentro se identificaron los diversos pasos que se deben adoptar en el futuro respecto a este problema (2014, pp. 33-34):

1. Promover la implementación del Protocolo Internacional sobre Documentación e Investigación de Violencia Sexual en Conflictos.
2. Promover que más Estados ratifiquen o se adhieran al Estatuto de Roma y que lo implementen en su ordenamiento jurídico interno.
3. Reforzar la labor de los defensores y defensoras de derechos humanos y de la sociedad civil.
4. Promover la capacitación en temas de violencia sexual por parte de los gobiernos, sobre todo respecto a la disciplina y las fuerzas armadas.

Es preciso mencionar que el Resumen Ejecutivo de la Cumbre, en el punto 26, afirma que se debe usar un lenguaje que incluya tanto a hombres como a mujeres (p. 41).

Queda claro, entonces, que los miembros de los grupos armados se encuentran expuestos a una serie de tipos de violencia intrafilas, más allá del solo reclutamiento forzado y su posterior utilización para participar en las hostilidades. No obstante, esta materia no ha sido regulada debido a que se ha concebido tradicionalmente que la naturaleza del DIH es la regulación de la actuación de las partes del conflicto respecto la una de la otra (Sivakumaran, 2012, pp. 246-249, citado en Rodenhäuser, 2016a, p. 17; Rodenhäuser, 2016a, pp. 3 y 17-18; Grey, 2014b, p. 604). Sin embargo, mientras que la conducta de los Estados respecto de los miembros de sus fuerzas armadas está regulada por el derecho internacional de los derechos humanos (Rowe, 2014, pp. 537-540), no existe esta misma claridad en relación con la conducta de los grupos armados organizados respecto de sus miembros, por lo que es necesario un mayor desarrollo de este tema.

Este escaso desarrollo del asunto en cuestión se manifiesta en la antes mencionada concentración de las resoluciones del Consejo de Seguridad en torno a la protección contra la violencia sexual solo en caso de mujeres y, específicamente, de mujeres civiles. En esta misma línea, la mayoría de estudios sobre violencia sexual se centran en este tema, o en la violencia sexual usada contra el enemigo, dejando de lado la violencia sexual dentro del mismo grupo, con excepción de ciertos trabajos citados en las líneas anteriores (Rodenhäuser, 2016a, p. 22; Grey, 2014b, p. 603; Human Rights Watch, 2005, pp. 2, 10 y 14; Caicedo Delgado, Buenahora Streithorst & Benjumea Rúa, 2009, pp. 26-27). Además, no se toman en cuenta otros tipos de violencia que se dan dentro de los mismos grupos armados más allá de la violencia sexual, como la tortura y otros tratos crueles e inhumanos. Así mismo, es mucho más difícil identificar los sucesos que ocurren dentro de ellos, pues nor-

malmente se tiene acceso a información en torno a las acciones que toman contra el enemigo o contra la población civil. La relevancia de los casos de Thomas Lubanga y de Bosco Ntaganda parece configurar una ventana de oportunidad para atraer la atención a estos temas (Rodenhäuser, 2016a, p. 3), si se considera que, como se ha esbozado en este capítulo, los grupos armados organizados forman parte importante de los conflictos armados modernos, y que en ellos ocurren actos de violencia equiparables a los que suceden fuera, como la violencia sexual.

CAPÍTULO II

El estado actual de la regulación en el marco del derecho internacional humanitario respecto a los grupos armados

El derecho internacional humanitario está compuesto por una serie de reglas que norman la conducción de las hostilidades, así como la protección correspondiente a las víctimas del conflicto (Salmón, 2016, pp. 13, 16 y 27). Estas reglas tienen distinta naturaleza: se trata de principios, normas convencionales y también de la costumbre (2016, p. 53). Además de contar con una naturaleza propia, tienen también distintos sujetos activos y pasivos.

En las siguientes líneas analizamos las principales fuentes del derecho internacional humanitario y si ellas son vinculantes para los grupos armados organizados.

2.1. Los principios del derecho internacional humanitario: pilares que deben guiar la actuación de los grupos armados

Se puede definir a los principios como «normas estructuralmente indeterminadas» y que son «un elemento esencial de la

fisonomía del sistema» (Guastini, 2010, pp. 209 y 211). En esta línea, los principios guían el sistema al que pertenecen (2010, pp. 209 y 211).

Cuando hablamos de principios del DIH nos referimos, entonces, a los principios que guían toda esta rama del derecho internacional (Salmón, 2016, pp. 57-58; CICR, 2008b, pp. 7 y ss., y 19 y ss., citado en Melzer, 2009, p. 79). Como señala Kolb, «la gran flexibilidad de los principios es perfectamente conveniente para un cuerpo jurídico tan maleable y político como lo es el Derecho Internacional» (Kolb, 2003, párrafo 102)³⁹ y, específicamente, el DIH.

En esta línea, en el caso de actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia afirmó que los «contras»⁴⁰ se encontraban vinculados por el derecho internacional humanitario, en tanto que:

Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called «elementary considerations of humanity».

[...]

The conflict between the contras' forces and those of the Government of Nicaragua is an armed conflict which is

39 Traducción propia.

40 Los «contras» eran los grupos armados que se oponían al régimen sandinista que gobernaba Nicaragua desde 1979. *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)*. Sentencia de Fondo (CIJ, 27 de junio de 1986, párrafos 18-20).

«not of an international character». The acts of the contras towards the Nicaraguan Government are therefore governed by the law applicable to conflicts of that character [...]. The relevant principles are to be looked for in the provisions of Article 3 of each of the four Conventions of 12 August 1949, the text of which, identical in each Convention, expressly refers to conflicts not having an international character [...]. (CIJ, 1986, párrafos 218-219)

De esta manera, la Corte utiliza un razonamiento mediante el cual establece que: i) el artículo 3 común expresa principios del DIH, y que ii) los grupos armados se encuentran vinculados por dicho artículo. Así, por deducción lógica, los grupos armados también se ven vinculados por los principios del DIH.

Para fines de este texto, en las siguientes líneas analizaremos tres de los principios más importantes del DIH: el principio de humanidad, el principio de distinción y el principio de proporcionalidad. Estos tres principios han sido elegidos por ser, como se explicará en líneas posteriores, los tres principales que rigen todo el DIH.

2.1.1. El principio de humanidad como base del derecho internacional humanitario

Este principio tiene como objetivo «actuar a favor del bienestar de los demás seres humanos» (Pictet, 1955, p. 159)⁴¹ y, asimismo, es esencial (la base de los demás principios) (1955, p. 158).

Según Meron, la frase «principio de humanidad» es equiparable a la frase «consideraciones elementales de humanidad» (Meron, 2000, p. 82). La Corte Internacional de Justicia afirmó, en el Caso del Canal de Corfú de 1949, que las «consideraciones

41 Traducción propia.

elementales de humanidad» constituyen un principio que es generalmente reconocido y aceptado, y que son aplicables tanto en tiempo de guerra como de paz (CIJ, 1949, párrafo 22).⁴²

En ese sentido, el principio de humanidad no rige solo la forma en que deben ser tratadas las víctimas del conflicto (léase civiles, personas fuera de combate, enfermos, etcétera), sino también la parte del DIH que regula los medios y métodos a ser usados ya que, en este campo, el principio de humanidad se traduce en la prohibición de causar heridas superfluas o daños innecesarios (Haines, 2014, pp. 282 y 284-286). La consideración del deber de respeto por la humanidad y de la prohibición de causar este tipo de daños se observa desde la Declaración de San Petersburgo de 1868 (2014, p. 284).

Debido a esta naturaleza fundamental, el principio de humanidad debe ser observado por todos los actores que forman parte del conflicto armado, lo que incluye a los grupos armados organizados. Pero, por otra parte, también significa que los miembros del grupo armado organizado deben ser tratados con humanidad (Salmón, 2016, pp. 59-60). Esta idea sustenta el que los miembros de los grupos armados también merecen protección contra la violencia intrafilas.

2.1.2. El principio de distinción y sus efectos en el régimen aplicable a los miembros de los grupos armados organizados

Como afirma Salmón, si el principio de humanidad brinda una protección uniforme a todos los sujetos que participan del conflicto armado, el principio de distinción establece regímenes distintos y una protección especial para aquellas personas que no toman parte en las hostilidades (Salmón, 2016, p. 60).

⁴² Comentado por Meron (2000, p. 82).

Este principio separa a aquellas personas y bienes que constituyen un blanco válido de ataque, de aquellas que no lo son (Salmón, 2016, p. 58). Según Kolb, este principio es la consagración de la prohibición de la «guerra total» (Kolb, 2003, párrafo 246; Kolb & Hyde, 2008, pp. 32-33 y 125) y cuenta con tres partes:

- I. La prohibición del ataque a personas civiles.
- II. La prohibición del ataque a bienes civiles.
- III. La prohibición de ataques indiscriminados. (Kolb, 2003, párrafos 246-292; Kolb & Hyde, 2008, pp. 32-33 y 126-137)

Estos tres elementos se ven consagrados en varias normas. Por ejemplo, el primer capítulo del estudio del CICR sobre normas consuetudinarias está dedicado al principio de distinción y cuenta con 24 normas. Así, la prohibición de ataques indiscriminados se encuentra en la norma 11 y 12 del estudio, mientras que la prohibición de ataque a personas civiles aparece en la norma 1.

Mientras que el principio de distinción resulta de relativa fácil aplicación en el contexto de un conflicto armado internacional, debido a que «los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque»,⁴³ esto no siempre sucede en los conflictos armados no internacionales (Melzer, 2009, pp. 6 y 32-33). En un conflicto armado internacional, los combatientes son «aquellos miembros de las fuerzas armadas quienes tienen el derecho a participar directamente en las hostilidades a favor de una de las partes del conflicto» (Melzer,

43 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, artículo 44.3. Citado en Salmón (2016, pp. 93 y 95).

2014, p. 365).⁴⁴ El poseer el estatuto de combatiente conlleva las siguientes consecuencias:

- Se tiene derecho a combatir⁴⁵: por lo tanto, no podrá ser sujeto a sanción por el solo hecho de haber participado en el conflicto (Salmón, 2016, p. 100). No obstante, se tiene también la obligación de respetar las normas del DIH y quien las incumpla podrá ser sancionado (2016, pp. 93 y 100).
- Se tiene el derecho al estatuto de prisionero de guerra:⁴⁶ no obstante, no solo los combatientes gozan de este derecho, sino también el personal religioso y sanitario si son capturados (Salmón, 2016, p. 98). El estatuto de prisionero de guerra ofrece una serie de salvaguardas consagradas en el Convenio III de Ginebra de 1949.
- El combatiente, como miembro de las fuerzas armadas, puede ser objeto de ataque incluso cuando no está participando directamente en las hostilidades (Solís, 2016, p. 571).

Por el contrario, en un conflicto armado no internacional esta diferenciación se vuelve un poco más compleja. En ese contexto no existen combatientes, sino personas que participen directamente en las hostilidades (Salmón, 2016, p. 136). Debido al escaso nivel de consenso respecto a esta materia, el Comité Internacional de la Cruz Roja, junto con el T.M.C.

44 Traducción propia.

45 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, artículo 43.2, y Salmón (2016, p. 93).

46 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, artículo 44.1, y Salmón (2016, p. 93).

Asser Institute, condujo una investigación con expertos internacionales que tuvo como resultado la publicación de la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades*, concluida en el año 2009 (Parks, 2010, pp. 782-783; Salmón, 2016, pp. 58-59). A continuación se analizarán y discutirán las principales conclusiones del citado documento, para poder identificar los criterios de pertenencia a un grupo armado organizado.

2.1.2.1. La Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario

El objetivo de esta investigación es «fortalecer la aplicación del principio de distinción. [...] El interés del presente texto es facilitar estas distinciones proporcionando pautas para interpretar [el DIH] en relación con la participación directa en hostilidades» (Melzer, 2009, p. 6). En palabras del CICR, la principal preocupación era que dicha investigación permitiera el fortalecimiento de la protección que corresponde a la población civil (2009, p. 6).

2.1.2.1.1. La noción de participación directa en las hostilidades

Uno de los aportes más importantes de la Guía es que proporciona los elementos que determinan la configuración de participación directa en las hostilidades. Aunque esta figura se encuentra en los textos convencionales sobre DIH (Melzer, 2009, p. 13),⁴⁷ y la doctrina está de acuerdo en que tal noción

47 Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Artículo 51 y Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protec-

implica la pérdida de protección de los civiles, no había una definición oficial de sus características (Schmitt, 2010, p. 699). El CICR identificó los siguientes tres elementos y los definió de la siguiente manera (Melzer, 2009, pp. 17 y 46):

1. Umbral de daño: este elemento implica que «para que un acto específico alcance el umbral de daño exigido, debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte de un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o bienes protegidas contra ataques directos» (Melzer, 2009, pp. 47 y 50). El daño no se tiene que materializar: solo es necesario que existan las probabilidades de que se produzca por el ataque (p. 47).

Como daño también se puede considerar a aquel resultante de un ataque contra bienes o personas protegidas, aunque no tengan carácter militar (Melzer, 2009, pp. 47 y 49-50; Melzer, 2010, pp. 860-861). Se resalta que, entonces, existen dos criterios para determinar los casos en los cuales el daño alcance el umbral necesario, los cuales son ilustrados en la tabla 1 (Melzer, 2010, p. 862).

ción de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, artículo 13 (Melzer, 2009, p. 13, nota a pie de página 6).

Tabla 1

Casos en los cuales se alcanza el umbral de daño necesario para que los civiles pierdan la protección contra los ataques	
«Daño de naturaleza militar»	«El daño debe perjudicar las operaciones militares o capacidad militar del enemigo».
«Daño de naturaleza no militar»	«Se usan medios o métodos de guerra directamente contra personas u objetos protegidos».
	Excepciones (disyuntivas)
	«No llega al umbral de muerte, herida o destrucción».
	«No presenta el nexo beligerante».

Elaboración y traducción propia con base en Melzer (2010, p. 862).

2. Causalidad directa: este requisito implica la existencia de «un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte» (Melzer, 2009, pp. 46 y 51). La causalidad directa no implica que el acto tenga que ser llevado a cabo en proximidad geográfica o temporal del daño probable (2009, p. 55). La Guía adopta la noción de «vínculo causal directo» (*one causal step*) para determinar cuándo, en efecto, la causalidad es directa (p. 53, citado en Schmitt, 2010, p. 727). De esta manera, «el criterio de “vínculo causal directo” identifica aquellos actos y operaciones que constituyen participación directa en las hostilidades, mientras que el criterio de “integralidad” identifica a las personas que perderán la protección porque su actuación constituye parte integrante de la conducción de hostilidades» (Mel-

zer, 2010, p. 866).⁴⁸ Aunque algunos autores han afirmado que el primer criterio es muy restrictivo (Schmitt, 2010, p. 727), este se adoptó para «evitar [...] “pendientes resbaladizas” argumentativas que permitirían “error, arbitrariedad y abuso”» (Melzer, 2010, p. 868).⁴⁹

3. Nexo beligerante: este implica que «el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra» (Melzer, 2009, p. 58). En ese sentido, un ataque que no se realice en detrimento de una de las partes, y/o para beneficiar a la otra, no cumple con este requisito (Melzer, 2010, p. 873; CICR, 2006, pp. 51 y ss., citado en Melzer, 2009, p. 59). Por ejemplo, un robo cometido por los miembros de un grupo armado contra un negocio privado no forma parte de la conducción de las hostilidades, porque no tiene como fin beneficiar a una de las partes del conflicto en relación con este último (Melzer, 2009, pp. 60-61). De la misma manera, el excesivo uso de la fuerza contra prisioneros y detenidos no se trata de supuestos de participación en las hostilidades, aunque sí constituye una violación del derecho internacional humanitario (Melzer, 2009, pp. 61-62; Melzer, 2010, p. 863).

Si se cumple con estos criterios de manera conjunta, la persona civil pierde la protección que tiene como tal y puede ser objeto de un ataque (Melzer, 2009, pp. 12, 17, 45, 64, 70-71 y 73). Esta pérdida se lleva a cabo independientemente de la voluntad de la persona (Melzer, 2009, pp. 59-60; Melzer, 2010, p. 869).

48 Traducción propia.

49 Traducción propia.

Un caso claro es el del reclutamiento forzado de menores de 15 años. Aunque este constituye una violación de las normas del DIH, dichos menores pueden ser objeto de ataques de manera legal (Schmitt, 2010, p. 735). De la misma manera, en el caso de los escudos humanos, Melzer resalta: «De acuerdo con estos criterios, excepto cuando un escudo humano ha sido privado completamente de su libertad de acción, por ejemplo al ser encadenado a un objetivo militar, la naturaleza voluntaria o involuntaria de su conducta no es decisiva para su calificación como participación directa en las hostilidades» (Melzer, 2009, pp. 56 y 60; Melzer, 2010, p. 869⁵⁰).

La pérdida de la protección por la participación directa en las hostilidades corresponde al criterio de la «puerta giratoria» o «vaivén» (CICR, 2003a, p. 8; Melzer, 2009, pp. 70-71; Salmón, 2016, p. 142), por la cual los civiles pierden esta protección solo por el tiempo en el cual realizan tal actividad (Melzer, 2009, pp. 12, 17, 45, 64, 70, 72-73; Salmón, 2016, pp. 142-143). No obstante, cuando la participación no es esporádica sino continua y, en los hechos, la persona es parte del grupo armado, no se puede hablar de una pérdida temporal de esta (Melzer, 2009, pp. 16-18, 17, 28, 33-34, 36, 45, 70-73 y 83-85). Para entender cómo funciona esta pérdida continua de la protección, el CICR utiliza la noción de *función continua de combate* (2009, pp. 16, 20, 21, 30, 33-39, 45 y 70-76).

2.1.2.1.2. *La noción de función continua de combate*

La frase «función continua de combate» nació en las reuniones de expertos del estudio del CICR, al no haber ninguna referencia a ella en las convenciones sobre DIH (Watkin,

50 Traducción propia.

2010, p. 655). Mientras que respecto a las fuerzas armadas regulares de un Estado el criterio para determinar la membresía es uno de carácter *formal*, este criterio no existe en el caso de la membresía en un grupo armado organizado, razón por la cual la Guía adoptó un criterio funcional para determinarla (Melzer, 2009, pp. 25 y 31; Melzer, 2010, pp. 843-844). Debemos mencionar que esta noción también se usa para establecer la pertenencia a fuerzas armadas irregulares en un conflicto armado internacional (Melzer, 2009, pp. 21-22).

Esto corresponde a que «los grupos armados constituyen fuerzas armadas en un sentido estrictamente funcional, ya que *de facto* se encuentran encargados de llevar a cabo las hostilidades a favor de dicha parte del conflicto» (Melzer, 2010, p. 839⁵¹). De esta manera, queda claro que hay una diferencia entre el «grupo armado organizado» y la parte a favor de la cual este lucha (Melzer, 2009, p. 32; Melzer, 2014, p. 311). Mientras que el Estado es una parte del conflicto, pero solo las fuerzas armadas participan en las hostilidades, una parte no estatal puede tener miembros que no participan en las hostilidades y que por lo tanto son civiles, mientras que los que sí lo hacen de manera continua constituyen su grupo armado organizado, en sentido estricto, según la Guía (Melzer, 2009, p. 32; Melzer, 2014, p. 311).

Tomemos el caso de Sendero Luminoso, que constituía parte del conflicto armado interno en el Perú. Sus «fuerzas armadas» —es decir, el grupo armado— eran el Ejército Guerrillero Popular (EGP) (CVR, 2003, pp. 29, 85-90 y 131).

Además, si un individuo tiene funciones «duales» —es decir, función continua de combate y de no combate a la vez—, también pierde la protección de manera permanente (Melzer, 2009, pp. 32-35, citado en Melzer, 2010, p. 848; Melzer, 2014,

51 Traducción propia (ver también Melzer, 2009, pp. 23 y 33).

p. 848).⁵² Como ya se mencionó en el primer capítulo, dependiendo del nivel de organización y de la escala de la parte no estatal del conflicto, puede ser que sus miembros tengan funciones diferenciadas o que todos deban en algún momento cumplir funciones tanto de combate como de no combate (Melzer, 2010, pp. 849, 850). Sin embargo, mientras la persona tenga una función continua de combate, sin importar el porcentaje que esta signifique respecto de todas sus funciones, podrá ser objeto de ataques de manera legítima, debido a que ha perdido su protección como civil (Melzer, 2009, pp. 32-35 y 45, citado en Melzer, 2010, p. 848; Melzer, 2010, p. 848). Es así que los miembros de los grupos armados organizados pueden ser atacados en cualquier momento mientras retengan tal membresía (Melzer, 2009, p. 70; Melzer, 2010, p. 839).

Además, por último, existe una «presunción de civilidad» respecto a la calidad de la persona para determinar si puede ser objeto de un ataque (Melzer, 2009, pp. 17 y 74-76; Salmón, 2016, pp. 102-103). A esta conclusión se llegó en la reunión de expertos (CICR, 2005a, pp. 44 y ss. y 67 y ss.; CICR, 2006, pp. 70 y ss.). Según la Guía, esta disposición se basa en el artículo 50.1 del Protocolo Adicional I, en lo que respecta a los CAI, y en el artículo 13 del Protocolo Adicional II, respecto de los CANI.⁵³

En la tabla 2 se sistematizan las reglas sobre la legitimidad de ataque (reglas de *targeting*) y sobre la pérdida de protección de la civilidad (Melzer, 2010, p. 854).

52 Asimismo, Rodenhäuser (2016a, p. 16).

53 Respecto a los conflictos armados no internacionales, la Guía cita a Junod, Chocomeli Lera et al. (2011, párrafo 4789, citado en Melzer, 2009, p. 76).

Tabla 2

Categorías	Criterios para ser objeto de ataque	Ámbito temporal
<p>I. Fuerzas armadas regulares: todas las fuerzas armadas constituidas regular o formalmente incorporadas según el derecho nacional, incluyendo fuerzas armadas regulares que se convirtieron en enemigos del gobierno (fuerzas armadas disidentes).</p>	<p>Membresía formal: alistamiento de acuerdo con la ley nacional.</p>	<p>Toda la duración del servicio activo (hasta ser dado/a de baja de manera formal, retiro, etcétera; o para las fuerzas disidentes, hasta la separación <i>de facto</i>).</p>
<p>II. Fuerzas armadas irregulares: todas las fuerzas armadas organizadas, grupos o unidades <i>de facto</i> que conducen hostilidades por un Estado o parte no estatal de un conflicto armado.</p>	<p>Membresía funcional: ejercicio de una función continua de combate.</p>	<p>Durante todo el tiempo en el que la función continua de combate es asumida (hasta que haya una ruptura <i>de facto</i> total con la función de combate).</p>
<p>III. Civiles (y levantamientos en masa): todas las personas que participen directamente en las hostilidades de manera espontánea, esporádica o no organizada.</p>	<p>Participación individual: participación directa en las hostilidades (espontánea, esporádica o no organizada).</p>	<p>Por la duración de cada acto u operación hostil (incluye preparación, traslado y retorno).</p>

Citado de Melzer (2010, p. 854). Traducción propia.

Queda claro, entonces, que para el derecho internacional humanitario, debido a que cumplen una «función continua de combate», los miembros de los grupos armados organizados no son civiles, y no les corresponde la protección propia de estos últimos (Melzer, 2009, pp. 16, 27, 36 y 71).

2.1.2.2. Las personas fuera de combate y los miembros de los grupos armados

Además de los civiles, las personas fuera de combate (*hors de combat*) también se encuentran protegidas contra ataques. Esto se debe a que un ataque contra ellas no tiene posibilidades de producir una ventaja militar para la otra parte en el conflicto (Kleffner, 2015, párrafo 443, citado en Rodenhäuser, 2016a, p. 21).

Las personas *hors de combat*, junto con el personal médico y religioso, son los miembros de las fuerzas armadas, incluyendo grupos armados, que no pueden ser objeto de ataque (Melzer, 2014, p. 309). Según el estudio sobre reglas consuetudinarias del CICR, una persona se encuentra *hors de combat* si:

- (a) [...] está en poder de una parte adversa;
- (b) [...] no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o
- (c) [...] expresa claramente su intención de rendirse. (Hencckaerts & Doswald-Beck, 2005, Norma consuetudinaria 47)⁵⁴

El carácter consuetudinario de la prohibición del ataque de las personas *hors de combat* ha sido acogido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Korbely vs. Hungría:

54 Traducción propia.

In the view of the International Committee of the Red Cross (ICRC), the rule that any person hors de combat cannot be made the object of attack has become a customary rule applicable to both international and non-international armed conflicts. The ICRC has reminded the parties concerned of the obligation to observe this rule in a number of armed conflicts. (TEDH, 2008a, párrafo 51)

A continuación explicaremos cada uno de estos supuestos.

2.1.2.2.1. Los heridos, enfermos y náufragos

Respecto a los conflictos armados no internacionales, la prohibición de ataque contra heridos, enfermos y náufragos, según el CICR, tiene su base convencional en el artículo 3 común (Henckaerts & Doswald-Beck, Norma consuetudinaria 47, 2005). No obstante, ninguna de estas disposiciones presenta puntos exactos para determinar qué magnitud de fuerza debe ser usada para poner a una persona fuera de combate, luego de la cual dicha actuación se encontraría prohibida (Parks, 2010, p. 818). Sobre este punto, Melzer afirma:

While it is clear that a soldier hors de combat can no longer be attacked, the kind and degree of force required to render him hors de combat will strongly depend on the prevailing circumstances and must always be determined by reference to realistic and reasonable standards. (Melzer, 2010, p. 899)

En ese sentido, en cada circunstancia se deberá determinar si el miembro de las fuerzas armadas o grupo armado se encuentra herido o enfermo en una magnitud en la cual un ataque contra el mismo ya no supondría la obtención de una ventaja militar, según lo expuesto en líneas anteriores.

No obstante, al igual que las demás personas *hors de combat*, los enfermos, heridos y náufragos pierden la protección contra los ataques si cometen actos hostiles, debido a que ya no se puede considerar que se encuentren fuera de combate (Henckaerts & Doswald-Beck, Norma consuetudinaria 47, 2005; Salmón, 2016, pp. 90 y 140).

2.1.2.2.2. *Las personas que están en poder de una parte adversa*

En este grupo se encuentran tanto los prisioneros de guerra (en un CAI) como los detenidos e internos (en un CAI y en un CANI) (Salmón, 2016, pp. 93-94 y 136). Según el *Estudio sobre normas consuetudinarias* del CICR, esta prohibición se encuentra expresamente «en el Protocolo Adicional I y es implícita en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional II» (Henckaerts & Doswald-Beck, Norma consuetudinaria 47, 2005).⁵⁵

2.1.2.2.3. *Las personas rendidas*

El citado estudio afirma que de la práctica se deduce que «una indicación clara de rendición convierte a una persona en *hors de combat*» (2005, Norma consuetudinaria 47),⁵⁶ pero esta puede variar dependiendo de si las hostilidades se llevan a cabo en tierra, en aire o en el mar (2005). Un ataque contra una persona rendida ya no se encuentra justificado porque no puede conseguirse de él ninguna ventaja militar (Kleffner, 2015, párrafo 443, citado en Rodenhäuser, 2016a, p. 21). El realizar tal ataque constituye una violación al DIH (Henckaerts & Doswald-Beck, Norma consuetudinaria 47, 2005).

55 Traducción propia.

56 Traducción propia.

Así, pues, cuando un miembro de un grupo armado organizado —que, como se ha dicho, no es considerado como un civil— cae dentro de alguno de estos supuestos, ingresa en el ámbito de protección de las normas sobre personas fuera de combate, como, por ejemplo, el artículo 3 común, debido a que, como ya se mencionó, un ataque contra ellos no es pasible de generar una ventaja militar a favor de quien realiza el ataque (Kleffner, 2015, párrafo 443, citado en Rodenhäuser, 2016a, p. 21).

2.1.3. El principio de proporcionalidad y su aplicación respecto de los grupos armados organizados

El estudio del CICR sobre normas consuetudinarias define la proporcionalidad como aquel parámetro según el cual «[q]ueda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista» (Henckaerts, 2005, p. 31).

Como afirma Kolb, el principio de proporcionalidad es uno de los principios más importantes del DIH (Kolb & Hyde, 2008, p. 48). Esto indica que no toda pérdida de vidas civiles como daño incidental de un ataque queda prohibida, sino solo aquellas que sean desproporcionadas respecto a la ventaja militar concreta que se prevé obtener con el ataque (Salmón, 2016, p. 102).

Según Kolb, el análisis de la proporcionalidad de un ataque consta de tres pasos (Kolb, 2003, párrafos 108-112):

- El análisis de la adecuación, es decir, que el ataque sea capaz de lograr el fin perseguido (párrafo 109).
- El análisis de la necesidad, es decir, que el ataque sea el menos dañino posible para conseguir el objetivo perseguido (párrafo 110).

- El análisis de balance entre «la gravedad de la violación del Derecho y la respuesta a dicha violación» (párrafo 111).⁵⁷

El principio de proporcionalidad, como todo principio del DIH, debe ser observado por todas las partes del conflicto, lo que incluye a los grupos armados, pero también implica que todos los ataques que se dirigen en contra de la otra parte deben cumplir con este requisito (CICR, 2008b, pp. 7 y ss., y 19 y ss., citado en Melzer, 2009, p. 79 y Salmón, 2016, pp. 60-61). En ese sentido, esta es la posición del CICR y fue uno de los puntos más discutidos de la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades*, sección IX (Parks, 2010, pp. 793-830), la cual desarrollaba «las restricciones en el uso de la fuerza en un ataque directo» (o *targeting*) (Melzer, 2009, pp. 77-82). Dicho documento estipula:

Además de las restricciones que impone el derecho internacional humanitario respecto a los métodos y medios de combate, y sin perjuicio de las demás restricciones que dimanen de otros instrumentos de derecho internacional aplicables, el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso. (2009, p. 77)

La base de esta afirmación se concibe en los principios de humanidad y necesidad militar, que, según el CICR, deben ser usados también para analizar la proporcionalidad del ataque

57 Traducción propia.

(Junod, Chocomeli Lera et al., 2001, párrafo 1389, citado en Melzer, 2009, p. 78). Además, la Corte Suprema de Israel, en el Caso *Public Commission Against Torture vs. Government of Israel* (también conocido como el caso *Targeted Killings*), afirmó que «a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed» (Corte Suprema de Israel, 2006, párrafo 40).

Así mismo, se puede afirmar que la prohibición de causar males superfluos o sufrimientos innecesarios no se limita a los medios y métodos de combate (Melzer, 2010, p. 906). En esta línea, la CIJ afirmó que:

The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. [...] According to the second principle, it is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants: it is accordingly prohibited to use weapons causing them such harm or uselessly aggravating their suffering. In application of that second principle, States do not have unlimited freedom of choice of means in the weapons they use. (CIJ, 1996, párrafo 78, citado en Melzer, 2010, p. 906)

Sin embargo, es necesario aclarar que «la falta de un “derecho” ilimitado a matar no implica forzosamente que existe una obligación jurídica de capturar en vez de matar cualesquiera sean las circunstancias» (Melzer, 2009, p. 78). Lo que queda claro es que los principios del DIH antes expuestos rigen para todo el DIH, incluso cuando se refieren a las normas en torno a los ataques legítimos contra objetivos militares (Melzer, 2009, pp. 78-79; Junod, Chocomeli Lera, et al., 2001, párrafo 1389, citado en Melzer, 2009, p. 78), debido a que representan lo esencial de esta rama del derecho internacional (Pictet, 1983, p. 71, citado en Salmón, 2016, p. 57).

2.2. Las fuentes convencionales del DIH y su regulación de los grupos armados organizados

Cuando nos referimos a las fuentes convencionales del DIH, hacemos alusión a los tratados pertinentes en la materia, entendidos como el «acuerdo de voluntades alcanzado por dos o más sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos entre las partes y regulado por el derecho internacional» (Carrillo Salcedo, 1992, p. 103, citado en Salmón, 2014a, p. 183). Kolb & Del Mar (2014, p. 51) han caracterizado al DIH como:

an area of international law most intimately characterized by the complex interplay of some general principles (necessity, proportionality, unnecessary suffering, distinctions, humanity, etc.) over which lies a web of detailed rules containing specific prescriptions of a procedural or substantive nature. Such specific rules can only reasonably be set out in written form. The medium of treaties is their most natural expression.

Existen varios tratados que contienen normas en materia de DIH, empezando por el de 1864 con la conclusión del Convenio de Ginebra del mismo año para Aliviar la Suerte de la Condición de los Heridos de los Ejércitos en Campaña. En este trabajo, sin embargo, vamos a abordar únicamente los principales tratados vigentes en materia de DIH, es decir, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, para ver si vinculan o no a los grupos armados.

2.2.1. Los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 3 común como norma que vincula a los grupos armados

Los cuatro Convenios de 1949 son un ejemplo de la subrama del DIH denominada Derecho de Ginebra, es decir, el derecho que regula la protección otorgada a las víctimas de los conflictos armados (Salmón, 2016, pp. 67-69). Los convenios son:

- El I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.
- El II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.
- El III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra.
- El IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra.

Casi la totalidad de las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra regulan los conflictos armados internacionales (2016, pp. 85-86, 89 y 121), lo que significa que las partes del conflicto son Estados y, por lo tanto, son estos los que se encuentran vinculados y obligados por las normas consagradas en esos tratados (pp. 85-86, 89 y 121).

Solo un artículo de los cuatro Convenios regula el ámbito de los conflictos armados no internacionales: el artículo 3 común (p. 121), que estipula:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes

Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
 - b) la toma de rehenes;
 - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

El artículo 3 común ha sido considerado como un «miniconvenio» dentro de los Convenios de Ginebra (CICR, 2010; Kolb, 2003, p. 214; Kolb & Hyde, 2008, p. 67; Swinarski, 1984, p. 47, citado en Salmón, 2016, p. 124). Así mismo, la Corte Internacional de Justicia, en el Caso Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, afirmó que este artículo es un «*minimum yardstick*», es decir, establece las normas mínimas de humanidad (CIJ, 1986, párrafo 218). En esta misma línea, el

artículo 3 común no contiene más requisitos adicionales para su aplicabilidad que el que se trate de un conflicto armado no internacional, con el objetivo de poder ser aplicado en la mayor cantidad de casos posible (Fleck, 2008b, párrafo 1201), para lo cual no es necesario el reconocimiento de ningún Estado (Clapham, 2006a, p. 275).

Por lo tanto, establece principios de humanidad mínimos⁵⁸ y se puede alegar, como afirma Kolb, que se consagra la Cláusula Martens (Kolb, 2003, párrafo 493). Estas normas mínimas del artículo 3 común son de naturaleza tanto sustantiva como procedimental (2003, párrafo 494).

Además de ser un mínimo de reglas no derogable (Salmón, 2016, p. 126), el artículo 3 común también es importante porque obliga a todas las partes de un conflicto no internacional, es decir, obliga también a los grupos armados organizados (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 2006, pp. 66 y ss., citado en Salmón, 2016, pp. 168-169; Salmón, 2016, pp. 134-135; Sassòli & Shany, 2011, p. 427). Debido a que los grupos armados organizados no tienen capacidad para ser parte de tratados, varios autores han esbozado teorías que intentan explicar la razón por la cual los grupos armados se encuentran vinculados por los tratados en materia de DIH (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, p. 55).⁵⁹

58 Ver CIJ, 27 de junio de 1986, párrafo 218; Kolb, 2003, párrafos 493-494; Henckaerts & Doswald-Beck, 2005, párrafo 547 y Rodenhäuser, 2016a, p. 19. Además, Salmón, 2016, pp. 16, 19, 40, 44, 57-58, 72, 78, 100, 124 y 126; Henckaerts y Wiesener, 2013, p. 146; Rodenhäuser, 2016a, p. 23; Clapham, 2016a, p. 275; Mangas, 1999, pp. 85 y 149, citado en Salmón, 2016, p. 44 y 126; Pictet, 1983, p. 71, citado en Salmón, 2016, p. 57; Swinarski, 1995, pp. 177-178, citado en Salmón, 2016, p. 78.

59 Los autores citan como ejemplo en la nota a pie de página 36 a Bethlehem (2007, p. 8).

La mayoría de autores postulan la teoría de que los grupos armados se encuentran vinculados por el artículo 3 común en virtud de su naturaleza consuetudinaria (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, p. 55).⁶⁰ Además, la Comisión de Investigación Internacional para Darfur, por su parte, consideró que:

[T]odos los grupos insurgentes que alcanzan un cierto umbral de organización, estabilidad y control efectivo del territorio poseen personería jurídica internacional y, en consecuencia, están sujetos a las normas pertinentes del derecho internacional consuetudinario sobre los conflictos armados internos. (Comisión Internacional de Investigación para Darfur, 2005, párrafo 172, citado en Kleffner, 2011, p. 13)

La ventaja de esta postura es que los grupos armados se ven directamente vinculados por las normas de la comunidad internacional (2005, párrafo 172, citado en Kleffner, 2011, p. 13). No obstante, limitarse a esta explicación significaría que no es en sí el artículo 3 común el que vincula a los grupos armados, sino las normas consuetudinarias contenidas en él (Kleffner, 2011, p. 14; Kolb & Hyde, 2008, p. 57).

Por otro lado, Clapham propone la teoría de que los grupos armados se encuentran vinculados por los tratados y, en consecuencia, por el artículo 3 común, debido a que pueden crear obligaciones para terceros, que no son Estados (Dinstein, 2006, pp. 339 y 344, citado en Clapham, 2014, p. 773; Clapham, 2014, p. 773). El autor sostiene que aunque, según el principio de *pacta tertiis*, un tratado no puede crear obligaciones para terceros Estados, sí tiene capacidad para crear obligaciones para otros actores, incluyendo a los grupos armados (Clapham,

60 Los autores citan como ejemplo en la nota a pie de página 36 a Bethlehem (2007, p. 8) y TESL (2004b, párrafos 45-47).

2014, pp. 772-773). De hecho, este autor utiliza al artículo 3 común como un ejemplo en el cual un tratado vincula a un actor, los grupos armados, que no es parte de aquel (2014, pp. 773-774). Lo mismo se puede decir de los tratados en materia de derecho penal internacional, ya que los individuos no son parte de ellos.

Sea cual fuese la teoría que se adopte, lo cierto es que por lo menos los grupos armados se encuentran vinculados por *las normas contenidas en el artículo 3 común* (Pejic, 2011, p. 198), independientemente del tipo de fuente de la que provenga esta obligación.

El artículo 3 común también estipula otra forma por la cual los grupos armados se pueden vincular voluntariamente por el DIH: a través de los acuerdos especiales (Clapham, 2014, p. 782). Según la Comisión de Investigación de Darfur (2005), estos acuerdos tienen naturaleza internacional solo en los casos en que cuenten con el nivel de control necesario (párrafos 76, 168-171, 173 y 174, citado en Clapham, 2014, p. 783). Uno de estos ejemplos de acuerdos especiales se dio en el conflicto armado en Yemen en 1969, donde rigieron los cuatro Convenios de Ginebra (Kolb & Del Mar, 2014, p. 66). Estos tipos de acuerdos también pueden ser usados para juzgar crímenes de guerra, como sucedió con el Acuerdo 22 de mayo de 1992 en el marco del conflicto armado en la ex Yugoslavia (2014, pp. 66-67).

Además de los acuerdos especiales, los grupos armados también pueden realizar declaraciones unilaterales, aunque estas no suelen establecer obligaciones específicas (Clapham, 2014, p. 783). La mejor manera de implementar estas declaraciones es la adopción de Códigos de Conducta (CICR, 2008c, p. 22, citado en Clapham, 2014, p. 783) sencillos (Sassòli, 2007, pp. 45-73, citado en Clapham, 2014, p. 783; Clapham, 2014,

p. 783). Un ejemplo es la declaración firmada por el grupo armado M23 en el marco del Diálogo de Kampala en el conflicto armado en la República Democrática del Congo (Consejo de Seguridad, 2013a, nota 15).

Por último, consideramos importante resaltar que, aunque no se mencione expresamente, el TPIY ha considerado que la prohibición de la violación se encuentra contenida en el artículo 3 común (TPIY, 2001, párrafo 408).

2.2.2. Los Protocolos Adicionales de 1977 y la incorporación de los grupos armados

Los Protocolos Adicionales de 1977 fueron adoptados en la Conferencia en Ginebra, que tuvo lugar entre los años 1974 y 1977 (Kolb, 2003, párrafo 507). En estos convenios se reúnen el Derecho de Ginebra, sobre protección a las víctimas, y el Derecho de La Haya, sobre medios y métodos (Salmón, 2016, pp. 69-70).

El Protocolo Adicional I regula los conflictos armados internacionales, al añadir un supuesto de este tipo de conflicto además de los contenidos en los Convenios de Ginebra de 1949: «los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación» (artículo 1.4.) (Salmón, 2016, pp. 83-85).

Por otro lado, el Protocolo Adicional II, que tiene solo 28 artículos, norma los conflictos armados no internacionales. Inicialmente constaba de alrededor de 100 artículos, pero más tarde los Estados participantes en la Conferencia consideraron que dichas disposiciones iban en contra de su soberanía (Kolb, 2003, párrafo 507; Kolb & Hyde, 2008, p. 262).

Este segundo Protocolo desarrolla las disposiciones contenidas en el artículo 3 común, según lo establece su artículo 1. Además, también contiene disposiciones correspondientes a los límites de los medios y métodos permitidos (Kolb & Hyde, 2008, p. 262). En ese sentido, aunque el Protocolo, intencionalmente no contenga referencia alguna (Sassòli & Shany, 2011, p. 427), así como el artículo 3 común debe ser aplicado por las partes del conflicto que presenten los elementos esbozados en su artículo 1 (Clapham, 2006a, pp. 278-279), como lo afirma el mismo comentario al Protocolo (Sandoz, Swinarski & Zimmermann, 1987, párrafo 4442, citado en Clapham, 2006a, p. 279).

Sin embargo, este Protocolo tiene un «umbral de aplicación» mucho más alto que tal artículo (Salmón, 2016, pp. 124 y 131-132; Clapham, 2006a, pp. 277-278). Para que sea aplicable este instrumento, es necesario que se encuentren satisfechos los siguientes requisitos de forma copulativa:⁶¹

- Se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante.
- [E]ntre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados.
- [B]ajo la dirección de un mando responsable.
- [E]jerzan sobre una parte de dicho territorio un control.
- [L]es permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

A diferencia de lo que sucede con el artículo 3 común, el criterio de vinculatoriedad por vía del derecho consuetudinario no puede ser aducido debido a que no todas las normas con-

61 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, artículo 1.

tenidas en el Protocolo Adicional II tienen ese carácter, aunque sí un gran número de ellas (Cullen, 2010, p. 112).⁶² Resulta más convincente, por lo tanto, adoptar la teoría de la creación de obligaciones a terceros por vía de la adopción de tratados esbozada por Clapham.

Respecto a este punto es necesario resaltar, no obstante, que el Tribunal Especial para Sierra Leona ha establecido que la prohibición de reclutamiento de niños esbozada en el Protocolo Adicional II ha alcanzado carácter consuetudinario:

The widespread recognition and acceptance of the norm prohibiting child recruitment in Additional Protocol II and the CRC [Convention of the Rights of the Child] provides compelling evidence that the conventional norm entered customary international law well before 1996. The fact that there was not a single reservation to lower the legal obligation under Article 38 of the CRC underlines this, especially if one takes into consideration the fact that Article 38 is one of the very few conventional provisions which can claim universal acceptance. (TESL, 2004a, párrafo 20, citado en Meron, 2014, p. 48)

Esta opinión del TESL fue acogida y reiterada en la sentencia de la CPI en el caso Lubanga (CPI, 2007a, citado en Meron, 2014, p. 48). De esta manera, aun si el conflicto no internacional no llegara al umbral de aplicabilidad del Protocolo Adicional II, sus partes tienen la obligación de respetar la prohibición de reclutamiento de niños soldados.

62 El autor se basa en el Estudio de normas consuetudinarias del CICR (ver Henckaerts & Doswald-Beck, 2005).

2.3. La costumbre en materia de DIH y su relación con los grupos armados

Las primeras normas del DIH tuvieron —y tienen— naturaleza consuetudinaria (Rodríguez-Villasante, 2002, p. 73, citado en Salmón, 2016, p. 55), que comparten con las principales disposiciones y principios del DIH, como el principio de distinción y la prohibición de causar males superfluos o sufrimientos innecesarios, entre otros (Kolb, 2003, párrafo 98).

La costumbre se configura entonces como un hilo conductor de los distintos regímenes existentes en el DIH (2003, párrafo 98). En esta línea, como ya se mencionó, la costumbre también es una de las vías mediante las cuales se puede vincular a aquellos actores de los conflictos armados que no pueden llegar a ser parte de tratados (Kolb, 2003, párrafo 99; Kolb & Hyde, 2008, pp. 56-57). Se trata, así, de «un estándar mínimo de reglas del DIH universalmente aplicables, independientemente del estado de ratificaciones o accesiones al tratado de DIH» (Kolb & Del Mar, 2014, p. 53).⁶³

Así mismo, tiene la ventaja de «estar libre de lagunas e inequidades provenientes del diferente estado de ratificaciones de tratados, que excluye a los actores no estatales de convertirse en parte» (2014, p. 53),⁶⁴ lo que significa que, por un lado, permite uniformar las normas que vinculan a los actores involucrados en un conflicto armado, es decir, establecer una uniformidad subjetiva y también sustantiva.

63 Traducción propia.

64 Traducción propia. En el mismo sentido, Salmón (2016, p. 55).

2.3.1. La Cláusula Martens y su aplicabilidad a los grupos armados

El ejemplo más importante de una norma consuetudinaria es la Cláusula Martens, consagrada tanto en el Preámbulo de la II Convención de La Haya de 1899 como en el Preámbulo de la IV Convención de la Haya de 1907 (Kolb & Hyde, 2008, p. 61). Su texto es el siguiente:

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Se puede afirmar que la importancia de la cláusula reside en que (Kolb & Hyde, 2008, p. 62):

First, despite the considerable increase in the number of subjects covered by the law of armed conflicts, and despite the detail of its codification, it is not possible for any codification to be complete at any given moment; thus the Martens clause prevents the assumption that anything which is not explicitly prohibited by the relevant treaties is therefore permitted. Secondly, it should be seen as a dynamic factor proclaiming the applicability of the principles mentioned regardless of subsequent developments of types of situation or technology. (CICR, 1987, párrafos 38-39, citado en Kolb & Hyde, 2008, p. 62)⁶⁵

65 En ese sentido, también, Salmón (2016, p. 48).

Este último punto es importante si tomamos en cuenta la evolución de la dinámica actual de los conflictos armados contemporáneos. Esta Cláusula nos recuerda que más allá del cambio en la naturaleza de los conflictos armados, las mismas reglas básicas de humanidad siguen siendo obligatorias (Salmón, 2016, pp. 38-39).

Casese ha llamado a la Cláusula una «ingeniosa mezcla de derecho natural y positivismo» (Casese, 2000, p. 189).⁶⁶ En ese sentido, afirma que el hecho de que se trate de una norma positiva, y ya no solo moral, constituye su mayor aporte (2000, p. 188).

Sin embargo, la Cláusula Martens representa una herramienta importante a la cual se puede apelar para afirmar que determinadas personas merecen una protección determinada bajo el DIH en virtud de las consideraciones mínimas de humanidad.

2.3.2. Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario y sus efectos en torno a la comprensión de la costumbre en el derecho internacional humanitario

En el año 2005, el CICR publicó su *Estudio sobre normas consuetudinarias*, cuyo propósito fue:

[S]uperar algunos de los problemas que plantea la aplicación del derecho internacional humanitario convencional. Este derecho, que está bien desarrollado y cubre numerosos aspectos de la guerra, brinda protección a diversas categorías de personas en tiempo de guerra y limita los medios y métodos bélicos permitidos.

⁶⁶ Traducción propia.

[...] Ahora bien, la aplicación de esos tratados en los conflictos armados actuales tropieza con dos graves impedimentos que explican la necesidad y la conveniencia de un estudio sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario. En primer lugar, los tratados se aplican solamente a los Estados que los han ratificado [...] En segundo lugar, el derecho humanitario convencional no regula con suficiente detalle gran parte de los conflictos armados actuales, es decir, los conflictos armados no internacionales, porque estos conflictos están sujetos a muchas menos normas convencionales que los conflictos internacionales... (Henckaerts, 2005, pp. 5-6)

El estudio se basó en 40 conflictos armados y en la práctica y *opinio juris* de alrededor de 50 Estados (Meron, 2014, p. 46). Meron considera que este estudio es una muestra de la importancia de la costumbre en el derecho internacional actual porque, entre otras razones, fue producto de la petición de los Estados (2014, p. 46).

Este estudio logró determinar 161 normas consuetudinarias, de las cuales 146 se aplican tanto en los conflictos armados internacionales como en los conflictos armados no internacionales (Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 147). Sin duda, este es una muestra del proceso de homogeneización entre los regímenes aplicables a estos dos tipos de conflictos armados (Sassòli & Shany, 2011, p. 429). Resulta, además, interesante notar que, en materia de conflictos armados no internacionales, el estudio no mencionó en momento alguno que existen distintos umbrales para el artículo 3 común y para el Protocolo Adicional II (Grignon, 2014, p. 160).

Finalmente, también se ha afirmado que este estudio utilizó como fuentes normas y criterios de los derechos humanos (Hill-Cawthorne, 2015, pp. 308-309), afirmando la cercanía

entre estas dos ramas del derecho internacional. Al respecto, debemos resaltar el caso de la norma consuetudinaria sobre privación arbitraria de la libertad (norma 99), en la cual se establecen las obligaciones de protección frente a los detenidos usando normas de derechos humanos (2015, p. 309).⁶⁷

2.3.3. La vinculación de los grupos armados por las normas consuetudinarias del DIH

La Comisión de Investigación de Darfur afirmó que:

The SLM/A and JEM, like all insurgents that have reached a certain threshold of organization, stability and effective control of territory, possess international legal personality and are therefore bound by the relevant rules of customary international law on internal armed conflicts referred to above. The same is probably true also for the NMRD. (Comisión Internacional de Investigación para Darfur, 2005, párrafo 172)

Sin embargo, la Comisión refiere que solo ciertos grupos armados organizados, que calificaba como insurgentes, han alcanzado determinado nivel de control y organización y tienen dichas obligaciones a la luz del derecho consuetudinario. Esto, sin duda, podría dejar de lado a grupos armados organizados que se encuentran vinculados por el artículo 3 común, que exige un nivel de organización e intensidad más bajo. Por ejemplo, en el Caso La Tablada, la Comisión Interamericana

67 Para realizar este razonamiento el autor cita a Henckaerts & Doswald-Beck (2005, pp. 344-346 y 350-351); IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, artículos 41-43 y 78; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1967, artículo 9.4, y Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1951, artículo 5.4.

de Derechos Humanos afirmó que: «en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos *relativamente* organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular» (CIDH, 1997, párrafo 152). (Cursivas nuestras)

Como se ha anotado, la mayor parte de la doctrina afirma que es la costumbre la que vincula a los grupos armados organizados (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, p. 55).⁶⁸ En ese sentido, la costumbre vincularía a todos los grupos armados, incluyendo a aquellos que cumplen con el estándar más bajo del artículo 3 común. De hecho, como ya hemos sostenido en líneas anteriores, esta teoría es la preferida para justificar las obligaciones de los grupos armados en materia de DIH, más que alguna disposición de derecho convencional (Clapham, 2014, pp. 766-810; Kleffner, 2011, pp. 1-20; Meron, 2014, pp. 37-49).

2.4. Retos de la aplicación del derecho internacional humanitario ante la violencia intrafilas

Como se ha podido observar, los grupos armados organizados se encuentran vinculados por los principios del derecho internacional humanitario, la costumbre en materia de DIH y algunas disposiciones convencionales, como el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, tal como se ha analizado a lo largo de este capítulo. Esto significa que los grupos armados, en virtud del DIH, se encuentran obligados a cumplir con las reglas de limitación de métodos y medios y de protección de víctimas del DIH.

68 Como ejemplo, los autores citan en la nota a pie de página 36 a Bethlehem, 2007, p. 8.

No obstante, es necesario recordar que la propia naturaleza tradicional del DIH implica que la protección brindada a las víctimas abarca a los civiles y a los miembros de la otra parte del conflicto (Salmón, 2016, pp. 16 y 27; TESL, 2009, párrafo 1451). En virtud de las normas del DIH, los grupos armados no pueden atacar a la población civil, utilizar medios ni métodos prohibidos en la conducción de hostilidades contra la parte contraria, atacar a las personas fuera de combate, etcétera, como ya hemos mencionado.

Sin embargo, hay un grupo de personas que quedan fuera de este ámbito de protección, y son los propios miembros del grupo armado (TESL, 2009, párrafo 1451). Como establecimos en el primer capítulo, no solo la población civil es víctima de la violencia: la violencia sexual, la tortura, los tratos crueles e inhumanos y similares también pueden ser cometidos por integrantes del mismo grupo en contra de los miembros de estos grupos.

El reclutamiento forzado de menores y su uso para participar en las hostilidades constituyen dos de estas clases de violencia que se pueden experimentar. Como explicaremos luego, estos actos se encuentran prohibidos por el DIH y también por el DIDH, así como criminalizados por el derecho penal internacional.

Sin embargo, la protección otorgada por el DIH se queda en estos primeros actos violentos (Rodenhäuser, 2016a, p. 22). Más allá de esta prohibición, el DIH no se preocupa por esta protección una vez que las personas ya forman parte de los grupos armados, sea que hayan sido reclutados forzosamente o no (Mégret, 2013, p. 2).

La realidad de los conflictos, no obstante, demanda un grupo de normas que ofrezcan una protección adecuada frente al fenómeno de la violencia intrafilas. Las diversas formas de violencia sexual que se ejercen en los grupos armados, tanto

respecto de mujeres y hombres como de niñas y niños, se encuentra fuera del ámbito de protección del DIH. Como ya dijimos, esta rama del derecho internacional fue creada para «humanizar las guerras» (Salmón, 2016, p. 27), pero resulta limitada en cuanto a la protección de los miembros de los grupos armados frente a la violencia intrafilas.

Las guerras que se intentaron humanizar al momento de la creación del derecho internacional humanitario eran conflictos armados internacionales, lo que quiere decir que quienes veían limitadas sus acciones en estos contextos, las partes, estaban constituidas por Estados. El DIH no se preocupó por normar la forma en que el Estado trataba a los miembros de sus fuerzas armadas, porque en ese momento este tema caía dentro del ámbito de la soberanía de los Estados. Hoy en día, en cambio, es un tema que pertenece al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, como explicaremos en el siguiente capítulo.

Parecería entonces que, así como el DIDH entró a llenar este vacío en lo que concierne a las fuerzas armadas de los Estados, resulta necesario establecer de qué manera las ramas del derecho internacional, como el DIDH y el DIP (Tan, 2014, pp. 142 y 149), pueden entrar a llenar este vacío respecto de los grupos armados organizados. Esto, tomando en consideración que las normas existentes en torno a los grupos armados son normas de DIH, como también lo son los términos e instituciones que estas contienen. El derecho internacional humanitario es la rama del derecho internacional que se encuentra en mayor capacidad de regular a los grupos armados organizados, debido a que el mismo concepto se creó dentro de él. Así, tomando en consideración el alto grado de interacción entre las tres ramas del derecho internacional mencionadas, podemos buscar en ellas una respuesta a la pregunta sobre cómo regular la violencia intrafilas en el marco del derecho internacional.

CAPÍTULO III

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

En el primer capítulo presentamos la situación actual del reclutamiento forzado y la violencia intrafilas dentro de los grupos armados. En el segundo analizamos la protección que ofrece el DIH en los conflictos armados y cómo se vincula a los grupos antes mencionados. En este tercer capítulo expondremos la forma en que el derecho internacional, a través del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional (Tan, 2014, pp. 142 y 149), ha tratado de responder a los problemas identificados en el primer capítulo, en estricto, las diversas formas de violencia intrafilas, las cuales no pueden ser cubiertas por el DIH, según hemos visto en el segundo capítulo. Para realizar este análisis partiremos del hecho de que la protección brindada por el DIDH y el DPI se encuentra relacionada con el DIH, pues comparten valores comunes. No obstante, constituyen, a su vez, un régimen legal diferente de este último.

3.1. El rol del derecho internacional de los derechos humanos en los conflictos armados: la relación entre el DIDH y el DIH

A pesar de tener distintos orígenes históricos, así como una lógica de protección diferente (Salmón, 2016, p. 74; Droege, 2007, p. 355; Lubell, 2007, p. 655), el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen en común la finalidad de la protección de la persona (Gasser, 2002, p. 155, citado en Salmón, 2016, p. 71).

En cuanto a los orígenes históricos del DIH, aunque pueden encontrarse reglas que limitan los medios y métodos permitidos en la conducción de hostilidades, así como otras que protegen a las víctimas en varias sociedades a lo largo de la historia desde la Edad Antigua (Greenwood, 1995, pp. 12-13, citado en Salmón, 2016, p. 63; Salmón, 2016, p. 63), tales orígenes del DIH como rama del derecho internacional pueden rastrearse hasta mediados del periodo decimonónico, a partir de la adopción del Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña (Dinstein, 2010, p. 14, citado en Hill-Cawthorne, 2015, p. 298; Salmón, 2016, pp. 54 y 65). Desde sus orígenes, la lógica propia de esta rama del derecho internacional se orientó a la protección de las víctimas de los conflictos armados frente a la actuación del enemigo (Salmón, 2016, pp. 13, 16 y 27).

A su vez, el derecho internacional de los derechos humanos tiene sus orígenes en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial (Peces-Barba, 1999, p. 174; Salmón, 2006, p. 151), tiempo en el que se crearon los diversos sistemas de protección de los derechos humanos.

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

A nivel universal, nos podemos remontar al texto del inciso 3 del artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas (Salmón, 2006, p. 151; Salmón & Novak, 2002, p. 58, citado en Salmón, 2006, p. 152). El citado artículo establece que entre los fines de la organización se encuentra «[r]ealizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y *estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...*» (cursivas nuestras). Tres años después, el 10 de diciembre de 1948, se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el seno de esta organización.

Por otro lado, también hacia mediados del siglo XX se crearon los sistemas regionales de protección de derechos humanos. A nivel interamericano, el 2 de mayo de 1948 se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano. Posteriormente, en 1969, la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978. Al mismo tiempo, en Europa se constituye el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Así, la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, o Convenio Europeo de Derechos Humanos, fue adoptada el 4 de noviembre de 1951, y entró en vigor en 1953.

De esta manera, la lógica fundacional del derecho internacional de los derechos humanos responde a la necesidad de proteger a las personas frente al poder y la arbitrariedad de los Estados (CICR, 2004). Al igual que el derecho internacional humanitario (Kleffner, 2011, p. 20; Hill-Cawthorne, 2015, pp. 297-303), el cual regula conflictos armados entre Estados, se puede identificar un carácter fundacional estadocéntrico.

Pero, a diferencia del segundo, en el DIDH la protección se otorga respecto de los actos del propio Estado, y no de los del enemigo en el conflicto armado. Así, el DIDH presupone una «relación vertical» entre el Estado y las personas que están bajo su jurisdicción (Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 149). Esta afirmación, a la vez, presupone que el gobierno se encuentra en la capacidad de hacer efectiva la ley dentro de su territorio (2013, p. 150).

Dicho ello, al analizar el DIDH y el DIH debe precisarse que se trata de ramas del derecho internacional concebidas independientemente la una de la otra: en un inicio se entendía que el DIH se aplicaba en tiempos de guerra, o conflicto armado, y el DIDH en los denominados «tiempos de paz» (Salmón, 2016, p. 72). A partir de la Conferencia de Teherán, no obstante, se llegó a entender que el DIDH también rige —y, por lo tanto, debe ser aplicado— durante los conflictos armados (2016, pp. 72 y 73). En ese sentido, la Declaración de Teherán respecto de los derechos humanos en los conflictos armados (Resolución XXIII adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos) afirma que:

la violencia y brutalidad generalizadas de nuestro tiempo, y concretamente las exterminaciones en masa, las ejecuciones sumarias, las torturas, el trato inhumano a los prisioneros, las matanzas de civiles en los conflictos armados y el uso de armas químicas y biológicas, incluidos los bombardeos con napalm, socavan los derechos humanos y desencadenan brutalidades de signo contrario. (Organización de Naciones Unidas, 1968)

Sin embargo, el hecho de que estas dos ramas del derecho internacional se apliquen conjuntamente durante los conflictos armados puede conllevar problemas técnico-jurídicos que

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

tienen repercusiones prácticas; es decir, frente a una aplicación conjunta de estos dos regímenes legales surge la pregunta: ¿cómo se relacionan ellos entre sí? A la vez, y como consecuencia de la primera, emerge una segunda interrogante: ¿qué se debe hacer en casos de conflicto de normas?

Como hemos afirmado ya, aunque esta sea una pregunta teórica, en la realidad tiene consecuencias prácticas concretas. En ese sentido, Droege afirma:

[D]evelopments in international and national jurisprudence and practice have led to the recognition that these two bodies of law not only share a common humanist ideal of dignity and integrity but overlap substantially in practice. The most frequent examples are situations of occupation or non-international armed conflicts where human rights law complements the protection provided by humanitarian law. (Droege, 2007, p. 310)

Salmón, además, sostiene que la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aportado a la complementariedad, y también a la convergencia, de estas ramas (Salmón, 2014b, p. 185). Por su parte, Hill-Cawthorne resalta que las normas aplicables a los conflictos armados no internacionales se han visto decididamente influenciadas en gran medida por el desarrollo del DIDH (Hill-Cawthorne, 2015, p. 304). En ese sentido, el hecho de que en la actualidad los conflictos armados sean en su mayoría no internacionales torna necesario que tanto las normas del DIH como las de los derechos humanos sean aplicables a la actuación de las partes involucradas (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, p. 67).

La jurisprudencia, entonces, ha intentado responder a estas interrogantes. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha respondido acogiendo la teoría de la *lex specialis*. Así, en la

Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza y Uso de Armas Nucleares, afirmó que el derecho internacional humanitario constituye *lex specialis* frente al DIDH en tiempos de conflicto armado (CIJ, 1996, párrafo 25).

No obstante, en virtud de lo afirmado por la CIJ en otras sentencias, dicha Corte «trató a las dos ramas del Derecho como si fueran puramente complementarias» (Schabas, 2007, p. 597).⁶⁹ En la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (o la Opinión Consultiva sobre el Muro), la Corte recurrió a la noción de *lex specialis* en una forma que sugiere que el DIDH debía ser interpretado «a la luz» del DIH en los contextos de conflictos armados (Hampson & Salama, 2001, p. 596):

More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. *In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as lex specialis international humanitarian law.* (CIJ, 2004, párrafo 106) (Cursivas nuestras)

69 Traducción propia. Salmón (2016, pp. 72-73) también considera que existe una relación de complementariedad entre estas dos ramas.

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

Posteriormente, en el caso Actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo contra Uganda), el citado Tribunal consideró que el DIDH y el DIH eran «dos sistemas complementarios, partes de un todo» (Schabas, 2007, pp. 596-597):⁷⁰

It thus concluded that both branches of international law, namely international human rights law and international humanitarian law, would have to be taken into consideration. The Court further concluded that international human rights instruments are applicable «in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory», particularly in occupied territories. (CIJ, 2005, párrafo 216, citado en Schabas, 2007, p. 596)

Según Droege, «[c]omplementarity means that human rights law and humanitarian law do not contradict each other but, being based on the same principles and values can influence and reinforce each other mutually» (Droege, 2007, p. 337). En ese sentido, la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza (2009) afirmó que «[l]a relación entre el derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos está evolucionando rápidamente, en particular respecto de las obligaciones de los agentes no estatales, con el objetivo final de mejorar la protección de las personas y permitirles disfrutar sus derechos humanos en todas las circunstancias» (párrafo 305). No obstante, siguen siendo dos ramas del derecho internacional diferentes y autónomas. Afirmar que estas dos ramas se han llegado a integrar completamente sería erróneo, ya que se desnaturalizarían (Lubell, 2007, p. 655).

70 Traducción propia.

3.2. Los grupos armados organizados como titulares de obligaciones en materia de derechos humanos: un ejercicio de interpretación ante la violencia intrafilas

Como hemos expuesto en el apartado anterior, tradicionalmente se entendía que solo los Estados tenían obligaciones en materia de derechos humanos, debido a que, entre otras razones, el Estado era considerado como el único sujeto de derecho internacional (Jiménez de Aréchaga, 1978, p. 170, citado en Salmón, 2014a, p. 60).

Esta es la razón principal por la cual la cuestión de la protección de los derechos de los miembros de las fuerzas armadas ha girado en torno a la obligación del Estado frente a la protección de sus derechos humanos, pues se trata de personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado:

[L]a situación diferenciada bajo la cual se presta el servicio militar conlleva una restricción o limitación a los derechos y libertades de los reclutas, generando con ello no propiamente una privación de libertad, pero [sí] una situación en la que el Estado *es el garante y custodio de los individuos sometidos a ese régimen*. (Corte IDH, 2015, párrafo 119) (Cursivas nuestras)

Esta afirmación de la Corte sigue⁷¹ la postura adoptada por el Comité de Derechos Humanos (2014, párrafos 5-6), el Comité contra la Tortura (2008, párrafo 15) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1976, párrafo 59; 1998, párrafo 50; 2008b,

71 Las siguientes decisiones fueron citadas por la Corte IDH en Corte IDH, 23 de noviembre de 105, párrfos 119-122.

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

párrafo 50; 2013, párrafo 92; 2014, párrafo 51). Este último ha afirmado que las características del servicio militar deben respetar la dignidad humana, y que es el Estado quien tiene esta obligación (TEDH, 2008b, párrafo 50).

Aun así, hoy en día también existe la posición que sostiene que los grupos armados, como entidades autónomas, más allá de sus miembros, también tienen obligaciones en materia de derechos humanos. Esta postura se enmarca dentro de la posición de la existencia de obligaciones en materia de derechos humanos para otros sujetos que no son los Estados (Clapham, 2006a, pp. 280-281),⁷² de manera independiente de la posibilidad de que dichos actos sean sancionados por el derecho penal nacional (Rodenhäuser, 2016b; Ronen, 2013, p. 22).

De esta manera, a diferencia de lo que ocurre en el marco del derecho internacional humanitario, respecto del cual sí existe consenso sobre la vinculatoriedad de sus normas para los grupos armados, esto no sucede respecto al derecho internacional de los derechos humanos (Clapham, 2014, p. 786; Kleffner, 2014, p. 50). En esta línea, según el mismo Clapham, son tres las principales razones por las cuales se cuestiona que los grupos armados tengan obligaciones en materia de derechos humanos (Clapham, 2014, pp. 786-787):

- Porque tradicionalmente la doctrina ha entendido el DIDH como aplicable solo a los Estados (2014, pp. 786-787). Como se mencionó, un concepto tradicional de derechos humanos consiste en caracterizarlos como derechos de los individuos respecto de los Estados (Zegveld, 2002, p. 53, citado en Clapham, 2014, p. 787).

72 Ver también Ronen (2013, pp. 21-50).

- Porque los tratados en materia de derechos humanos no se dirigen a los grupos armados organizados (Clapham, 2014, pp. 786-787).
- Porque existe temor en torno a la posible legitimidad que se les podría otorgar a los grupos armados si se los considera titulares de obligaciones en materia de derechos humanos (Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 151).

No obstante, en palabras de Ronen, desde de la creación del DIDH las relaciones de poder entre el ámbito doméstico y el ámbito internacional han evolucionado, y a veces los actores no estatales suelen tener mayor control, de manera efectiva, sobre su población y territorio que algunos Estados (Ronen, 2013, pp. 22-23). En ese sentido, para poder proteger efectivamente los derechos humanos resultaría necesario ampliar la gama de actores que poseen obligaciones al respecto (2013, p. 23). Esta posición resultaría más adecuada en la medida en que el actor que tendría la obligación en materia de DIDH ejercería en los hechos el poder (Kleffner, 2014, p. 58).

No se puede negar que existen en los conflictos armados necesidades de protección que el derecho internacional humanitario no puede cubrir. La misma naturaleza de esta rama del derecho internacional requiere que sus normas sean mínimas, con el objetivo de evitar los daños superfluos e innecesarios, entre otros fines.⁷³ En ese sentido, el derecho internacional de los derechos humanos entraría a complementar, e inclu-

73 Ver CIJ, 1986, párrafo 218; Kolb 2003, párrafos 493-494; Henckaerts & Doswald-Beck, 2005, párrafo 547; Rodenhäuser, 2016a, pp. 19 y 23. Además, Salmón, 2016, pp. 16, 19, 40, 44, 57-58, 72, 78, 100, 124 y 126; Henckaerts y Wiesener, 2013, p. 151; Clapham, 2006a, p. 275; Mangas, 1999, pp. 85 y 149, citado en Salmón, 2016, pp. 44 y 126; Pictet, 1983, p. 71, citado en Salmón, 2016, p. 57; Swinarski, 1995, pp. 177-178, citado en Salmón, 2016, p. 78.

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

so también a suplementar, solo en ciertos supuestos, el DIH (Clapham, 2014, p. 788). Esto es así, por ejemplo, respecto al derecho a la educación de los niños y niñas pertenecientes a la población civil en el contexto de un conflicto armado no internacional. En ese sentido, esta postura sostiene que afirmar que actores no estatales tienen obligaciones en materia de derechos humanos no implica que se «diluyan» las obligaciones del Estado (Ryngaert, 2008, pp. 376-377, citado en Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 150); al contrario, lo que puede pasar es que se encuentren en una situación de complementariedad (Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 151). No estamos de acuerdo, entonces, con la posición tradicional de la doctrina que afirma que «se ha ido demasiado lejos» en materia de asignar obligaciones en derechos humanos a los grupos armados (Clapham, 2015, p. 4).

En efecto, se recurre generalmente al argumento de la «estructura y filosofía» propias del DIDH para negar que esta rama imponga obligaciones a los grupos armados (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, p. 64). No obstante, como afirma Ronen, «no existe nada en la teoría de los derechos humanos que impida la imposición de obligaciones en otros actores que no son Estados» (Ronen, 2013, p. 21).⁷⁴ Sin embargo, los Estados parecen haber quedado «perplejos» frente a la relación entre el DIDH y los grupos armados (Kleffner, 2014, p. 63).

A nuestro entender, el argumento más fuerte en favor de la postura de que los grupos armados tienen obligaciones en materia de derechos humanos es el hecho de que no existiría razón alguna para que sí las tengan en el marco del DIH pero no en el del DIDH (Fleck, 2003, p. 79, en Clapham, 2014, p. 788; Ronen, 2013, p. 49).

74 Traducción propia.

Sin embargo, la titularidad de obligaciones en materia de derechos humanos de los grupos armados no se ha limitado a una discusión teórica, sino que se ha afianzado en la práctica. Esta práctica se ha dado sobre todo en el seno de la Organización de Naciones Unidas (ONU), cuyo objetivo de protección del ser humano es propicio para afirmar que actores no estatales como los grupos armados también tienen obligaciones en materia de derechos humanos (Ronen, 2013, p. 48). En ese sentido, la posición de dichos órganos parecería estar basada en la afirmación de que la violación de los derechos humanos no está justificada bajo ninguna circunstancia (Rodenhäuser, 2015, p. 6).

Entre los ejemplos más tempranos se encuentra la afirmación de un miembro del Comité de Derechos Humanos respecto del conflicto armado en la Ex Yugoslavia, específicamente en Bosnia-Herzegovina, y las obligaciones de los grupos armados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Thus [they] might be asked to explain how they complied with the Covenant, not as a successor State, but as an authority in control of a territory» (Comité de Derechos Humanos, 1993, pp. 233 y 236, en Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 148). En ese sentido, se entiende que para dicho experto pueden existir autoridades a cargo de un territorio y con obligaciones en materia de derechos humanos, incluso convencionales, diferentes a los Estados. Es en virtud de dicho control que se exige que cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, ninguna norma establece la intensidad del control con el que debe contar el grupo armado para afirmar que tiene obligaciones en DIDH (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, p. 71).

Por otro lado, respecto al conflicto armado en la República Democrática del Congo, en el 2002 el presidente del Conse-

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

jo de Seguridad recordó «a todas las partes en Uvira y en la zona que deben observar las normas humanitarias internacionales y garantizar que se respeten los derechos humanos en los sectores que controlan» (Consejo de Seguridad..., 2002). En ese sentido, todo parece indicar que el Consejo de Seguridad actúa bajo la presunción de que los grupos armados pueden tener obligaciones en materia de derechos humanos (Clapham, 2006a, p. 283).

Documentos como este, y los demás que se desarrollan a continuación, afirman que no solo los grupos armados organizados poseen obligaciones en materia de derechos humanos, sino que también existen diversos métodos que permitirían establecer su responsabilidad (Clapham, 2015, p. 1). No se trata de meras obligaciones morales, simples «abusos» (Henckaerts & Wiesener, 2013, pp. 149-150), sino verdaderas infracciones a las normas existentes que los vinculan (Clapham, 2015, p. 6).

Por ejemplo, la Comisión de Investigación en Gaza (2015) afirmó que las autoridades locales habían violado el DIH y el DIDH mediante la realización de ejecuciones extrajudiciales (párrafo 501). Al ser esta una resolución, su contenido tuvo que ser aprobado por los Estados, y solo Estados Unidos se opuso, con base en su postura sobre el conflicto Israel-Palestina (Clapham, 2015, p. 9). Así mismo, el Comité Contra la Tortura (2015) condenó las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por ISIS (párrafo 11).

En esta misma línea, el Reporte del Panel de Expertos sobre Rendición de Cuentas en Sri Lanka del secretario general (2011) sostiene que:

[w]ith respect to the LTTE [Tigres de Liberación Tamil Eelam], although non-state parties cannot formally become party to a human rights treaty, it is now increasingly accepted that non-state groups exercising de facto control over a

part of a State's territory must respect fundamental human rights of the persons in that territory. (Párrafo 188, citado en Heckaerts y Wiesener, 2013, p. 157)

Por otra parte, la Comisión de Investigación en Libia (2011) también adoptó una posición similar al afirmar que cada vez se acepta más que el control ejercido *de facto* conlleva la generación de obligaciones en materia de derechos humanos:

Although the extent to which international human rights law binds non-state actors remains contested as a matter of international law, it is increasingly accepted that where non-state groups exercise *de facto* control over territory, they must respect fundamental human rights of persons in that territory. The Commission has taken the approach that since the NTC has been exercising *de facto* control over territory akin to that of a Governmental authority, it will examine also allegations of human rights violations committed by the its forces. (Párrafo 252)

Resulta interesante analizar el siguiente párrafo contenido en ese informe:

The Commission established that *thumar* from various brigades across the country, as well as other opponents of the Qadhafi government, have executed, otherwise unlawfully killed and tortured to death Qadhafi soldiers, security officials as well as those they perceive to be loyalists or mercenaries. During the armed conflict, killing fighters or others who have surrendered, captured or otherwise rendered *hors de combat* amounts to a war crime. *Once the conflict ended, such acts have constituted violations of international human rights law.* (2011, párrafo 36, citado en Clapham, 2014, p. 794) (Cursivas nuestras)

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

Este párrafo demuestra la forma en la que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos trabajan en conjunto para brindar el mayor grado de protección posible. Existe una aplicación conjunta y continua del DIDH y DIH respecto a los mismos actos cometidos por los mismos actores, pero en circunstancias diferentes. Así, cuando el mismo acto no se encuentra ya prohibido por el DIH, debido a que no se configuran los elementos necesarios para la existencia de un conflicto armado, lo estará por el DIDH. Y aunque el informe no lo mencione explícitamente, dichos actos también estuvieron prohibidos por el DIDH durante el tiempo en que duró el conflicto armado.

Así mismo, la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza (2009) afirmó que, respecto de este conflicto, «resulta claro que los agentes no estatales que ejercen funciones similares a las gubernamentales sobre un territorio tienen la obligación de respetar los derechos humanos» (párrafo 305). En esta línea, si un grupo armado tiene control sobre un territorio, el gobierno estatal carece de la capacidad para asegurar que se respete la ley (Ronen, 2013, p. 24). En ese sentido, este grupo armado debería actuar de manera independiente (Ronen, 2013, p. 27).

A la vez, en repetidas ocasiones el Consejo de Seguridad (2012) ha instado a los grupos armados a respetar los derechos humanos (preámbulo 6, citado en Clapham, 2014, p. 800). Dos de estos ejemplos son su condena de las violaciones de los derechos humanos realizadas *Front Populaire pour de Redressement* de la República Centro Africana (Clapham, 2014, p. 800) y su condena de los abusos cometidos por grupos armados en Mali contra otros grupos armados (Consejo de Seguridad, 2012, preámbulo 6, citado en Clapham, 2014, p. 800).

Entre los documentos más importantes en materia de derechos humanos y grupos armados están los informes de la Comisión de Investigación en Siria. Al desarrollar las violaciones de los derechos humanos cometidas por grupos armados, esta Comisión hizo referencia expresa a las obligaciones de dichos grupos con base en un tratado (Clapham, 2015, p. 6):

Anti-Government armed groups are also responsible for using children under the age of 18 in hostilities in violation of the CRC-OPAC, which by its terms applies to non-State actors. Where those children are under the age of 15, those recruiting them may be liable under international criminal law. Other crimes perpetrated against children by anti-Government armed groups, such as unlawful killing, torture and sexual violence may amount to war crimes. (Comisión de Investigación Internacional... Siria, 2013c, párrafo 44, citado en Clapham, 2015, p. 6) (Cursivas nuestras)

Como se ha podido observar, muchos de los informes atribuyen la obligación de respeto de los derechos humanos con base en el control que tienen los grupos armados sobre una determinada parte del territorio, incluso llegando a ejercer «funciones de gobierno» (Prado Pérez, 2015, pp. 192-193; Henckaerts & Wiesener, 2013, pp. 154 y 158-159). No obstante, no todos los grupos armados cumplen con este requisito:⁷⁵ en otras ocasiones, la Comisión de Investigación en Siria recurrió a la figura del *ius cogens* para establecer un mínimo de obligaciones en materia de derechos humanos que serían comunes a todos los grupos armados (Clapham, 2014, p. 795):

75 Entre casos en donde sí se cumplió dicho requisito se podría mencionar a los Tigres de Liberación Tamil Eelam en Sri Lanka, en determinado tiempo del conflicto armado (Ronen, 2013, p. 22).

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

La comisión examinó cuidadosamente la información reunida sobre las operaciones y las actividades llevadas a cabo por grupos del ELS hasta la fecha. A este respecto, la comisión observa que, como mínimo, las obligaciones de derechos humanos que constituyen normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) vinculan a los Estados, los particulares y las entidades colectivas no estatales, incluidos los grupos armados. Los actos que vulneran el *ius cogens*, como la tortura o las desapariciones forzadas, no pueden justificarse en ningún caso. (Comisión de Investigación Internacional... Siria, 2012b, párrafo 106, citado en Clapham, 2014, p. 795)

Siguiendo a Bellal, en el análisis nos referiremos únicamente a los informes de esta Comisión a partir del tercero, debido a que en ese momento ya se puede afirmar que existía un conflicto armado (Bellal, 2014, p. 10). En ese sentido, en los siguientes informes de la Comisión, hasta la fecha, este órgano ha atribuido obligaciones o violaciones de los derechos humanos a los grupos armados involucrados, aquellos territorios en donde tienen control, sobre la base de la costumbre (Comisión de Investigación Internacional... Siria, 2012a, párrafo 134)⁷⁶ en casos de desaparición forzada.⁷⁷

La Comisión no afirma que sea necesario un determinado nivel de control territorial para poder afirmar que el grupo armado tiene obligaciones en materia de derechos humanos. No obstante, al no poder recurrir a este argumento, se basa en la noción de *ius cogens* para afirmar que los derechos humanos protegidos por dichas normas establecen obligaciones para los

76 También anexo II, párrafo 10.

77 También los encontró responsables de violaciones por asesinato, sin citar la fuente de dicha obligación. Comisión de Investigación..., 5 de febrero de 2013, párrafos 54, 85, 177 y anexo V, párrafo 33.

grupos armados (Rodenhäuser, 2015, pp. 4-5). Esto debido a que las normas de *ius cogens* son universalmente aplicables (ILC, 2016, párrafos 63 y 66-68). Al no exigir que exista control territorial, tal obligación sería aplicable a todo grupo armado organizado (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, p. 73). Esta es una herramienta importante que permite universalizar y uniformar de manera mínima las obligaciones de los grupos armados, quienes no podrán argumentar que no cuentan con el suficiente nivel de control para poder cumplir con ellas. Así mismo, se debe resaltar que las normas de *ius cogens* son comunes al DIH y al DIDH (Henckaerts & Wiesener, 2013, pp. 160-161).⁷⁸

Esta posición es compartida por el relator especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de la ONU (2015):

Hay quienes aún sostienen que los derechos humanos, como corpus jurídico, solo pueden obligar a los Estados y no pueden o no deberían ser aplicables a los grupos armados no estatales. No obstante, como el Relator Especial ya ha destacado en otros contextos, una de las premisas centrales del derecho internacional de los derechos humanos es que debe adaptarse constantemente a los cambios en el mundo.

Los derechos humanos se aplican en todo momento, por su propia naturaleza pertenecen a los individuos y son fundamentales para la dignidad de la persona. Es cada vez más frecuente que grupos armados no estatales controlen partes de territorios habitados. Tal es el caso del EIL, que en la actualidad controla grandes extensiones en las que viven millones de personas, se ha autoproclamado «Estado» y diri-

78 En ese sentido, también, Salmón (2016, pp. 43-44).

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

ge una administración civil y militar, que incluye un sistema «judicial». Así, pues, el EIII cumple claramente los requisitos para estar sujeto a las obligaciones de los derechos humanos. Eso significa que, como mínimo, el EIII está obligado, en virtud del derecho internacional, a respetar las obligaciones fundamentales de los derechos humanos, como el derecho a la vida, la prohibición absoluta de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la desaparición forzada, así como el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Además, cuando las violaciones cometidas por el EIII no estén relacionadas con el conflicto ni con sus consecuencias directas, el marco jurídico aplicable debería ser el derecho internacional de los derechos humanos. En la práctica, esto significa que el EIII está jurídicamente obligado a respetar la libertad de expresión, la libertad de asociación y la libertad de circulación. Estos derechos deberían protegerse, sin cometer discriminación por ninguno de los motivos prohibidos por el derecho internacional. También debería garantizarse el derecho a un juicio imparcial. En las esferas de superposición sustantiva entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, los principios que permiten determinar qué marco se aplica son los de la *lex specialis* y el control efectivo: cuanto más control efectivo sobre territorios o personas tenga el EIII, más apropiado será el marco jurídico constituido por el derecho de los derechos humanos. (Párrafos 30-31, citado en Clapham, 2015, p. 7)

No obstante, el argumento a favor de la existencia de obligaciones en materia de derechos humanos de los grupos armados no se limita a una fundamentación basada únicamente en esta práctica. Progresivamente, los tratados en materia de de-

rechos humanos han dejado de ignorar a los grupos armados (Clapham, 2014, p. 790).

El instrumento más importante en este aspecto es el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados.⁷⁹ Este Protocolo se basa en la «incorporación del derecho internacional humanitario en la Convención de los Derechos del Niño» (Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 148).⁸⁰

En ese sentido, la prohibición del reclutamiento de niños soldados y de su participación en las hostilidades configura uno de los puntos de convergencia más interesantes e importantes del DIDH y el DIH, tomando características híbridas de cada uno (Happold, 2014, p. 105).

El Protocolo facultativo señala en su artículo 4 que:

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.
3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado.

Respecto de este artículo, algunos autores argumentan que el hecho de que la versión en inglés diga «*should respect*» («deberían respetar») en lugar de «*shall respect*» («deben respetar») implica que no existe una obligación en estricto (Happold, 2014, p. 104; Clapham 2014, p. 790; Henckaerts & Wiesener, 2013,

79 Adoptado por la Asamblea General – Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

80 Traducción propia.

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

p. 148). Este problema, no obstante, no existe en la versión en español del texto, igualmente autoritativa. Además, como afirma Clapham, el hecho de que dicho artículo establezca esa prohibición en toda circunstancia implica que se trata de una obligación efectivamente vinculante (Clapham, 2014, p. 790).

Por otra parte, a nivel regional, la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de las Personas Internamente Desplazadas en África (Convención de Kampala) de 2009 también regula la actuación de los grupos armados. Junto con el Protocolo a la Convención de los Derechos del Niño, constituyen los dos tratados que establecen obligaciones expresamente para los grupos armados (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, pp. 65-66; Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 148), lo que podría sugerir que los Estados consideran que los grupos armados tienen obligaciones en el marco del DIDH (Rodenhäuser, 2015, pp. 4-5). Dicha Convención entiende a los grupos armados como «las fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados que no son las fuerzas armadas del Estado» (artículo 1.e) (Clapham, 2014, p. 791). Esta definición tiene su base en la definición de grupo armado del DIH, en concordancia con la Guía del CICR. Se trata, entonces, de un tratado de derechos humanos que fue creado teniendo a los grupos armados como uno de los principales destinatarios de sus normas. En ese sentido, el artículo 7 de este instrumento lista las siguientes prohibiciones para los grupos armados:

- a. Realizar desplazamientos arbitrarios;
- b. Dificultar la prestación de protección y asistencia a los desplazados internos bajo ninguna circunstancia;
- c. Negar a los desplazados internos el derecho a vivir en condiciones satisfactorias de dignidad, seguridad, servicios de saneamiento, alimentos, agua, atención de salud y vivienda; y separar a los miembros de la familia;

- d. Restringir la libertad de circulación de los desplazados internos dentro y fuera de sus zonas de residencia;
- e. Reclutar niños, exigirles o permitirles tomar parte en las hostilidades en cualquier circunstancia;
- f. Reclutar personas por la fuerza, secuestrarlas o tomarlas como rehenes, inducir las a la esclavitud sexual y la trata de personas, especialmente a mujeres y niños;
- g. Impedir la asistencia humanitaria y los envíos de socorros, equipo y personal destinado a las personas desplazadas internas;
- h. Atacar o dañar al personal humanitario y los recursos u otros materiales desplegados para la asistencia o beneficio de los desplazados internos y destruir, confiscar o desviar tales materiales, e,
- i. Violar el carácter civil y humanitario de los lugares donde se albergan los desplazados internos e infiltrarse en dichos lugares.

Por otra parte, aunque no se trate de documentos con carácter legal, diversos informes de Comisiones de la Verdad alrededor del mundo citan las acciones de los grupos armados que participaron en el conflicto en cuestión como «violaciones a los derechos humanos» (Clapham, 2006b, pp. 503-504, citado en Clapham, 2014, pp. 767 y 789-790).

Así, por ejemplo, en el caso de la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana, su informe final concluyó:

Para la CVR, el PCP-SL fue el *principal perpetrador de crímenes y violaciones de los derechos humanos tomando como medida de ello la cantidad de personas muertas y desaparecidas*. Fue responsable del 54 por ciento de las víctimas fatales reportadas a la CVR. Esta cuota tan alta de responsabilidad del PCP-SL es un caso excepcional entre los grupos subversivos de América Latina y una de las sin-

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

gularidades más notorias del proceso que le ha tocado analizar a la CVR. (CVR, 2003, párrafo 13) (Cursivas nuestras)

Como se puede observar, la CVR peruana no duda en calificar los actos de Sendero Luminoso como violaciones de los derechos humanos. Ni siquiera utiliza el término «abusos» que, como ya se mencionó, es alegado por algunos autores para afirmar que representan obligaciones meramente morales.

Así mismo, la Comisión de la Verdad para El Salvador (1993), en su informe final, argumentó lo siguiente:

Es cierto que, en principio, el derecho internacional de los derechos humanos solo es aplicable a los gobiernos [...]. Sin embargo, hay que reconocer que cuando se da el caso de insurgentes que ejercen poderes gubernamentales en territorios bajo su control, también se les puede exigir que cumplan con ciertas obligaciones en materia de derechos humanos, vinculantes para el Estado según el derecho internacional; por ende, resultarían responsables en caso de un incumplimiento. (p. 11, citado en Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 154)

Como conclusión, aunque la práctica no sea homogénea (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, p. 67; Ronen, 2013, p. 50; Kleffner, 2014, p. 61), existe una tendencia, con la que estamos de acuerdo, a afirmar que los actores no estatales, incluyendo los grupos armados organizados, tienen obligaciones en materia de derechos humanos (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, pp. 73-74; Rodenhäuser, 2015, p. 4; Ronen, 2013, p. 50; Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 161), al menos en dos sentidos: 1) todos los actores no estatales, incluyendo grupos armados organizados, tienen obligaciones en materia de *ius cogens*; y, 2) existe un mayor grado de certeza o uniformidad en esta afirmación cuando se trata de grupos armados organizados con

control sobre una población (Bellal, Giacca & Casey-Maslen, 2011, p. 69; Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 161; Ronen, 2013, p. 50).⁸¹ En ese sentido, la discusión se centra más en cuáles son las obligaciones en materia de derechos humanos que tienen los grupos armados (Bellal, 2014, p. 4). Se ha identificado, por lo tanto, una práctica de «pendiente resbaladiza» en la atribución de dichas obligaciones para los distintos tipos de grupos armados (2014, p. 4).

Volviendo a los distintos tipos de violencia intrafilas, es preciso resaltar que la prohibición de la tortura se encuentra dentro de las normas de *ius cogens* (TPIY, 1998, párrafo 144). A su vez, los distintos tipos de violencia sexual podrían ser juzgados como crímenes internacionales si cumplen con los requisitos establecidos por el derecho penal internacional (Mitchell, 2005, p. 254). Por lo tanto, este tipo de violencia intrafilas podría enmarcarse en la primera posición, es decir, que todos los grupos armados tienen obligaciones en materia de *ius cogens*.

Como contrapartida de la posible protección otorgada en el ámbito del DIDH, el derecho penal internacional también ha buscado criminalizar la violación de estas normas. Los problemas que existen respecto a esta criminalización serán analizados a continuación.

3.3. Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (CPI) fue creada en 1998 a través de su tratado constitutivo: el Estatuto de Roma. La importancia de este tribunal reside en su naturaleza permanente, inde-

⁸¹ Bellal ha identificado una clasificación similar, pero tripartita (Bellal, 2014, p. 4).

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

pendiente y el haber sido creada por un tratado multilateral (Mirceva, 2004; Salmón, 2006, pp. 162-163). También, en que su estatuto cristaliza y pone por escrito de manera expresa la existencia de crímenes internacionales que anteriormente solo formaban parte de la costumbre (Condorelli, 1999, p. 9, citado en Salmón & García, 2000, p. 21).

De acuerdo con los objetivos de nuestra investigación, desarrollaremos y analizaremos dos casos bajo la competencia de la CPI: el antes mencionado caso contra Thomas Lubanga, y aquel contra Bosco Ntaganda. Lo relevante de estos dos casos es que trataron el tema de los crímenes cometidos contra miembros de los grupos armados organizados por los mismos grupos.

3.1.1. El caso contra Thomas Lubanga Dyilo y la protección de los niños soldados

El Caso Lubanga versa sobre el reclutamiento forzado de niños soldados y su uso para participar activamente en las hostilidades. Thomas Lubanga Dyilo fue un *warlord* congolés, miembro de la Unión de Patriotas Congolese (UPC) desde su creación el 15 de septiembre del año 2000 (CPI, 2016, p. 1). A través de su brazo armado, la Force Patriotique pour la Libération du Congo (FPLC), tomó Ituri (República Democrática del Congo) en septiembre de 2002 y desde esa fecha hasta el 13 de agosto de 2003 participó en un conflicto armado de carácter no internacional, en el cual era parte junto con otros grupos armados organizados de la etnia Lendu (2016, p. 1).

El 14 de marzo de 2012 Lubanga fue hallado culpable por la CPI por los cargos de reclutamiento de niños soldados y su uso para participar activamente en las hostilidades. Esta decisión fue luego confirmada cuando se emitió la sentencia de apelación el 1 de diciembre de 2014.

Se debe precisar que África, en relación con todo el mundo, posee 40 % de los niños soldados existentes (Drumbl, 2014, p. 92). También es necesario reconocer que las niñas son aproximadamente un 40 % de los menores soldados (Save the Children, 2005, p. 1, citado en Wessells, 2006, p. 9, citado en Drumbl, 2014, p. 96). Además, también es preciso resaltar que la violencia sexual es una «característica definitoria» del conflicto armado en el que se sitúa el caso Lubanga (WIFGJ, agosto de 2006, pp. 2-3, citado en Tan, 2014, p. 119).

Como ya mencionamos, la sentencia halló a Lubanga culpable de: i) reclutar forzosamente a niños soldados, y ii) usarlos para participar activamente en las hostilidades. De esta manera, este caso es importante porque en su sentencia de primera instancia se reconoce que el crimen de uso de niños soldados es independiente del crimen de reclutamiento de niños soldados (Tan, 2014, p. 118). Aunque la prohibición de reclutamiento y uso de niños soldados fue también incluida en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (CPI, 2012a, párrafo 603), en la jurisprudencia de este tribunal no parece existir una diferenciación de tres crímenes diferentes y autónomos, mencionándose a los tres de manera conjunta (Tan, p. 126). En la sentencia del Caso Lubanga, la CPI aclara este punto al afirmar que se trata de tres crímenes autónomos el uno del otro, por lo que no es necesario que haya reclutamiento para que haya uso para participar activamente en las hostilidades (CPI, 2012a, párrafo 620). Además, como afirmó el tribunal, de las dos «modalidades» de reclutamiento en el Estatuto de Roma, la conscripción implica compulsión, mientras que el alistamiento comprende actos voluntarios (2012a, párrafo 608). Sin embargo, al tratarse de menores de edad, la voluntad o falta de voluntad para unirse es irrelevante (párrafo 617).

Vale resaltar, sobre este tipo penal, tres características más. En primer lugar, existe un deber de diligencia al momento de

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

realizar el reclutamiento que obliga, por un lado, el deber de verificar la edad de la persona que va a ser reclutada, y, por otro lado, prohíbe reclutar a aquellos que no pueden probar su edad (McBride, 2014, p. 69). En segundo lugar, como consecuencia de la autonomía del crimen de uso para participar activamente en las hostilidades, esto también significa que no es necesario que la intención del reclutamiento sea la participación activa en las hostilidades para que se pueda configurar la comisión del primero (2014, p. 188).

Además, se debe relevar también la naturaleza continua de crimen de reclutamiento de niños (McBride, 2014, p. 59). Así lo determinó la Sala de Primera Instancia I en la sentencia del Caso Lubanga al afirmar:

Therefore, the Chamber agrees with the Pre-Trial Chamber that under the provisions set out above, the offences of conscripting and enlisting are committed at the moment a child under the age of 15 is enrolled into or joins an armed force or group, with or without compulsion. In the circumstances of this case, conscription and enlistment are dealt with together, notwithstanding the Chamber's earlier conclusion that they constitute separate offences. These offences are continuous in nature. They end only when the child reaches 15 years of age or leaves the force or group. (CPI, 2012a, párrafo 618)

Al respecto, se puede afirmar que una de las contribuciones del Estatuto de Roma es su desarrollo de la protección contra la violencia hacia niños en el marco de los conflictos armados en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional (Van Bueren, 1995, p. 173, citado en McBride, 2014, p. 48). Sobre todo, porque ningún instrumento internacional había incluido expresamente el reclutamiento de niños soldados como un crimen internacional con anterioridad al Estatuto de Roma (McBride, 2014, p. 48).

Sin embargo, la mayor fuente de cuestionamientos al proceso seguido contra Lubanga fue la falta de presentación de cargos y condena por la comisión de actos de violencia sexual (Tan, 2014, p. 121; Grey, 2014b, p. 606). La respuesta de la Fiscalía ante estos reclamos se basó en la ausencia de evidencia y en la forma esporádica de los crímenes de violencia sexual cometidos (WIFGJ, 2006, p. 5, citado en Tan, 2014, p. 121). Esta última afirmación parecería indicar que la Fiscalía consideraba que la forma correcta de presentar los cargos por tales actos sería a través del artículo 7, crímenes de lesa humanidad.

No obstante, una vez iniciado el juicio, la Fiscalía sí prestó atención a la violencia sexual perpetrada por el UPC (Tan, 2014, pp. 122-123; Grey, 2014b, p. 606), resaltando en su discurso de apertura que:

Let me address the particular issue of sexual violence in the context of child recruitment and the fate of girl soldiers enlisted, conscripted, and used in combat by Thomas Lubanga's militia. In the Camps, child soldiers were exposed to the sexual violence perpetrated by Thomas Lubanga's men in unspeakable ways. As I said before, young boys were instructed to rape. In the training camps, girl soldiers were the daily victims of rape by the commanders. (CPI, 2009, p. 11, citado en Tan, 2014, p. 122)

Sin embargo, debido a que no había presentado los cargos de violencia sexual contra niños soldados como un crimen independiente, la Fiscalía optó por incluirlos dentro del crimen de «uso para participar activamente en las hostilidades» (Tan, 2014, p. 124).

La Sala de Primera Instancia I se pronunció sobre el término «participación activa en las hostilidades» en la sentencia de primera instancia. El criterio adoptado por la Sala en esa decisión fue el siguiente:

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

The extent of the potential danger faced by a child soldier will often be unrelated to the precise nature of the role he or she is given. Those who participate actively in hostilities include a wide range of individuals, from those on the front line (who participate directly) through to the boys or girls who are involved in a myriad of roles that support the combatants. All of these activities, which cover either direct or indirect participation, have an underlying common feature: *the child concerned is, at the very least, a potential target*. The decisive factor, therefore, in deciding if an «indirect» role is to be treated as active participation in hostilities is whether the support provided by the child to the combatants exposed him or her to real danger as a potential target. In the judgment of the Chamber these combined factors – the child’s support and this level of consequential risk – *mean that although absent from the immediate scene of the hostilities, the individual was nonetheless actively involved in them*. Given the different types of roles that may be performed by children used by armed groups, the Chamber’s determination of whether a particular activity constitutes «active participation» *can only be made on a case-by-case basis*. (CPI, 2012a, párrafo 628, citado en Tan, 2014, p. 128) (Cursivas nuestras)

En ese sentido, dos son los puntos centrales del anterior párrafo: en primer lugar, establece un criterio para determinar qué constituye «participación activa en las hostilidades» (el hecho de ser considerado como un objetivo potencial); y, en segundo lugar, determina cómo se debe hacer uso de dicho criterio (en un análisis caso por caso). Este es, no obstante, un estándar más específico y restringido que aquel usado por el TESL (Tan, 2014, p. 129).

El criterio adoptado por la Corte en esta decisión parece guardar relación con la interpretación que se le otorgó al tér-

mino al momento de la adopción del texto del Estatuto de Roma:

Los términos «utilizar» y «participar» se han adoptado a fin de abarcar tanto la participación directa en el combate como la participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como la exploración, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños como señuelos, correos o en controles militares. No quedarían abarcadas las actividades que claramente no guardan relación con las hostilidades, como la entrega de alimentos a una base aérea o el uso de servicio doméstico en el hogar de un oficial. Sin embargo, la utilización de niños en funciones de apoyo directo, por ejemplo como portadores de suministros hasta el frente, o en actividades en el propio frente, quedaría incluida en esos términos. (Comité preparatorio sobre el establecimiento..., 1998, nota a pie 12, citado en Tan, 2014, p. 134) (Cursivas nuestras)

Este es un estándar más cercano a las normas del DIDH, incluyendo al *soft law*, que el de las normas de DIH (Tan, 2014, pp. 132-134). Desde un enfoque de mayor protección a los niños soldados, ahora se hace uso del término «niños asociados con los grupos armados» (Drumbl, 2014, p. 91). Esta es la nomenclatura utilizada en los Principios de París, conjunto de directrices a favor de la protección de los derechos humanos de los niños y las niñas que participan en conflictos armados (UNICEF, 2007).

En efecto, en el marco del DIDH, desde la década de 1990 el tema de la explotación sexual sufrida por niños y niñas por parte de las fuerzas armadas ha sido un foco de interés y preocupación, a partir del informe de Graça Machel (1996) sobre el impacto de los conflictos armados en los niños (Tan, 2014, p. 132). Al año siguiente, los Principios de Ciudad del

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

Cabo establecieron que en la definición de niños soldados se incluía «a las niñas que eran reclutadas con fines sexuales o de matrimonio forzado» (UNICEF, 1997, citado en Tan, 2014, p. 133).⁸²

Como afirma Tan, si se usara esta definición, una niña que haya sido «reclutada» únicamente con fines sexuales podría ser atacada de manera válida, debido a que los miembros de los grupos armados, sean niños o no, son blancos válidos de ataque (Tan, 2014, p. 141).

Esta definición de «participación activa en las hostilidades» no ha estado exenta de críticas. Así, Jenks ha sostenido que la separación entre participación *directa* y participación *activa* fue un error por parte de la CPI (Jenks, 2013, p. 109), al afirmar que el argumento utilizado por dicho tribunal respecto al no empleo del término «directo» en el Protocolo Adicional II es «literalmente verdadero, pero sustancialmente falso» (2013, p. 121).⁸³

Es necesario resaltar, no obstante, que la Sala de Primera Instancia I no acogió la argumentación en torno a la violencia sexual por una cuestión técnica (Tan, 2014, pp. 118-119), debido a que la sentencia, según el Estatuto de Roma, no puede ir más allá de los hechos y/o alegaciones fácticas presentes en la decisión de confirmación de cargos (CPI, 2012a, párrafo 630).

No todos los jueces estuvieron de acuerdo con esta decisión. La jueza Elizabeth Odio Benito emitió una opinión disidente en la que, respecto de esta investigación, resulta de interés el primer punto, relacionado con la definición legal del crimen de reclutamiento y uso de niños soldados. La posición adoptada por la jueza Odio Benito afirma que la definición del crimen de uso para participar activamente en las hostilidades también

82 Traducción propia.

83 Traducción propia.

comprende actos de violencia sexual (CPI, 2012b, párrafo 20), acogiendo el argumento tardío de la Fiscalía:

Although the Rome Statute's provisions are applied and interpreted in relation to specific charges brought against individuals, the Chamber must not disregard the interests that these provisions are meant to protect. In the present case, the statutory provisions are meant to protect the life and personal integrity of children under the age of 15. It would thus be impermissible for a Chamber to decline to enter a comprehensive legal definition of a crime and leave it open to a case-by-case analysis or to the limited scope of the charges brought against the accused. This would be a step backwards in the progressive development of international law. (2012b, párrafo 7)

La jueza Odio Benito, entonces, afirma que el hecho de que la violencia sexual no sea comprendida dentro del término «participación activa en las hostilidades» invisibiliza estas violaciones sufridas por las niñas miembros de los grupos armados (2012b, párrafo 16).

3.1.2. El caso contra Bosco Ntaganda y la protección frente a la violencia sexual

Bosco Ntaganda fue comandante de operaciones de las Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (CPI, 2019, p. 1). El 22 de marzo de 2013 se entregó voluntariamente a la Corte Penal Internacional (2019, p. 1). Aunque no existe una versión oficial, se presume que lo hizo para no ser asesinado, esperando tener más seguridad bajo el poder de la Corte Penal Internacional (Fisher, 2013, citado en Kuniewicz, 2015, p. 81).

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

El 9 de junio de 2014, la Sala de Cuestiones Preliminares II emitió la decisión de confirmación de cargos (CPI, 2014a). Ntaganda está acusado de 18 cargos, incluyendo 13 por crímenes de guerra (CPI, 2019, p. 1). Entre estos últimos se encuentran la violación, la esclavitud sexual y el reclutamiento y uso en la participación de hostilidades de niños soldados menores de 15 años. En ese sentido, uno de los puntos que se resalta del caso es que pone en cuestión la dicotomía antes identificada de mujeres solo como víctimas, ya que se trata de víctimas y combatientes a la vez (Grey, 2014b, p. 613).

A diferencia de lo sucedido en Lubanga, la Fiscalía presentó cargos por violencia sexual de manera autónoma, optando por una aproximación más directa (Rodenhäuser, 2016a, p. 6). En ese sentido, se reconocieron los tipos de violencia sexual a las que eran sujetas las niñas en el FPLC:

From 2 July 2002 to 31 December 2003, UPC/FPLC commanders and soldiers raped and sexually enslaved their soldiers without regard to age, including child soldiers under the age of 15. Some child soldiers became pregnant as a result of their rape. Child soldiers were often raped by more than one UPC/FPLC commander or soldier. These child soldiers were raped routinely when they were not participating in hostilities, such as during military training and after battles had taken place. UPC/FPLC commanders and soldiers referred to child soldiers (and other girls and women in the UPC/FPLC above the age of 15) as *guduria*, a large cooking pot, to mean that they could be used for sex whenever the soldiers wanted them for that purpose. (CPI, 2014d, párrafo 100, citado en Grey, 2014b, p. 610)

Los cargos se basan en el artículo 8.2.e.vi, cuyo texto se detalla a continuación:

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

[...]

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Por lo tanto, en el caso Ntaganda, por un lado, se acoge la preocupación por los crímenes de violencia sexual contra los miembros del grupo armado, pero no por medio del uso para participar activamente en las hostilidades, sino a través de crímenes de violencia sexual autónomos (Grey, 2014b, p. 609).

Según el razonamiento de la decisión de la confirmación de cargos, parecería que la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI ha adoptado una posición en la que afirma que los miembros de los grupos armados no se encuentran participando activamente en las hostilidades cuando son víctimas de violación o de otros tratos crueles e inhumanos, a la luz del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Si la Sala de Primera Instancia y, eventualmente, la de Apelaciones, acoge esta interpretación, la decisión tendría repercusiones importantes no solo en el ámbito del DPI, sino también en el del DIH (Rodenhäuser, 2016a, p. 9). A pesar de tratarse de la aplicación de una disposición de un instrumento de DPI, la norma subyacente es una de DIH. Esto debido a que primero debe configurarse una violación del DIH para que exista un crimen de guerra (Cassese, 2013, pp. 65-66; Cryer, Friman, Robinson & Wilmschurst, 2014, pp. 268-270, citado en Grey, 2015, p. 2). Se

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

plantea, entonces, la cuestión de si tal postura mejora la protección contra la violencia intrafilas a costa de la protección contra ataques, resultando finalmente contraproducente (Jenks, 2013, p. 122; Rodenhäuser, 2016a, p. 9; Tan, 2014, p. 132 y 141). Esta pregunta será abordada a continuación.

La definición de participación *activa* en las hostilidades adoptada en la confirmación de cargos en el caso Ntaganda plantea una serie de cuestiones que se pueden agrupar en dos puntos centrales. El primero es el hecho de que tal postura supone que el artículo 3 común brinda protección a los miembros del grupo frente a otros integrantes de él. El segundo punto corresponde a los alcances de la decisión de diferenciar participación activa en las hostilidades de participación directa en las hostilidades.

En ese sentido, dos artículos del Estatuto de Roma son importantes para poder realizar el análisis del artículo 3 común (Tan, 2014, p. 139). En primer lugar, el primer párrafo del artículo 8.2.e establece que dichos crímenes se encuentran «dentro del marco establecido de derecho internacional» (2014, p. 139). En segundo lugar, el artículo 21 de ese tratado determina que el derecho aplicable es «[e]n segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados» (p. 139). Por lo tanto, en virtud de tales disposiciones, al momento de analizar cuál es el alcance de esta, será necesario recurrir no solo al Estatuto y a los elementos de los crímenes, sino también a las normas del derecho internacional humanitario relevantes (Cassese, 2013, pp. 65-66; Cryer, Friman, Robinson & Wilmschurst, 2014, pp. 268-270, citado en Grey, 2015, p. 2).

Respecto del primer punto, el hecho de que las normas del DIH protejan a los miembros de las fuerzas armadas/grupos

armados frente a la actuación de la otra parte del conflicto ha sido el argumento utilizado por la defensa de Ntaganda. Esta sostiene que el ámbito de protección del artículo 4.3.d. del Protocolo Adicional II solo brinda protección contra acciones de la parte contraria del conflicto contra los niños soldados (Kuniewicz, 2015, p. 83). El Tribunal Especial para Sierra Leona ha expresado, sobre este punto, lo siguiente:

The law of international armed conflict was never intended to criminalise acts of violence committed by one member of an armed group against another, *such conduct remaining first and foremost the province of the criminal law of the State of the armed group concerned and human rights law*. In our view, a different approach would constitute an *inappropriate reconceptualisation* of a fundamental principle of international humanitarian law. We are not prepared to embark on such an exercise. (TESL, 2009, párrafo 1451) (Cursivas nuestras)

Si nos remitimos al comentario del artículo 4.3.d del PA II, este especifica: «Children are particularly vulnerable; they require privileged treatment in comparison with the rest of the civilian population. This is why they enjoy specific legal protection» (Sandoz, Swinarski & Zimmermann, 1987, párrafo 4544). El comentario también afirma que «the fact of having been recruited does not in itself automatically deprive a child of the aid required by his age» (1987, párrafo 4541).

No obstante, existen posiciones contrarias que afirman que el DIH sí podría prohibir conductas por parte del mismo grupo armado sobre sus miembros (Rodenhäuser, 2016a, pp. 1-23). Rodenhäuser (2016a, pp. 18-19) cita por ejemplo el caso Prlić ante el TPIY, en el cual este Tribunal interpretó el artículo 4 del IV Convenio de Ginebra de manera que incluye dentro de la

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

definición de personas protegidas aquellas bajo detención por su propio bando si este último lo hacía porque consideraba que eran parte del enemigo (TPIY, 2013, párrafos 608-611). Esto, sin embargo, no fundamentaría las razones por las cuales esta protección sería aplicable en los conflictos armados no internacionales.

También se postula que si no se sostiene que el DIH protege a los miembros de los grupos armados contra este tipo de violencia quedarían desprotegidos, porque ninguna otra norma de derecho internacional otorgaría esa protección (Rodenhäuser, 2016a, p. 20). Esto es cuestionable ya que, como se demostró en el acápite anterior, existe al menos una tendencia a afirmar que los grupos armados que tienen determinado control poseen obligaciones en materia de DIDH y que, por otro lado, todos los grupos armados tendrían al menos obligaciones mínimas de *ius cogens*. No obstante, es cierto que en el ámbito del derecho penal internacional no existiría ninguna forma de perseguir esos crímenes si no se realizan como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, es decir, como crimen de lesa humanidad (Grey, 2014b, pp. 604-605 y 613). Sin embargo, resulta necesario traer a colación lo dicho por el TPIY sobre el concepto de población civil: «the presence within a population of members of resistance groups, or former combatants, who have laid down their arms, does not alter its civilian characteristic» (TPIY, 2004, párrafo 113; Salmón, 2016, p. 140). Así mismo, en el caso Blagojević y Jokić afirmó: «[t]he term “civilian” refers to persons not taking part in hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds detention or any other cause» (TPIY, 2004, párrafos 113-114; TPIY, 2002b, párrafo 56, citados por TPIY, 2005, párrafo 544). Por lo tanto, sería posible entender que los miembros de gru-

pos armados organizados que cumplan con dichos requisitos podrían ser parte de la población como elemento constitutivo de un crimen de lesa humanidad.

En esa línea, al presentar los cargos por violencia sexual contra niñas soldados en el Caso Ntaganda, la Fiscalía argumentó que proponía de una manera legítima un avance en la interpretación de las normas aplicables del DIH (CPI, 2014b, párrafos 183-185, citado en Grey, 2014b, p. 611). Los tres fundamentos principales de dicha postura fueron (Grey, 2014b, p. 611):

- Que existen supuestos en los que el DIH protege a los miembros de un grupo armado contra la violencia intra-filas, como en el caso del uso para participar activamente en las hostilidades (CPI, 2014b, párrafo 187, citado en Grey, 2014b, p. 611).
- Que las niñas y los niños mantienen en todo momento algunas protecciones, como es el caso de la protección contra la violencia sexual (CPI, 2014b, párrafo 188, citado en Grey, 2014b, p. 611).
- Que, a diferencia de lo argumentado por la defensa, la protección especial (CICR, 2003b, citado en Salmón, 2016, pp. 103-104) otorgada por el artículo 4.3.d. del PA II no se limita a los supuestos en los que los niños o niñas son capturados(as), ya que la base es su condición de grupo vulnerable (CPI, 2014b, párrafo 189, citado en Grey, 2014b, p. 611).

Esto se encuentra de acuerdo con lo señalado en el caso contra Katanga y Ngudjolo Chui, donde se afirmó que son los miembros adscritos al mismo grupo armado los que pueden cometer los crímenes de reclutamiento o uso de niños soldados

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

(CPI, 2008, párrafo 248, citado en Grey, 2015, p. 8). Así mismo, autores como Cryer y Sivakumaran han identificado supuestos en los que no se aplica la regla de la falta de protección en el DIH contra actos de la misma parte del conflicto, destacando entre ellos los actos de violencia sexual y el uso de niños en las hostilidades (Cryer, Friman, Robinson & Wilmshurst, 2014, pp. 283; Sivakumaran, 2012, pp. 246-249, citado en Grey, 2015, p. 8).

De esta manera, la naturaleza antes señalada de la prohibición y criminalización del reclutamiento y uso para participar en las hostilidades de niños contiene una naturaleza dual de DIDH y DIH (Happold, 2014, pp. 104-105). No obstante, la interpretación propuesta se parece más a una protección propia del DIDH: la noción de «niños asociados a las fuerzas armadas» parece ser la inspiración de esta interpretación y es una propia del DIDH, que busca ampliar el nivel de protección en la mayor medida posible (Beringola, 2016, p. 59).⁸⁴

En tal sentido, finalmente, los jueces de este Tribunal aceptaron los cargos por violencia sexual por el artículo 3 común, es decir, por la protección general (CICR, 2003b, citado en Salmón, 2016, p. 106) (y también por la protección de los artículos 4.1 y 4.2 del Protocolo Adicional II) (Grey, 2015, p. 9; Salmón, 2016, p. 106).

Respecto al segundo punto, relativo a la protección de niños y niñas que participan en conflictos armados, es necesario resaltar que en el marco del DIH se ha entendido que los términos «participación *activa* en las hostilidades» y «participación *directa* en las hostilidades» cobran el mismo significado. Esta es la postura adoptada por el CICR en la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades* (Melzer, 2009, pp. 43-45). En esta misma línea, en el Caso Akayesu, el

84 Ver también Tan (2014, p. 125).

TPIR encontró que estos dos términos podían ser usados como sinónimos (TPIR, 1998, párrafo 629).

Por otro lado, el hecho de que en el texto en francés de los Convenios de Ginebra se haga uso del término «*participent directement*» serviría como un argumento más a favor de la equivalencia de estos dos términos (Tan, 2014, p. 136; Melzer, 2009, pp. 43-45).

En la versión en inglés autoritativa del texto, el artículo 3 común utiliza la frase «active part in the hostilities» (la versión en español, no obstante, usa el término «directa»). Sin embargo, el artículo 51.3 del Protocolo Adicional I y el artículo 4.1 del Protocolo Adicional II emplean el término «participen *directamente* en las hostilidades» (término también usado en las versiones autoritativas en inglés) (Melzer, 2009, pp. 43-44).

En consecuencia, si se entiende que la participación activa en las hostilidades, equiparable a la noción de participación directa, en el marco del artículo 3 común, también comprende cualquier acto que ponga en peligro al niño, esto implicaría que dichos niños son objetivos legítimos de ataque (Jenks, 2003, pp. 109 y 122).⁸⁵ Jenks (2003) ha denominado a esta consecuencia «mutualismo perverso» (p. 109). Esta posición también fue adoptada por el Tribunal Especial para Sierra Leona: «An overly expansive definition of active participation in hostilities would be inappropriate as its consequence would be that children associated with armed groups lose their protected status as persons hors de combat» (TESL, 2009, párrafo 1723).

Aún más: si se sostiene que actos de violencia sexual como la esclavitud sexual impiden que las personas puedan participar activamente en las hostilidades durante el tiempo que se encuentran sometidas a estas prácticas, esto implicaría que no podrían ser blanco de ataque durante todo el tiempo

85 En ese mismo sentido, Rodenhäuser (2016a, p. 9); Tan (2014, pp. 131 y 141).

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

que se encuentran siendo esclavas sexuales (Jorgensen, 2012, p. 669, citado en Grey, 2014b, p. 614; Grey, 2014b, p. 614; Grey, 2015, p. 11; Grey, 2014a), incluso si al mismo tiempo cumplen una función continua de combate. Esto resultaría problemático, porque a menudo las niñas soldado cumplen funciones de combate pero también son objeto de violencia sexual (United Nations Special Representative of the Secretary General on Children and Armed Conflict, 2008, párrafo 22).

Hay posiciones, en contraste, que sostienen que la razón de ser de ambas disposiciones es distinta y, por lo tanto, deben ser interpretadas bajo diferentes parámetros:

the different objectives pursued under the different provisions, and the clear intent of the drafters, the notion of ‘to participate actively in hostilities’ under Article 8(2)(e)(vii) can be interpreted as being broader than the concept of DPH [Direct Participation in Hostilities] under other provisions of the ICC Statute. Yet, if this interpretation is followed, it must be clear that such broad interpretation is without effect on the notion of DPH under other provisions of Article 8 ICC Statute or IHL. (Rodenhäuser, 2016a, p. 11)

Sin embargo, consideramos que, como afirma Rodenhäuser al sostener que «except in its relationship to the adversary, children retain their civilian status and therefore their special protection under IHL in all circumstances» (2016a, p. 16), es una interpretación errónea de las normas del DIH.⁸⁶ No se puede afirmar que la calificación del estatus de una persona, aunque sea niño

86 En el mismo sentido, tampoco consideramos que ellos sigan siendo civiles salvo cuando participan activa o directamente en las hostilidades (Nicholson, 2016). En esta línea, Mégret (2013) ha afirmado que podría darse un estatus especial a los niños soldados, ya sea como miembros no combatientes o como no combatientes, salvo cuando participan di-

o niña, funciona únicamente en relación con una parte del conflicto. Los miembros de las fuerzas armadas del Estado son considerados como personas que participan en las hostilidades para todas las partes del conflicto, no solo para una. Por otro lado, el afirmar que «[a]cts of rape committed against children under the age of 15 by members of their own group frequently lead to severe physical and psychological harm, which renders the victim at least temporarily incapacitated, defenceless and thus hors de combat» (Rodenhäuser, 2016a, p. 21) también resulta problemático porque lo mismo se podría aplicar respecto de los miembros de las fuerzas armadas y de los grupos armados bajo el criterio de función continua de combate, mientras duermen, debido a que se encuentran incapacitados para atacar, pero durante ese intervalo sí podrían ser blancos de ataque. Tampoco resulta apropiado el citar el daño psicológico provocado como una causal del estatuto de *hors de combat*, porque i) en ninguno de los elementos de los tres tipos tradicionales (HEN, personas que han depuesto las armas y personas en poder del enemigo) se considera el elemento psicológico y porque ii) los miembros de las fuerzas armadas constantemente presentan problemas psicológicos debido al contexto bélico en el que se encuentran y siguen siendo considerados y consideradas como miembros de dichas fuerzas. Así mismo, la CPI no se ha manifestado sobre por qué esta protección no es extensiva a todas las personas bajo el artículo 3 común (Grey, 2015, p. 9).

De esta manera, ¿cómo se podría atender a estas preocupaciones, legítimas, sin ir más allá de la protección realmente

rectamente en las hostilidades (p. 3). En esa línea, surgen dudas si, por motivos de coerción, se podría aplicar lo mismo a todas las personas de manera uniforme (Hague, 2016). Por otro lado, también se ha sugerido que, aunque los niños puedan ser combatientes, se cambien los umbrales para analizar cuándo son objetivo legítimo de ataque y/o utilizando los métodos o medios menos dañinos (Provost, 2016).

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

existente en el marco del Derecho Internacional? En el siguiente acápite propondremos una respuesta.

3.3. La protección contra la violencia intrafilas en los grupos armados en el DIH actual: ¿se ha logrado una protección más amplia?

En virtud de todo lo afirmado anteriormente, ¿se estaría creando entonces una noción de «participación activa en las hostilidades» propia del DPI y únicamente aplicable en lo que respecta al uso de niños soldados y no respecto de identificar blancos de ataques válidos? (Graf, 2012, p. 17; CPI, 2014c, párrafos 1041-1042; Werle & Jessberger, 2014, p. 466. Citados en Rodenhäuser, 2016a, p. 10; Rodenhäuser, 2016a, p. 11). Algunos autores han propuesto que, al adoptar el Estatuto de Roma, se crearon nuevas normas no existentes en el DIH (Sipowo, 2013, p. 301). Este fenómeno de creación de DIH por el DPI puede rastrearse hasta los Tribunales *Ad Hoc* (2013, p. 303).

Una explicación es que, al adoptar el Estatuto de Roma, y según los comentarios antes expuestos, los Estados Partes han ampliado la protección otorgada originalmente en el marco del DIH. Como se ha afirmado, el *chapeau* del artículo 8.2.e del Estatuto de Roma se refiere a «Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes». Este contexto del «derecho internacional» también comprendería el desarrollo del DIDH en virtud de la protección de los niños asociados con las fuerzas armadas (Tan, 2014, pp. 125 y 132-135).

En el marco del uso para participar activamente en las hostilidades, y no respecto a las normas del *targeting* (Rodenhäuser, 2016a, p. 11), se debe entender este término en el sentido de «niños asociados a las fuerzas armadas» (Tan, 2014, p. 125), para estar conforme con el carácter protector con el que se criminalizó esta conducta en el Estatuto de Roma. Esto difiere de la propuesta de interpretar la noción de participación activa en las hostilidades (8.2.e.vii.) de manera amplia (Graf, 2012, p. 14; CPI, 2014c, párrafos 1041-1042, citados en Rodenhäuser, 2016a, p. 10), y la de participación directa en las hostilidades de manera restrictiva (Graf, 2012, p. 17; Werle & Jessberger, 2014, p. 466, citados en Rodenhäuser, 2016a, p. 10). También se ha afirmado que, análogamente, este argumento permitiría interpretar la participación en las hostilidades consagrada en el Estatuto de Roma para criminalizar los ataques contra civiles y el uso de niños soldados de manera diferente (Rodenhäuser, 2016a, p. 10). Sin embargo, esta propuesta es distinta debido a que no se trata de interpretaciones, sino de nociones distintas: no es cuestión de interpretar una noción de dos formas distintas según su contexto, sino de afirmar que se ha independizado la noción de participación activa en las hostilidades en el marco de la protección de los niños soldados de la noción de participación directa en las hostilidades.

Esto evitaría la necesidad de, por ejemplo, enmendar el Estatuto de Roma, como sostienen algunos autores (Jenks, 2013, p. 124). A favor de esta distinción, se debe indicar que el Estatuto, en su versión en español, usa la palabra «directamente» para prohibir ataques contra la población civil, pero «activamente» para la prohibición de uso de niños asociados con las fuerzas armadas (Rodenhäuser, 2016a, pp. 10-11).⁸⁷

87 El autor también hace un análisis de la versión en francés con resultados parecidos (p. 10).

No obstante, a diferencia de lo antes mencionado respecto al uso para participar directamente en las hostilidades, al igual que Tan, no consideramos que esta sea la ruta para criminalizar los actos de violencia sexual contra los miembros de un grupo armado (Tan, 2014, pp. 132 y 148-149). Creemos que esta criminalización se debe dar en el marco del artículo 8.2.e. vi) del Estatuto de Roma. Como ya se mencionó, el *chapeau* se refiere a otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido del derecho internacional. Así, a la luz de la naturaleza de «*minimum yardstick*» afirmado por la CIJ, las partes del conflicto deben brindar este trato humanitario a sus propios miembros (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005, párrafo 547; Rodenhäuser, 2016a, p. 19). En esta línea, los comentarios actualizados al Primer Convenio de Ginebra de 1949 realizados por el CICR en el 2016, en lo correspondiente al artículo 3 común, afirman que también ha considerado a los distintos tipos de violencia sexual como prohibidos bajo el artículo 3 común (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005, párrafo 696).

Además, conteniendo el artículo 3 común consideraciones básicas de humanidad, entre dichas consideraciones deben encontrarse las normas de *ius cogens*, incluida la prohibición de la tortura (Rodenhäuser, 2016a, p. 20), que, como afirmó el TPIY, cuando se cumpla con los requisitos de su definición, también puede comprender las violaciones sexuales. Así mismo, siguiendo este argumento, otras formas de violencia sexual podrían ser consideradas como tortura si cumplen con los requisitos de la definición. Esto, además de la propia prohibición de tortura.

De esta manera, la tortura, los tratos crueles e inhumanos y los distintos tipos de violencia sexual podrían ser considerados

como crímenes de guerra al cometerse en contextos de violencia intrafilas (2016a, pp. 20-21), sin necesidad de cumplir con los requisitos de sistematicidad y/o generalidad de los crímenes de lesa humanidad (Grey, 2014b, p. 613), ni que se dirijan contra la población civil, lo cual sería un problema para el caso de miembros de grupos armados organizados, según explicamos líneas atrás (Grey, 2014b, p. 605),⁸⁸ pero sería independiente del crimen de reclutamiento y de uso para la participación activa (Tan, 2014, pp. 142-143). Es necesario recordar, no obstante, que el criterio adoptado para definir población civil no excluye que puedan encontrarse en ella miembros de grupos armados que están fuera de combate (TPIY, 2004, párrafos 113-114; TPIY, 2002b, párrafo 56, citados por TPIY, 2005, párrafo 544; TPIY, 2004, párrafo 113; Salmón, 2016, p. 142).

Así mismo, los comentarios actualizados al I Convenio de Ginebra también indican que el artículo 3 común protege a los miembros de los grupos armados frente a las acciones del mismo grupo, con base en su naturaleza de «*minimum yardstick*» (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005, párrafo 547). Esto se condice con el hecho de que la CPI haya concluido, en el Caso Ntaganda, que las víctimas se encontraban bajo la «protección general» (Grey, 2015, pp. 2-3; CICR, 2003b, citado en Salmón, 2016, p. 106) del artículo 3 común, que no se restringe a niños (CPI, 2014a, párrafo 77, citado en Grey, 2015, p. 9; Grey, 2014b, p. 612).

Al adoptar esta posición, entonces, se abre la protección contra la violencia intrafilas más allá de los actos de violencia sexual, y no solo respecto a la protección especial que tienen los niños y las niñas (Grey, 2014b, pp. 603, 612 y 615; CICR, 2003b, citado en Salmón, 2016, pp. 106-107). Todos los actos prohibidos estipulados en el artículo 3 común constituirían ti-

88 En el mismo sentido, Rodenhäuser (2016b)

pos de violencia intrafilas prohibidas para los grupos armados en el marco del DIH (Rodenhäuser, 2016a, pp. 20-21), y también para las fuerzas armadas estatales. En ese sentido, la prohibición de la tortura o de la violación debe ser respetada en todos los escenarios (Sassöli & Shany, 2011, p. 431).

Esto, dejando de lado el requisito de «personas que no participen activamente en las hostilidades». Una posición de esta naturaleza tendría sus precedentes, debido a que una interpretación tan amplia más allá del texto literal, como afirma Rodenhäuser (2016a, p. 18), fue realizada en el caso Tadić en torno al requisito de nacionalidad en el artículo 4 del IV Convenio de Ginebra (TPIY, 1999, p. 18).

Esta nueva interpretación también salvaría la situación de las mujeres y niñas sometidas a esclavitud sexual o a uniones forzadas o embarazos forzados, pero que forman parte del grupo armado desempeñando una función continua de combate. Según el razonamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares II, como a) no se puede participar activamente en las hostilidades y ser esclavo(a) sexual al mismo tiempo, b) el crimen de esclavitud sexual tiene una naturaleza continua, entonces, c) mientras las mujeres participan activamente no son esclavas sexuales (Grey, 2015, p. 11). En ese sentido, Grey ha afirmado que este razonamiento «representa de una manera errónea crímenes de violencia sexual de naturaleza continuada» (Grey, 2014a).⁸⁹

Por ejemplo, en el ámbito de las cortes nacionales, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Supremo de Medellín abordó el tema de la violencia sexual como violencia intrafilas en un caso en torno a exintegrantes del Ejército Revolucionario Guevarista (ERG) y el Frente Ernesto Che Guevara del Ejército de Liberación Nacional (ELN) (Tribunal Supremo de Medellín. Sala de

89 Traducción propia.

Justicia y Paz, 2015, p. 1). En él se analizó la posibilidad de legalizar casos de aborto forzado/sin consentimiento realizados contra algunos miembros de ese grupo, considerándolos como una práctica de violencia basada en género (2015, pp. 294-326, 330-352, 560-593, 637-638, 1021-1067, 1207-1219, 1222 y 1250-1255). Tan solo algunas de ellas (tres casos) eran menores de edad al momento de haberse practicado el aborto (Fiscalía General de la Nación, 2015, pp. 341, 587-588, 1021, 1024 y 1053-1054, citado en Tribunal Supremo de Medellín. Sala de Justicia y Paz, 2015, pp. 229, 338-339). Así mismo, se afirmó que el aborto forzado/sin consentimiento podía ser considerado tratos crueles o inhumanos e, incluso, tortura (Tribunal Supremo de Medellín. Sala de Justicia y Paz, 2015, pp. 307-308, 591 y 1066-1067). Al hacer el análisis, fue considerado como una práctica en contra del DIH (2015, pp. 2, 315-316, 1022-1023, 1025, 1027, 1029, 1031-1032, 1034, 1036-1048, 1050, 1052, 1054-1059, 1061, 1063-1064 y 1217-1221). Es preciso resaltar, además, que, con relación al antes discutido reconocimiento de mujeres no solo como víctimas sino también como combatientes, en el presente caso se reonoció que las mujeres miembros de grupos armados podían ser víctimas y victimarias al mismo tiempo (Observatorio de Paz y Conflicto de la Universidad de Colombia, 2015, citado por Tribunal Supremo de Medellín, pp. 319 y 342). Este es un argumento más a favor de la necesidad de que los miembros de los grupos armados, y no solo la población civil, tengan una protección contra la violencia.

Entonces, cobra fuerza el argumento según el cual esta protección también cubriría a civiles que participan en las hostilidades, así como a los miembros de los grupos armados. Cabe recordar que esta categoría pierde protección contra los ataques directivos si llevan a cabo dicha participación.

Esta protección, no obstante, no incluye aquella contra los

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

ataques legítimos que tienen como objetivo obtener una ventaja militar válida sobre el adversario, sino que incorpora también tipos de violencia como la tortura, la violencia sexual, los tratos crueles e inhumanos, toma de rehenes, etcétera (Rodenhäuser, 2016a, p. 11).

Aun así, la Sala de Primera Instancia VI de la CPI se ha distanciado de este razonamiento que fundamenta la protección contra la violencia intrafilas basándose en el artículo 3 común, y ha escogido otra forma de fundamentar la criminalización de la violación sexual y de la esclavitud sexual como formas de violencia intrafilas en su decisión sobre el Alegato de la Defensa sobre la jurisdicción de la Corte respecto a los cargos 6 y 9, emitida el 4 de enero de 2017.

La Sala de Primera Instancia VI llegó a la conclusión de que sí tiene competencia para juzgar casos de violencia sexual intrafilas. No obstante, no definió cuál es la fuente concreta de tal obligación: si es por su incorporación en el Estatuto, o si proviene del derecho internacional humanitario o, incluso, de alguna otra rama del derecho internacional (CPI, 2017b, párrafo 54).

En esta decisión, la mencionada Sala se pronunció acerca de varios puntos. En primer lugar, afirmó que las víctimas del crimen de violencia sexual como crimen de guerra bajo el artículo 8.2.b.xii y 8.2.e.vi no tienen que ser personas protegidas bajo el artículo 3 común, ya que el texto del Estatuto de Roma solo establece este requisito en el *chapeau* del artículo 8.2.c (2017b, párrafo 40). En segundo lugar, afirmó que la característica de tener una gravedad comparable a las violaciones del artículo 3 común se refiere únicamente a los otros tipos de violencia sexual estipulados en el artículo 8.2.e.vi. (párrafo 41). Estos dos argumentos (párrafo 44) se detallan en la tabla 3.

Tabla 3

Artículo	Chapeau	Texto	Conclusión
8.2.c	En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualesquiera de los siguientes actos cometidos contra <i>personas que no participen directamente en las hostilidades</i> , incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:		Crímenes contenidos bajo este artículo deben realizarse contra personas que no participan directamente en las hostilidades (personas protegidas).
8.2.e.vi	Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:	vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada <i>o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.</i>	No es necesario que la víctima sea persona protegida. El requisito sobre la gravedad comparable a una violación al artículo 3 común solo se aplica «a cualquier otra forma de violencia sexual».

Elaboración propia.

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

Por otro lado, afirmó que la prohibición de violencia sexual por el DIH no se limita a las personas fuera de combate o a los civiles, basándose en la Cláusula Martes, el principio de humanidad y las garantías fundamentales (párrafo 47). Así mismo, afirmó que debido a que el DIH busca reducir el sufrimiento en contextos de conflictos armados y que los actos de violencia y violación no otorgan ventaja militar a parte alguna en el conflicto, estos son contrarios a la racionalidad del DIH (párrafo 48). También afirmó que la capacidad de atacar al enemigo, ya sea este miembro de un grupo armado o una persona que participa en las hostilidades, no contempla a la violencia sexual como una forma de ataque (párrafo 49).

Finalmente, la Sala de Primera Instancia VI también recurrió al Comentario actualizado de los Convenios de Ginebra de 2016, en lo referente al artículo común 3, para afirmar que dicho artículo, al ser una protección mínima, también protege a los miembros de los grupos armados contra la violencia intrafilas (párrafo 50).

Por otra parte, en lo que respecta a los rasgos específicos de los crímenes de violación sexual y la esclavitud sexual, afirma que ambos pueden ser entendidos como prohibiciones de naturaleza de *ius cogens*, toda vez que la primera puede ser entendida como tortura, y la segunda, como esclavitud (párrafo 51).

Esta decisión fue apelada por la defensa de Ntaganda. En ese sentido, el 15 de junio de 2017 la Sala de Apelaciones confirmó tal decisión, al ratificar que para los crímenes de violación sexual y de esclavitud sexual no es necesario que la víctima sea una persona protegida bajo el artículo 3 común, y que, además, según el texto del Estatuto, solo es necesario que los actos de violencia sexual que no sean los expresamente señalados en el artículo 8.2.e cumplan con el requerimiento de poseer una gravedad comparable a la de una violación del

artículo 3 común (CPI, 2017a, párrafo 49). Por otra parte, también estableció que la característica definitiva de los crímenes de guerra es el nexo beligerante, y no la calidad de la víctima como persona protegida (2017a, párrafo 68).

Por supuesto, esta decisión no ha estado exenta de críticas. Por ejemplo, Blank (2018) la cuestionó afirmando que se trata de un caso de activismo judicial que va en contra del artículo 22 del Estatuto de Roma sobre el principio de *nullum crimen sine lege*. Por otra parte, Newton (2016) critica que el comentario actualizado del I Convenio de Ginebra dependa de lo afirmado en el caso Ntaganda. Esta crítica se ve reforzada con la fundamentación de la CPI en el comentario actualizado (Kenny & McDermott, 2019, p. 951).

Finalmente, el 8 de julio de 2019 se emitió la sentencia del caso Ntaganda y se le encontró culpable de crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Entre estos últimos se aceptaron los cargos 6 y 9 sobre violación y esclavitud sexual. En esta sentencia, la Sala de Primera Instancia VI recoge lo dicho anteriormente sobre las decisiones de competencias en cuanto a dichos cargos (CPI, 2019, párrafo 965). Es preciso resaltar que esta Sala se refirió a que sus conclusiones no se aplicaban a las supuestas víctimas que no se hubiera probado que tuvieran menos de 15 años, debido a que los cargos no les permitían pronunciarse al respecto (2019, párrafos 970-973).

No estamos de acuerdo con el razonamiento de la Sala de Primera Instancia VI que luego fue ratificada en segunda instancia. En primer lugar, porque estas salas hacen una diferenciación entre los crímenes contemplados en el artículo 8.2.c y aquellos del artículo 8.2.e, afirmando que los segundos no estarían limitados por la necesidad de que la víctima tenga la categoría de persona protegida bajo el artículo 3 común, y que por lo tanto podrían aplicarse a todas las personas, incluso si

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

son miembros de un grupo armado organizado o si participan directamente en las hostilidades. Para reforzar este argumento, la Corte se refiere al hecho de que tanto la esclavitud como la tortura son prohibiciones con carácter de *ius cogens*, como ya dijimos.

Este argumento ignora, sin embargo, que la prohibición de tortura, irrestricta según la Corte y aplicable sin limitaciones incluso a miembros de los grupos armados frente al adversario, se encuentra criminalizada bajo el artículo 8.2.c, artículo que, según esta Sala, se aplicaría solo a personas protegidas según el artículo 3 común.

Por otro lado, la Sala de Apelaciones afirma que la frase «o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra» se aplica únicamente a este último tipo de acto, no a los demás citados en el artículo 8.2.e.vi, porque de lo contrario no hubiera habido necesidad de colocarlo en un inciso separado del 8.2.c (CPI, 2017b, párrafo 41). No obstante, se puede inferir que la razón por la cual se incluyó este postulado en el inciso 8.2.c es porque los actos de violencia sexual no están contenidos expresamente en el texto del artículo 3 común. Por lo tanto, se decidió agrupar la categoría de crímenes de violencia sexual en un mismo artículo junto a todos los demás crímenes pasibles de ser cometidos en conflictos armados no internacionales pero que no se encuentran incluidos en el artículo 3 común (Kenny & McDermott, 2019, p. 953).

Concordamos, no obstante, con el hecho de que la Sala de Primera Instancia VI recurra a la Cláusula Martens, al principio de humanidad y a las normas de *ius cogens*, y al argumento de que la violencia sexual nunca ofrece una ventaja militar a la parte que la efectúa como razones para afirmar que el Estatuto ofrece una protección contra la violencia intrafilas. Considera-

mos que esta es la verdadera forma de sustentar la protección de los miembros del grupo armado frente a crímenes de guerra cometidos por otros miembros del mismo grupo. En ese sentido, la división existente en el artículo 8.2 sería artificial, debido a que tanto los crímenes del artículo 8.2.c como los del 8.2.e se basan en la esencia de la protección otorgada por el artículo 3 común.

La misma Sala de Primera Instancia VI recurre al comentario al artículo 3 común por su naturaleza de *minimum yardstick*, y a la protección brindada por la Cláusula Martes, que se encuentra positivizada en el antes mencionado artículo. Estos hechos permiten realizar una interpretación del artículo 3 común más allá de su contenido.

La interpretación más amplia del artículo 3 común que proponemos responde al acercamiento entre el DIH y el DIDH, y a la preocupación de este último por regular la conducta de los grupos armados (Tan, 2014, pp. 124-125 y 132-136). Este proceso ha ocasionado que el DPI, en su lucha contra la impunidad (Grey, 2015, p. 10),⁹⁰ haya dotado al artículo 3 común de un contenido más amplio, en virtud del principio de humanidad, e inspirándose en el DIDH, para proteger a los miembros de los grupos armados contra la violencia intrafilas, como se hizo con la protección de los niños asociados con las fuerzas armadas (Tan, 2014, pp. 124-125).

Esto respondería a la posibilidad de realizar una interpretación extensiva de las disposiciones del Estatuto de Roma con base en el derecho creado con posterioridad y otras reglas del derecho internacional, según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (2014, pp. 139-140).

90 Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. En su preámbulo establece su búsqueda de poner fin a la impunidad.

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

Si bien esta protección sigue siendo mínima,⁹¹ es apropiada en el plano de la criminalización por el DPI, ya que este último se preocupa por los crímenes más graves,⁹² y no por todo acto de violencia intrafilas.

Esta relación estrecha entre el DIH y el DIDH puede rastreadse hasta sus orígenes, debido a que se ha identificado la creación del DIDH y el artículo 3 común como dos de los hechos más importantes del proceso mediante el cual se empezaron a regular temas intraestatales a nivel internacional (Hill-Cawthorne, 2015, p. 300):

This Article [common Article 3] is a clear demonstration of the influence of human rights law on humanitarian law. The inclusion in the United Nations Charter of the promotion of human rights as a basic purpose of the Organization, the recognition of crimes against humanity as international crimes, the conclusion of the 1948 Genocide Convention and the regulation by a multilateral treaty of non-international armed conflicts for the first time in 1949, all stemmed from this influence. (Meron, 2006, p. 7, citado en Hill-Cawthorne, 2015, p. 301)

No obstante, a pesar de que consideramos la ampliación de la protección otorgada por el artículo 3 común como un desarrollo importante, la misma naturaleza mínima de esta protección no implica que la evolución del DIDH respecto de las obligaciones de los grupos armados deba detenerse. Al contra-

91 Ver CIJ, 1986, párrafo 218; Kolb, 2003, párrafos 493-494; Henckaerts & Doswald-Beck, 2005, párrafo 547; Rodenhäuser, 2016a, pp. 19 y 23. Además, Salmón, 2016, pp. 16, 19, 40, 44, 57-58, 72, 78 100, 124 y 126; Henckaerts y Wiesener, 2013, p. 146; Clapham, 2006a, p. 275; Mangas, 1999, pp. 85 y 149, citado en Salmón, 2016, pp. 44 y 126; Pictet, 1983, p. 71, citado en Salmón, 2016, p. 57.

92 Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, artículo 5.

rio, debe seguir desarrollándose para determinar cuáles son las obligaciones que tienen los grupos armados en el marco del DIDH (Grey, 2014b, p. 615), más allá del antes mencionado mínimo establecido por el DIH. Incluso si no se pudiera llegar a esta identificación, sería necesario establecer pautas más claras, por generales que sean, de las obligaciones que tienen los grupos armados para con sus miembros. Definitivamente, la protección mínima a través del DIH⁹³ no se equipara a la protección más completa que podría proveer el DIDH (Ronen, 2013, pp. 23 y 24; Henckaerts & Wiesener, 2013, p. 152; Salmón, 2016, pp. 72 y 78; Swinarski, 1995, pp. 177-178, citado en Salmón, 2016, p. 78). De esta manera, debería seguirse con el esfuerzo de armonizar el DPI, el DIH y el DIDH (Tan, 2014, p. 142).

Consideramos que esta explicación ofrece una respuesta más coherente que la brindada actualmente por la Sala de Apelaciones de la CPI para afirmar que la violación sexual y la esclavitud sexual son crímenes de guerra incluso si se cometen como violencia intrafilas. De seguir el razonamiento de esta Sala de la CPI, se llegaría a criterios de decisión problemáticos como el hecho de poder sancionar a un miembro de un grupo armado por violar a otro miembro, pero no por haberlo torturado.

Esgrimidos nuestros argumentos, podemos concluir que el DIH brinda una protección contra la violencia intrafilas bajo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, como resultado de la influencia del desarrollo del DIDH (2014, pp.

93 Ver CIJ, 1986, párrafo 218; Kolb, 2003, párrafos 493-494; Henckaerts & Doswald-Beck, 2005, párrafo 547; Rodenhäuser, 2016a, pp. 19 y 23. Además, Salmón, 2016, pp. 16, 19, 40, 44, 57-58, 72, 78 100, 124 y 126; Henckaerts y Wiesener, 2013, p. 146; Clapham, 2006a, p. 275; Mangas, 1999, pp. 85 y 149, citado en Salmón, 2016, p. 44 y 126; Pictet, 1983, p. 71, citado en Salmón, 2016, p. 57.

La protección que les corresponde a los miembros de un grupo armado organizado frente a la violencia intrafilas

124-125 y 132-136) y de la actuación del DPI. Empero, es necesario que el DIDH siga avanzando para otorgar una protección más completa a los miembros de los grupos armados frente a la violencia intrafilas. Ello, recordando que la experiencia demuestra que en la actualidad los conflictos armados continúan recrudeciendo, exponiendo a todas las personas, no solo a la población civil sino también a los y las miembros de los grupos armados, a graves actos de violencia.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la investigación nos permite extraer las siguientes conclusiones:

1. La evolución del derecho internacional en general —y, dentro de este, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario— respondió a la necesidad de regular los conflictos armados internacionales y no internacionales, y brindar una protección debida a sus víctimas.
2. En la actualidad, las características propias de los conflictos armados, en su mayoría no internacionales, dotan a los grupos armados de un papel central. Debido a que estos tipos de conflictos ocurren entre fuerzas armadas estatales y grupos armados organizados, o entre estos últimos, el aumento de los conflictos armados no internacionales guarda una relación cercana con el aumento de los grupos armados.
3. En este contexto, la violencia sexual, especialmente contra las mujeres, se ha convertido crecientemente en una práctica habitual durante los conflictos armados.
4. Aunque el fenómeno de la violencia sexual ejercida contra la población civil en contextos de conflictos armados ha sido abordado por la comunidad internacional, la violación sexual y otras formas de violencia en

los mismos grupos armados (violencia intrafilas) todavía no han sido estudiadas en la misma medida.

En ese sentido, al ser el derecho internacional humanitario la rama del derecho internacional que regula los conflictos armados, se debe analizar este cuerpo normativo para encontrar una respuesta a esta necesidad de protección que se configura en los conflictos armados actuales.

5. El DIH contiene principios, normas convencionales y normas consuetudinarias que regulan la actuación de los grupos armados organizados. Por lo tanto, los grupos armados se encuentran vinculados, en cuanto a su actuación, por los principios del DIH (proporcionalidad, humanidad, distinción, etcétera) por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y por las normas consuetudinarias.
6. Sin embargo, el ámbito de protección de estas normas ha sido entendido tradicionalmente como protector únicamente frente al enemigo, así como en relación con la población civil, dejando a los miembros de un grupo armado desprotegidos frente a la violencia intrafilas.
7. Es necesario recordar que el derecho internacional humanitario dialoga con otras ramas del derecho internacional. En ese sentido, existe entre este y el derecho internacional de los derechos humanos una relación de complementariedad.
8. El derecho internacional de los derechos humanos se ha configurado como una respuesta a esta desprotección, en torno a una nueva tendencia en la cual tanto órganos internacionales como determinados instrumentos convencionales en materia de derechos humanos

exigen que los mismos grupos armados respeten los derechos de sus miembros. El alcance de estas obligaciones es todavía un tema en debate.

9. Por otro lado, el derecho penal internacional, como ordenamiento sancionador de las violaciones más graves al DIH y a los derechos humanos, también ha brindado una respuesta a la necesidad de acabar con la impunidad frente a los actos de violencia intrafilas.
10. En ese sentido, en la Decisión de confirmación de cargos en el caso contra Bosco Ntaganda, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI afirmó que la violencia sexual impide que la víctima participe directamente en las hostilidades mientras que se esté cometiendo el crimen. Por lo tanto, en dichos casos sí se aplica la protección del artículo 3 común.
11. Dicha interpretación se encuentra inspirada en la influencia del derecho internacional de los derechos humanos y en la regulación que existe en esta rama del derecho frente a las distintas formas de violencia sexual, sobre todo con base en instrumentos de *soft law*.
12. Al respecto, la noción de participación *activa* en las hostilidades acogida por la Corte Penal Internacional, y desarrollada en el caso Lubanga, ocasiona ciertos conflictos con la noción de participación *directa* en el marco del derecho internacional humanitario, ya que, al ser más amplia, implicaría que existen más supuestos en los cuales las personas pueden ser objeto de ataque. Este conflicto también se manifiesta en la criminalización de conductas como la esclavitud sexual, la cual, por su naturaleza continuada, si es aceptada como participación *activa* en las hostilidades, implicaría que, en el marco del DIH, la víctima podría ser objeto de ataque

- de manera continuada, aun si no lleva a cabo ninguna acción hostil.
13. Sin embargo, en realidad nos encontramos en una situación en la que han surgido dos nociones distintas. Por un lado, la participación *activa* en hostilidades, en el marco de la prohibición de uso de menores de edad para participar activamente en las hostilidades, la cual ha sido identificada con la de niños y niñas asociados a las fuerzas armadas. Por otro lado, la noción de participación *directa* en las hostilidades en el DIH, la cual se ha mantenido incólume.
 14. A la par, la comunidad internacional ha mostrado recientemente una preocupación por la violencia intrafilas, sobre todo la ejercida respecto a los niños y niñas que forman parte de los grupos armados organizados.
 15. El derecho internacional de los derechos humanos ha respondido a esta preocupación reconociendo que los grupos armados tienen obligaciones en materia de derechos humanos, ya sea de manera mínima, en virtud de las normas de *ius cogens*, o de una manera más amplia, cuando poseen control territorial. Esta postura ha sido acogida por diversos órganos del Sistema de Naciones Unidas, en especial el Consejo de Seguridad.
 16. Esta preocupación también ha permeado las decisiones de la Corte Penal Internacional en los casos Lubanga y Ntaganda. A partir de la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, la Sala de Cuestiones Preliminares II ha afirmado que mediante el artículo 3 común se proteja a todas las personas afectadas por el conflicto armado de actos que se prohíben en ese

- artículo, al tratarse de consideraciones mínimas de humanidad, sin necesidad de analizar si la persona puede calificar como persona protegida.
17. No obstante, en sus decisiones recientes sobre la competencia de la Corte para juzgar los cargos 6 y 9 del Caso Ntaganda, referidos a actos de violación sexual y esclavitud sexual, la Sala de Primera Instancia VI y la Sala de Apelaciones han optado por afirmar que tales crímenes no deben cumplir con el requisito de que la víctima sea una persona protegida según el artículo 3 común, toda vez que no hay ninguna referencia a este criterio en el *chapeau* del artículo 8.2.e.
 18. Sin embargo, este razonamiento es problemático, porque permitiría criminalizar actos de violencia sexual que constituyan violencia intrafilas, bajo el artículo 8.2.e, pero no actos de tortura que tengan esa misma naturaleza, al estar incluidos en el artículo 8.2.c, aun cuando esta última se trate de una prohibición de naturaleza imperativa.
 19. El razonamiento más adecuado es que el artículo 3 común, al ser un *minimum yardstick* de la protección dentro del derecho internacional humanitario, sería aplicable en toda circunstancia y para todas las personas, sean estas miembros de grupos armados o no, incluyendo protección contra la violencia intrafilas. Esta es la interpretación que debe regir tanto el artículo 8.2.e como el 8.2.c del Estatuto de Roma.
 20. Dicha ampliación del contenido del artículo 3 común responde a una influencia del derecho internacional de los derechos humanos frente al derecho internacional humanitario, sobre todo en lo relativo a las normas de *ius cogens*, y una respuesta frente a la necesidad de

proteger a los miembros de los grupos armados contra la violencia intrafilas.

21. En ese sentido, el artículo 3 común constituiría la protección que ofrece el derecho internacional humanitario frente a la violencia intrafilas, incluyendo la protección contra distintas formas de violencia sexual relacionadas con el conflicto armado.

Bibliografía

LIBROS Y ARTÍCULOS

Abi-Saab, Rosemary (1968). *Droit humanitaire et conflits internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*. Ginebra/París: Institut Henry Dunant, Pédone.

Abugattas, Gattas (2014). Análisis sobre la referencia a los acuerdos tácitos en algunos casos sobre delimitación marítima, con especial atención al asunto de la delimitación marítima entre Perú y Chile. *Agenda Internacional*, año XXI, número 32, pp. 79-105. Lima. Consulta: 10 de junio de 2016.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/9878/10294>

Aspa, Josep Maria Royo (2011). The economic relationship of armed groups with displaced populations. *Forced Migration Review*, volumen 37, pp. 17-18. Oxford. Consulta: 8 de setiembre de 2015.

<http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/non-state/17-18.pdf>

Barrow, Amy (2010). Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad: promover las cuestiones de género en los conflictos armados y en el derecho internacional humanitario.

Revista Internacional de la Cruz Roja, número 877, 1-18. Ginebra. Consulta: 14 de febrero de 2016.

https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_0877_barrow.pdf

Bellal, Annyssa (2014). Establishing the direct responsibility of non-state armed groups for violations of international norms: issues of attribution. En Noemi Gal-Or, Math Noortmann y Cedric Ryngaert (Editores), *Responsibilities of the non-state actor in armed conflict: theoretical considerations and empirical findings* (pp. 1-14). Leiden/Boston: Brill.

<http://ssrn.com/abstract=2455827>.

Bellal, Annyssa, Giacca, Gilles, & Casey-Maslen, Stuart (2011). International law and armed non-state actors in Afghanistan. *International Review of the Red Cross*, volumen 93, número 881, pp 47-79. Ginebra. Consulta: 26 de julio de 2016.

<https://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2011/irrc-881-bellal-giacca-casey-maslen.pdf>

Bettelheim, Daniel (2007). The methodological framework of the study. En Elizabeth Wilmshurst & Susan Breua (Editoras), *Perspectives on the ICRC study on customary international humanitarian law* (pp. 3-14). Cambridge: Cambridge University Press.

Beringola, Ana Martin (2016). Ensuring protection of child soldiers from sexual violence: relevance of the Ntaganda Decision on the confirmation of charges in narrowing the Gap. *Amsterdam Law Forum*, volumen 8, pp. 58-68. Amsterdam.

Blank, Shane K. (2018). Prosecutor v. Ntaganda-The International Criminal Court's Dangerous Foray into the Shades of Lochner.

Bibliografía

Michigan State International Law Review, volumen 27, pp. 1-40. Michigan.

Blest, Geoffrey (1994a). Making the Geneva Conventions. *War and law since 1945* (pp. 115-179). Nueva York: Oxford University Press.

Blest, Geoffrey (1994b). *War and law since 1945*. Nueva York: Oxford University Press.

Brierly, James L. (1963). *The law of nations*. Sexta edición. Humphrey Waldock (Editor). Oxford: Clarendon Press.

Buttler, Judith (2015). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.

Caicedo Delgado, Luz Piedad, Buenahora Streithorst, Natalia & Benjumea Rúa, Adriana (2009). *Guía para llevar casos de violencia sexual. Propuestas de argumentación para enjuiciar crímenes de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado colombiano*. Bogotá: Corporación Humanas. Consulta: 3 de junio de 2016.

http://humanas.org.co/archivos/Guia_para_llevar_casos_de_violencia_sexual.pdf

Carpenter, R. Charli (2006). Recognizing gender-based violence against civilian men and boys in conflict situations. *Security Dialogue*, volumen 37, número 1, pp. 83-103. Londres. Consulta: 20 de enero de 2016.

<http://sdi.sagepub.com/content/37/1/83.short>

Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1992). *Curso de derecho internacional público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1995). *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.

Cassese, Antonio (2000). The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky? *European Journal of International Law*, volumen 11, número 1, pp. 187-216. Nueva York. Consulta: 20 de febrero de 2016.

<http://ejil.oxfordjournals.org/content/11/1/187.short>

Cassese, Antonio (2013). *Cassese's International Criminal Law*. Tercera edición (revisada por Antonio Cassese, Paola Gaeta, Laurel Baig, Mary Fan, Christopher Gosnell & Alex Whiting). Oxford: Oxford University Press.

Cassese, Antonio (2014). Current challenges to international humanitarian law. En Andrew Clapham & Paola Gaeta (Editores), *The Oxford handbook of international law in armed conflict* (pp. 3-19). Nueva York: Oxford University Press.

Castren, Erik (1966). *Civil war*. Helsinki: Suomalainen Tiedeakatemia.

Charlesworth, Hilary, & Christin Chinkin (2000). *The boundaries of international law: a feminist analysis*. Manchester: Manchester University Press.

Bibliografía

Chetail, Vincent (2014). Armed conflict and forced migration. A systemic approach to international humanitarian law, refugee law, and human rights law. En Andrew Clapham & Paola Gaeta (Editores), *The Oxford handbook of international law in armed conflict* (pp. 700-734). Nueva York: Oxford University Press.

Clapham, Andrew (2006a). *Human rights obligations of non-state actors*. Oxford/Nueva York: Oxford University Press.

Clapham, Andrew (2006b). Human rights obligations of non-state actors in conflict situations. *International Review of the Red Cross* volumen 88, número 863, pp. 491-523. Ginebra.

Clapham, Andrew (2014). Focusing on non-state actors. En Andrew Clapham & Paola Gaeta (Editores), *The Oxford handbook of international law in armed conflict* (pp. 766-810). Nueva York: Oxford University Press.

Clapham, Andrew (2015). Human rights obligations for non-state-actors: where are we now? Forthcoming in *Doing peace the rights way: essays in international law and relations in honour of Louise Arbour*. Françoise Lafontaine & François Larocque (Editores). Publicado por Intersentia, pp. 1-19. Consulta: 10 de febrero de 2016.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2641390

Condorelli, Luigi (1999). La Cour Pénale Internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli). *Revue Générale de Droit International Public*, volumen 103, número 1, pp. 7-21. París.

Crawford, Emily (2010). *The treatment of combatants and insurgents under the Law of Armed Conflict*. Oxford/Nueva York: Oxford University.

Cryer, Robert, Friman, Håkan, Robinson, Darryl, & Elizabeth Wilmshurst (2014). *An introduction to international criminal law and procedure*. Tercera edición. Leiden: Cambridge University Press.

Cullen, Anthony (2010). *The concept of non international armed conflict in international humanitarian law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Detter, Ingrid (2000). *The law of war*. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press.

Dinstein, Yoram (1998). *War, aggression and self-defense*. Cambridge: Grotious.

Dinstein, Yoram (2006). The interaction between customary international law and the law of treaties. *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, volumen 322. Leiden.

Dinstein, Yoram (2010). *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Segunda edición. Nueva York/Cambridge: Cambridge University Press.

Dhokalia, R. P. (1971). Civil wars and international law. *Indian Journal of International Law*, volumen 11. Nueva Delhi.

Droege, Cordula (2007). The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict. *Israel Legal Review*, volumen 40, número 2, pp. 310-355. Cambridge/Jerusalén. Consulta: 6 de marzo de 2016. <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=8630270&fileId=S0021223700013376>

Drumbl, Mark A. (2014). The effects of the Lubanga case on understanding and preventing child soldiering. *Yearbook of International Humanitarian Law*, volumen 15, pp. p. 87-116. Cambridge.

Dunant, Henry (1982 [1862]). *Recuerdo de Solferino*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Durham, Helen, & Katie O'Byrne (2010). The dialogue of difference: gender perspectives on international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, volumen 92, número 877, pp. 31-52. Ginebra. Consulta: 20 de enero de 2016. <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-877-durham-obyrne.pdf>

Falk, Richard A. (1964). Janus tormented: the international law of internal war. En James N. Rosnau (Editor), *International aspects of civil strife* (pp. 185-248). Nueva York: Princeton University Press.

Fleck, Dieter (2003). Humanitarian protection against non-state actors. En Jochen Abr. Frowein, Klaus Scharioth, Ingo Winkelman & Rudiger Wolfrum (Editores), *Verhandeln für den Frieden = Negotiating for peace: liber amicorum Tono Eitel* (pp. 69-94). Berlin: Springer.

Fleck, Dieter (2008a). The law of non-international armed conflicts. En Dieter Fleck (Editor), *The handbook of international humanitarian law* (pp. 605-633). Nueva York: Oxford University Press.

Fleck, Dieter (2008b). *The handbook of international humanitarian law*. Nueva York: Oxford University Press.

Gardam, Judith (1993). Gender and non-combatant immunity. *Transnational law & contemporary problems*, volumen 3. Iowa.

Gardam, Judith (1997). Women and the law of armed conflict: why the silence? *International and Comparative Law Quarterly*, volumen 46, número 1, pp. 55-80. Londres.

Gardam, Judith (2014). More of the same – Feminist Interactions with IHL. Ponencia presentada en *Recent developments in feminist thinking in IL and IR workshop*. Centre for International Governance & Justice, Regulatory Institutions Network. Canberra, 3 de diciembre de 2014, pp. 1-7. Consulta: 17 de enero de 2016.
<http://regnet.anu.edu.au/sites/default/files/files/CIGJ-%20RecentDevelopFeministThinkingIL%26IR-20141203-Gardam-MoreOfTheSame.pdf>

Gasser, Hans Peter (2002). Humanitarian law and human rights law. *German Yearbook of International Law*, volumen 45, 149-162. Berlin.

Gleditsch, Nils Petter et al. (2002). Armed conflict 1946-2001: a new dataset. *Journal of Peace Research*, volumen 39, número 5, pp. 615-637. Londres.

Gorris, Ellen Anna Philo (2015). Invisible victims? Where are male victims of conflict-related sexual violence in international law and policy? *European Journal of Women's Studies*, volumen 22, número 4, pp. 412-427. Los Angeles/ Londres/ Nueva Dehli/ Singapur/ Washington DC. Consulta: 21 de enero de 2016.

<http://ejw.sagepub.com/content/22/4/412.short>

Graf, Roman (2012). The international criminal court and child soldiers: an appraisal of the Lubanga judgment. *Journal of International Criminal Justice*, volumen 10, número 4, pp. 1-25. Oxford.

Greenwood, Christopher (1995). Historical development and legal bases. En Dieter Fleck (Editor), *The handbook of international humanitarian law*. Nueva York: Oxford University Press.

Greenwood, Christopher (2008). Scope of application of humanitarian law. En Dieter Fleck (Editor), *The handbook of international humanitarian law* (pp. 45-78). Segunda edición. Nueva York: Oxford University Press.

Grey, Rosemary (2015). Protecting child soldiers from sexual violence by members of the same military force: a re-conceptualisation of international humanitarian law? *International Criminal Database Brief*, número 10, abril, pp. 1-12. Consulta: 24 de junio de 2016. La Haya.

http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20150423T113341-Grey%20ICD%20Brief_AB_FINAL.pdf

Grey, Rosemary (2014a). The Ntaganda confirmation of charges decision: a victory for gender justice? *Beyond The Hague*. 12 de junio de 2014. Consulta: 16 de julio de 2016.

<https://beyondthehague.com/2014/06/12/the-ntaganda-confirmation-of-charges-decision-a-victory-for-gender-justice/>

Grey, Rosemary (2014b). Sexual violence against child soldiers: the limits and potential of international criminal law. *International Feminist Journal of Politics*, volumen 16, número 4, pp. 601-621. Londres. Consulta: 14 de enero de 2016.

<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14616742.2014.955964>

Grignon, Julia (2014). The beginning of application of international humanitarian law: a discussion of a few challenges. *International Review of the Red Cross*, volumen 96, número 893, pp 139-162. Ginebra. Consulta: 21 de febrero de 2016.

<https://www.icrc.org/en/download/file/11956/irrc-893-grignon.pdf>

Guastini, Riccardo (2010). *Lecciones de teoría del derecho y del Estado*. Lima: Communitas.

Guillem, Colom Piella (2014). ¿El auge de los conflictos híbridos? *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, número 120, pp. 1-13. Madrid.

http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEO120-2014_GuerrasHibridas_Guillem_Colom.pdf

Haines, Steven (2014). The developing law of weapons. Humanity, distinction and precautions in attack. En Andrew Clapham & Paola Gaeta (Editores), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (pp. 273-295). Nueva York: Oxford University Press.

Hampson, Françoise e Ibrahim Salama (2001). *Working paper on the relationship between human rights law and international humanitarian law*. E/CN.4/Sub.2/2005/14. 25 de junio de 2001.

Happold, Matthew (2014). The protection of children against recruitment and participation in hostilities: international humanitarian law and human rights law as complementary legal frameworks. *Collegium*, volumen 44, pp. 99-106. Consulta: 9 de octubre de 2016.

https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/page/collegium_44.pdf

Henckaerts, Jean-Marie (2005). Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados. *International Review of the Red Cross*, volumen 87, número 857, pp. 3-46. Ginebra. Consulta: 7 de febrero de 2016.

https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0860.pdf.

Henckaerts, Jean-Marie & Doswald-Beck, Louise (Editores) (2005). *Customary international humanitarian law*. Volumen 1: *Rules & Practice*. Cambridge/Nueva York: Cambridge University Press.

Henckaerts, Jean-Marie, & Wiesener, Cornelius (2013). Human rights obligations of non-state armed groups: a possible contribution for customary international law? En Robert Kolb & Gloria Gaggioli (Editores), *Research handbook on human rights and humanitarian law* (pp. 146-169). Gloucestershire/Massachusetts: Edward Elgar.

<http://www.elgaronline.com/view/9781849800358.00016.xml>

Hill-Cawthorne, Lawrence (2015). Humanitarian law, human rights law and the bifurcation of armed conflict. *International and Comparative Law Quarterly*, volumen 64, número 2, pp. 293-325. Londres. Consulta: 4 de junio de 2016.

<http://eds.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=ea3a9775-3fae-409f-9263-b165f-d4349eb%40sessionmgr120&vid=0&hid=103>

Human Rights Watch (2005). *No exit. Human rights abuses inside the MKO camps* [informe]. Nueva York. Consulta: 17 de julio de 2016.

<https://www.hrw.org/legacy/backgrounders/mena/iran0505/iran0505.pdf>

Ipsen, Knut (1995). Combatants and non-combatants. En Dieter Fleck (Editor), *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*. Oxford: Oxford University Press.

Jenks, Chris (2013). Law as a shield, law as sword: the ICC's Lubanga Decision, child soldiers and the perverse mutualism of participation in hostilities. *National Security & Armed Conflict Law Review*, volumen 3, pp. 106-124. Miami. Consulta: 16 de julio de 2016.

<http://repository.law.miami.edu/umnsac/vol3/iss1/6/>

Jiménez de Aréchaga, Eduardo (1978). International law in the past third of a century. *Recueil des cours*, volumen 159, tomo 1, pp. 1-343. Dordrech.

Jiménez Piernas, Carlos (2000). La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna.

Quórum. Revista de Pensamiento Iberoamericano, número 1, pp. 9-37. Madrid.

<http://dspace.uah.es/dspace/handle/10017/11045?show=full>

Junod, Sylvie-Stoyanka, Chocomeli Lera, José et al. (2001). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*. Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja/Plaza y Janés.

Jorgensen, Nina (2012). Child soldiers and the parameters of international criminal law. *Chinese Journal of International Law*, volumen 11, número 4. Pekin.

Kenny, Córman & McDermott, Yvonne (2019). The expanding protection of members of a party's own armed forces under international criminal law. *International & Comparative Law Quarterly*, volumen 68, número 4, pp. 943-976. Cambridge.

Kinsella, Helen M. (2004). Securing the civilian: sex and gender in the laws of war. En Michael Barnett & Raymond Duvall (Editores), *Power in global governance*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kinsella, Helen M. (2006). Gendering grotius sex and sex difference in the laws of war. *Political Theory*, volumen 34, número 2, pp. 161-191. Londres. Consulta: 4 de febrero de 2016.

<http://ptx.sagepub.com/content/34/2/161.short>

Kleffner, Jann (2011). La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los grupos armados organizados. *Revista In-*

ternacional de la Cruz Roja, número 882, pp. 1-20. Consulta: 10 de febrero de 2016.

<https://www.icrc.org/spa/assets/files/review/2011/irrc-882-kleffner.pdf>

Kleffner, Jann (2014). Applicability of the law of armed conflict and human rights law to organized groups. En Erika de Wet & y Jann Kleffner (Editores), *Convergence and conflicts of human rights and international humanitarian law in military operations* (pp. 49-64). Pretoria: Pretoria University Law Press. Consulta: 26 de julio de 2016.

http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2014_15/2014_15.pdf.

Kleffner, Jann (2015). The beneficiaries of the rights stemming from Common Article 3. En Clapham et al. (Editores), *The 1949 Geneva Conventions: a commentary* (pp. 433-447). Oxford: Oxford University Press.

Kolb, Robert (2003). *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*. Bruselas: Bruylant.

Kolb, Robert, & Del Mar, Katherine (2014). Treaties for armed conflict. En Andrew Clapham & y Paola Gaeta (Editores), *The Oxford handbook of international law in armed conflict* (pp. 50-87). Nueva York: Oxford University Press.

Kolb, Robert, & Hide, Richard (2008). *An introduction to the international law of armed conflicts*. Oxford: Hart Publishing.

Kotzsch, Lothar (1956). *The concept of war in contemporary history and international law*. Ginebra: E. Droz.

Bibliografía

Kuniewicz, Anna (2015). International Criminal Court Prosecutor v. Bosco Ntaganda Preliminary Ruling. *Journal of International and Comparative Law at Chicago-Kent*, volumen 15, número 1, pp. 76-92. Illinois. Consulta: 23 de febrero de 2016. <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=15+Chi.-Kent+J.+Int%271+%26+Comp.+L.+76&srctype=s-mi&srcid=3B15&key=b9e4f41132823584483c0ed05b1ead3c>

Lawrence, Thomas J. (1923). *The principles of international law*. Séptima edición. Londres: Macmillan.

Lozano, Guillermo Otálora, & Machado, Sebastián (2012). Objective qualification of non-international armed conflicts: a Colombian case study. *The Amsterdam Law Forum*, volumen 4, número 1, pp. 58-77. Amsterdam. Consulta: 6 de junio de 2016. <http://amsterdamlawforum.org/article/download/252/440>

Lubell, Noam (2007). Parallel application of international humanitarian law and international human rights law: an examination of the debate. *Israel Legal Review*, volumen 40, número 2, pp. 648-660. Cambridge/Jerusalén. Consulta: 12 de marzo de 2016. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078815

Mangas, Araceli (1999). *Conflictos armados internos y el derecho internacional humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Margulies, Peter, & Sinnot, Matthew (2015). Crossing borders to target Al-Qaeda and its affiliates: defining networks as organized armed groups in non-international armed conflicts.

Yearbook of International Humanitarian Law, volumen 89, pp. 319-345. La Haya. Consulta: 26 de setiembre de 2015.
<http://link.springer.com/book/10.1007/978-94-6265-038-1#page=320>

McBride, J. (2014). *The war crime of child soldier recruitment*. La Haya: TMC Asser Press.

Mégret, Frédéric (2013). When is it permissible to target child soldiers. *Lieber Notes*, Spring 2013, pp. 2-3. Washington DC. Consulta: 18 de julio de 2016.
<https://www.asil.org/sites/default/files/documents/Lieber%20Notes%20Spring%202013%20Vol%201.pdf>

Melzer, Nils (2009). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Melzer, Nils (2010). Keeping the balance between military necessity and humanity: a response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities. *New York University Journal of International Law and Politics*, volumen 42, número 2, pp. 831-916. Nueva York. Consulta: 12 de febrero de 2016.
<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2012/04/42.3-Melzer.pdf>

Melzer, Nils (2014). The principle of distinction between civilians and combatants. En Andrew Clapham & Paola Gaeta (Editores), *The Oxford handbook of international law in armed conflict* (pp. 296-331). Nueva York: Oxford University Press.

Bibliografía

Meron, Theodor (2000). The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience. *American Journal of International Law*, volumen 94, número 1, pp. 78-89. Washington DC. Consulta: 8 de febrero de 2016.
<http://www.jstor.org/stable/2555232>

Meron, Theodor (2006). *The humanization of international law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.

Meron, Theodor (2014). Customary humanitarian law today: from the Academy to the Courtroom. En Andrew Clapham & Paola Gaeta (Editores), *The Oxford handbook of international law in armed conflict* (pp. 37-49). Nueva York: Oxford University Press.

Milner, Heather, & Schmidt Meron, Theodor (1999). Rape as a weapon of war. *British Council Newsletter*, octubre. Consulta: 8 de febrero de 2010.
<http://www.britishcouncil.org/gendernetwork19.pdf>

Mirceva, Stojanka (2004). Why the International Criminal Court is different. *Peace and conflict monitor*. 26 de enero de 2004. Consulta: 22 de julio de 2016.
http://www.monitor.upeace.org/archive.cfm?id_article=133

Mitchell, David S. (2005). Prohibition of rape in international humanitarian law as a norm of jus cogens: clarifying the doctrine. *Duke Journal of Comparative & International Law*, volume 15, pp. 219-257. Carolina del Norte. Consulta: 26 de febrero de 2016.
<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=djcil>

Moir, Lindsay (2004). *The law of internal armed conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.

Möller, Axel (1935). *International law in peace and war*. Copenhagen: Levin & Munksgaard, parte II.

Moore, John Bassett et al. (1906). *A digest of international law: as embodied in diplomatic discussions, treaties and other international agreements, international awards, the decisions of municipal courts and the writings of jurists*. Washington DC: Government Printing Office.

Moser, Caroline O. N. (2001). The gendered continuum of violence and conflict: an operational framework. En Caroline Moser & Fiona C. Clark (Editoras), *Victims, perpetrators or actors? Gender, armed conflict and political violence*. Londres: Zed Books.

Newton, Michael A. (2016). Contorting common article 3: reflections on the revised ICRC commentary. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, volumen 45, pp. 513-537. Georgia.

Nicholson, Joanna (2016). Guest post do child soldiers remain civilians? *Opinio Juris*. 15 de febrero. Consulta 16 de julio de 2016. <http://opiniojuris.org/2016/02/15/guest-post-do-child-soldiers-remain-civilians/>

Nikken, Pedro (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, volumen 52, 2010, pp. 55-140. San José. Consulta: 3 de junio de 2016. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>

Bibliografía

Nussio, Enzo, & Oppenheim, Ben (2014). Anti-social capital in former members of on-state armed groups: a case study of Colombia. *Studies in Conflict & Terrorism*, volumen 37, número 12, pp. 999-1023. Consulta: 5 de setiembre de 2015.

<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1057610X.2014.962438>

Oosterveld, Valerie (2009). Feminist debates on civilian women and international humanitarian law. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, volumen 27, número 2, pp. 385-402. Windsor. Consulta: 20 de enero de 2016.

<http://137.207.184.83/ojs/leddy/index.php/WYAJ/article/view/4532/3713>

Oppenheim, Lassa F. L. et al. (1906). *International law: a treatise*. Londres: Longmans, volumen 2.

Pachón, Ximena (2009). La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra. *CLAS – Working Paper Series*. Washington DC: Center for Latin American Studies – Georgetown University, 2009, pp. 1-21. Consulta: 22 de agosto de 2016.

<http://pdpa.georgetown.edu/CLAS%20RESEARCH/Working%20Papers/WP15.pdf>

Pachón, Ximena (2015). La persistente presencia de los niños combatientes en la historia de Colombia. *Projeto História. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História*, volumen 54, pp. 14-48. São Paulo. Consulta: 22 de agosto de 2016. <http://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/26916>

Parks, W. Hays (2010). Part IX of the ICRC direct participation in hostilities study: no mandate, no expertise, and legally in-

correct. *New York University Journal of International Law and Politics*, volumen 42, número 2, pp. 769-830. Nueva York. Consulta: 12 de febrero de 2016.

<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2012/04/42.3-Parks.pdf>

Paulus, Andreas, & Vashakmadze, Mindia (2009). Asymmetrical war and the notion of armed conflict—a tentative conceptualization. *International Review of the Red Cross*, volumen 91, número 873. Ginebra.

Peces-Barba, Gregorio (1999). Capítulo VI: Los modelos de evolución histórica de los derechos fundamentales. En Gregorio Peces-Barba et al., *Curso de derechos fundamentales, teoría general* (pp. 145-204). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.

Pedrazzi, Marco (2010). The status of organized armed groups in contemporary armed conflicts. En Marco Odelio & y Gian Luca Beruto (Editors), *Non-state actors and international humanitarian law. Organized armed groups: a challenge for the 21st century* (pp. 67-80). Milán: Franco Angeli.

Pejic, Jelena (2011). The protective scope of common article 3: more than meets the eye. *International Review of the Red Cross*, volumen 93, número 881, pp. 189-225. Ginebra. Consulta: 1 de diciembre de 2016.

<https://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2011/irrc-881-pejic.pdf>

Pictet, Jean (1955). Red cross principles II. *Revue Internationale de la Croix-Rouge* [Suplement], volumen 8, número 10, pp. 158-175. Ginebra. Consulta: 3 de julio de 2016.

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_Supp-Oct-1955.pdf.

Pictet, Jean (1983). *Développement et principes du droit international humanitaire*. Ginebra/París: Instituto Henry Dunant/Pédone.

Prado Pérez, Ruth Elizabeth (2015). La reconfiguración de los conflictos armados en las relaciones internacionales: la internacionalización del conflicto en Siria. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, volumen 60, número 224, pp. 187-219. México D.F. Consulta: 3 de julio de 2016.

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmspys/article/view/49215/44957>

Provost, Rene (2016). Targeting child soldiers. *EJIL Talk!* 12 de enero de 2016. Consulta: 16 de julio de 2016.

<http://www.ejiltalk.org/targeting-child-soldiers/>

Rodenäuser, Tilman (2016a). Squaring the circle? Prosecuting sexual violence against child soldiers by their 'own forces'. *Journal of International Criminal Justice*, volumen 14, número 1, pp. 1-23. Ginebra. Consulta: 2 de mayo de 2016.

<http://jicj.oxfordjournals.org/content/14/1/171.abstract>

Rodenäuser, Tilman (2016b). Torturing and raping 'brothers in arms': international law and intra-party violence. *Opinio Juris*, 15 de marzo de 2016. Consulta: 16 de julio de 2016.

<http://opiniojuris.org/2016/03/15/torturing-and-raping-brothers-in-arms-international-law-and-intra-party-violence/>

Rodenäuser, Tilman (2015). International legal obligations of armed opposition groups in Syria. *International Review of Law*, volumen 2, pp. 1-16. Qatar. Consulta: 26 de julio de 2016.
<http://www.qscience.com/doi/10.5339/irl.2015.2>

Rodríguez-Villasante, José Luis (2002). Fuentes del derecho internacional humanitario. En José Luis Rodríguez-Villasante (Coord.), *Derecho internacional humanitario* (pp. 54-71). Valencia: Tirant lo Blanch.

Rogers, Anthony, & Malhetbe, Paul (2001). *Derecho al objetivo. Modelo de manual acerca del derecho de los conflictos armados para las fuerzas armadas*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Ronen, Yael (2013). Human rights obligations of territorial non-state actors. *Cornell International Law Journal*, volumen 46, número 1, pp. 21-50. Nueva York. Consulta: 29 de julio de 2016.
<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1803&context=cilj>.

Rowe, Peter (2014). Members of the armed forces and human rights law. En Andrew Clapham & Paola Gaeta (Editores), *The Oxford handbook of international law in armed conflict* (pp. 521-541). Nueva York: Oxford University Press.

Russell, Wynne (2007). Sexual violence against men and boys. *Forced Migration Review*, volumen 27, pp. 22-23. Oxford. Consulta: 23 de enero de 2016.
<http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/FMRpdfs/FMR27/12.pdf>

Bibliografía

Ryngaert, Cedric (2008). Human rights obligations of armed groups. *Revue Belge de Droit International*, volumen 41, pp. 355-381. Bruselas.

Salmón, Elizabeth (2006). Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la protección del ser humano. En Elizabeth Salmón (Coordinadora), *Miradas que construyen. Perspectivas disciplinarias sobre los derechos humanos* (pp. 147-165). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 25 de julio de 2016.

http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/miradas_que_construyen.pdf

Salmón, Elizabeth (2014a). *Curso de derecho internacional público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salmón, Elizabeth (2014b). Institutional approach between IHL and IHRL. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, volumen 5, número 1-2, pp. 152-185. Leiden/Boston.

Salmón, Elizabeth (2016). *Introducción al derecho internacional humanitario*. Cuarta edición. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Salmón, Elizabeth, & García, Giovanna (2000). Los tribunales internacionales que juzgan individuos: el caso de los Tribunales AD-HOC para la Ex – Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la subjetividad internacional del ser humano. *Derecho y Sociedad*, año 11, número 15, pp. 9-28. Lima.

Salmón, Elizabeth, & Novak, Fabián (2002). *Las obligaciones del Perú en materia de derechos humanos*. Segunda edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú/Instituto de Estudios Internacionales.

Sandoz, Yves, Swinarski, Christophe, & Zimmermann, Bruno (Editores) (1987). *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977. COMMENTARY OF 1987*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. Consulta: 11 de marzo de 2016.

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=AA0C5BCBAB5C4A85C12563CD002D6D09&action=openDocument>

Sandoz, Yves, Swinarski, Christophe, & Zimmermann, Bruno (Editores) (2001). Comentario del Protocolo adicional del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I). Tomo 1. Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja/Plaza y Janés.

Sassòli, Marco (2007). The implementation of international humanitarian law: current and inherent challenges. *Yearbook of International Humanitarian Law*, volumen 10, pp. 45-73. La Haya. Consulta: 7 de febrero de 2016.

<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=3576764&fileId=S1389135907000451>

Sassòli, Marco (2006). Transnational armed groups and international humanitarian law. *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. Occasional Paper Series*, número 6, pp. 1-45. Cambridge.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine, & Quintin, Anne (2003). *Un droit dans la guerre?* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. 2 volúmenes.

Sassòli, Marco, & Shany, Yuval (2011). DEBATE: should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal? *International Review of the Red Cross*, volumen 93, número 882, pp. 425-436. Ginebra. Consulta: 26 de julio de 2016.

<https://www.icrc.org/fre/assets/files/review/2011/irrc-882-sassoli-shany.pdf>

Satterthwaite, Margaret (2006). Render meaningless: extraordinary rendition and the rule of law. *New York University Public Law and Legal Theory Working Paper*, Paper 43. Nueva York.

Schabas, William (2007). Lex specialis-belt and suspenders-the parallel operation of human rights law and the law of armed conflict, and the conundrum of jus ad bellum. *Israel Legal Review*, volumen 40, número 2, pp. 592-613. Cambridge/Jerusalén. Consulta: 15 de febrero de 2016.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1044281

Schindler, Dietrich (1979). The different types of armed conflict according to the Geneva Conventions and Protocols. *Recueil des Cours*, volumen 163, número 2, pp. 117-163. Leiden.

Schmitt, Michael N. (2010). Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements. *New York University Journal of International Law and Politics*, volumen 42, número 2, pp. 697-739. Nueva York. Consulta: 28 de enero de 2016.

<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2012/04/42.3-Schmitt.pdf>

Segato, Rita Laura (2014). *Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres*. Puebla: Pez en el Árbol.

Seger, Paul (2014). The law of neutrality. En Andrew Clapham & Paola Gaeta (Editores), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (pp. 248-270). Nueva York: Oxford University Press.

Sellers, Patricia Viseur (2009). Gender strategy is not luxury for International Courts [A Keynote-Adress-Symposium: Prosecuting Sexual and Gender-Based. Crimes Before Internationalized Criminal Courts]. *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, volumen 17, número 2, pp. 301-304. Washington DC. Consulta: 16 de julio de 2016.

<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=jgspl>

Sinno, Abdulkader H. (2011). Estructura organizativa de los grupos armados y sus opciones estratégicas. *International Review of the Red Cross*, volumen 93, número 882, pp. 1-24. Ginebra. Consulta: 4 de setiembre de 2015.

<https://www.icrc.org/spa/assets/files/review/2011/irrc-882-sinno.pdf>.

Sipowo, Alain (2013). Does international criminal law create humanitarian law obligations? The case of exclusively non-state armed conflict under the Rome Statute. The case of exclusively non-state armed conflict under the Rome Statute. *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, pp. 289-318. Consulta: 3 de marzo de 2016.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2550438

Sivakumaran, Sandesh (2010). Lost in translation: UN responses to sexual violence against men and boys in situations of armed conflict” En *International Review of the Red Cross*. Ginebra, volumen 92, número 877, pp. 259-277. Consulta: 17 de enero de 2016.

<https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-877-sivakumaran.pdf>

Sivakumaran, Sandesh (2012). *The law of non-international armed conflict*. Oxford: Oxford University Press.

Smith, Herbert (1975). *Great Britain and the law of nations: a selection of documents illustrating the views of the government in the United Kingdom upon matters of international law*. Nueva York: Kraus.

Solís, Gary D. (2016). *The law of armed conflict: international humanitarian law in war*. Segunda edición. Cambridge/Nueva York: Cambridge University Press.

Stone, Julius (1959). *Legal controls of international conflict: a treatise on the dynamics of disputes and war-law*. Londres: Stevens & Sons.

Swinarski, Christophe (1984). *Introducción al derecho internacional humanitario*. San José de Costa Rica/Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Comité Internacional de la Cruz Roja.

Swinarski, Christophe (1995). Las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. En *Estudios básicos de derechos humanos II*.

San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Tan, Joe (2014). Sexual violence against children on the battlefield as a crime of using child soldiers: square pegs in round holes and missed opportunities in Lubanga. *Yearbook of International Humanitarian Law*, volumen 15, pp. 117-151. La Haya.

Theidon, Kimberly (2012). *Intimate enemies: violence and reconciliation in Peru*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

Tynes, Robert, & Early, Bryan R. (2015). Governments, rebels, and the use of child soldiers in internal armed conflicts: a global analysis, 1987-2007. *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*, volumen 21, número 1, pp. 79-110. Ettenheim. Consulta: 7 de setiembre de 2015.
<http://www.degruyter.com/view/j/peps.2015.21.issue-1/peps-2014-0001/peps-2014-0001.xml>

Urban Walker, Margareth Ruth (2009). Gender and violence in focus: a background for gender justice in reparations. En Ruth Rubio-Marín (Editor), *The gender of reparations. Unsettling sexual hierarchies while redressing human rights violations* (pp. 18-62). Cambridge/Nueva York: Cambridge University Press.

Valencia Villa, Hernando (2003). *Diccionario Espasa de derechos humanos*. Madrid: Espasa.

Van Bueren, Geraldine (1995). *The international law on the rights of the child*. Leiden: Martinus Nijhoff.

Vité, Sylvian (2009). Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, volumen 91, número 873. Ginebra.

Watkin, Kenneth (2010). Opportunity lost: organized armed groups and the ICRC direct participation in hostilities interpretive guidance. *New York University Journal of International Law and Politics*, volumen 42, número 2, pp. 641-695. Nueva York. Consulta: 28 de enero de 2016.

<https://www.law.upenn.edu/live/files/2922-watkin-opportunity-lost-organized-armed-groups-and>

Werle, Gerhard, & Jessberger, Florian (2014). *Principles of international criminal law*. Segunda edición. Oxford/Nueva York: Oxford University Press.

Wessells, Michael (2006). *Child soldiers: from violence to protection*. Cambridge: Harvard University Press.

Wilson, Heather (1988). *International law and the use of force by national liberation movements*. Oxford: Oxford University Press.

Zegveld, Liesbeth (2002). *Accountability of armed opposition groups in international law*. Cambridge/Nueva York: Cambridge University Press.

DOCUMENTOS

CICR

s/f *Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja*. Consulta: 14 de octubre de 2015.

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/icrc-statutes-080503.htm>

1965 *Proclamación de los principios fundamentales de la Cruz Roja*, Viena. Consulta: 16 de enero de 2016.

<http://www.ifrc.org/es/nuestra-vision-nuestra-mision/nuestra-vision-nuestra-mision/los-siete-principios-fundamentales/>

1975 Representante del CICR. *Presentación del artículo 1 del Protocolo Adicional II*. CDDH,I/SR.22. 14 de marzo de 1975, volumen 8.

1987 *Comentario de los Protocolos del 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

2003a *Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja*. Informe sucinto. Ginebra. Consulta: 10 de junio de 2016.

https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/direct_participation_in_hostilities_sept_2003_spa.pdf

2003b *Protección jurídica de los niños en los conflictos armados*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003. [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MJB/\\$FILE/Ninos.pdf](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MJB/$FILE/Ninos.pdf)

2005a *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities. Summary Report*. Ginebra, 23-25 de octubre de 2005.

2005b *Background Document Working Sessions IV and V “Direct Participation in Hostilities” and Membership in Organized Armed Groups*. Ginebra: 23–25 de octubre de 2005.

2006 *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities. Summary Report*. Ginebra, 27-28 de noviembre de 2006.

2016a ¿Qué dice el DIH sobre los acuerdos especiales en el marco de un proceso de paz? 10 de junio 2016. Consulta: 10 de octubre de 2016.

<https://www.icrc.org/es/document/acuerdos-especiales-acuerdos-de-paz-dih-colombia-comentarios-convenios-de-ginebra>

2016b *Colombia: Retos humanitarios 2016* [informe]. Bogotá. Consulta: 10 de marzo de 2016.

<https://www.icrc.org/es/document/informe-colombia-retos-humanitarios-de-2016>

2016c *Comentarios actualizados al I Convenio de Ginebra de 1949 del 2016*. Consulta: 10 de marzo de 2016.

<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Commentxsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>

2008a *How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?* Ginebra, marzo de 2008, pp. 1-5.

2008b *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities. Summary Report*. Ginebra, 5-6 de febrero de 2008.

2008c *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

2011a *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*. 31st International Conference of the Red Cross and the Red Crescent, 31IC/11/5.1.2. .Octubre de 2011. s/l: Comité Internacional de la Cruz Roja. Consulta: 11 de febrero de 2016.

<https://app.icrc.org/e-briefing/new-tech-modern-battlefield/media/documents/4-international-humanitarian-law-and-the-challenges-of-contemporary-armed-conflicts.pdf>

2011b *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*. 01-01-2011PMF. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6fsjl7.htm>

2011c El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. Documento de trabajo oficial de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja u la Media Luna Roja. Ginebra, del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2011.

2015 *Colombia: situación humanitaria. Acción 2014 y perspectivas 2015* [informe]. Bogotá. Consulta: 3 de enero de 2016. <https://www.icrc.org/es/content/informe-colombia-2014-pdf>

CPI

1998 *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

2016 *Case Information Sheet. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-PIDS-CIS-DRC-01-014/16_Eng*. Consulta: 15 de marzo de 2016.

Bibliografía

<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/LubangaENG.pdf>

2019 *Case Information Sheet. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-PIDS-CIS-DRC-02-016/19_Eng*. Consulta: 15 de abril de 2020.

<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/NtagandaEng.pdf>

CVR

2003 *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Lima. Consulta: 26 de febrero de 2016.

<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>

Comisión de la Verdad para El Salvador

1993 *Informe «De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador*. San Salvador/Nueva York: Naciones Unidas. Consulta: 15 de setiembre de 2016.

<http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/Introduccion-Mandato-Cronologia.pdf>

DCAF y Geneva Call

2011 *Armed Non-State Actors Current Trends & Future Challenges. DCAF Horizon 2015 Working Paper N.º 5*. Ginebra: Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF)/Geneva Call. Consulta: 16 de julio de 2016.

<http://www.dcaf.ch/Publications/Armed-Non-State-Actors-Current-Trends-Future-Challenges>

Fiscalía General de la Nación

2015 *Datos procesados por el Observatorio de Paz y Conflicto (OPC) 2015*.

ILC

2016 *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*. A/CN.4/693. 8 de marzo de 2016. Consulta: 1 de diciembre de 2016. <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/693>

Machel, Graça

1996 *Impact of armed conflict on children* [informe]. A/51/306, 1996. Consulta: 17 de julio de 2016.
http://www.unicef.org/graca/a51-306_en.pdf

Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza

2009 *Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza*. A/HRC/12/48. 25 de setiembre de 2009, párr 305. Consulta: 29 de julio de 2016.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/158/69/PDF/G0915869.pdf?OpenElement>

Observatorio de Paz y Conflicto (OPC) de la Universidad de Colombia Bogotá

2015 *Proceso priorizado Ejército Revolucionario Guevarista (ERG): Conducta aborto sin consentimiento* [informe]. Septiembre de 2015.

Pictet, Jean

1952 *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949. Volumen 1. I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field: commentary*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. Consulta: 17 de julio de 2016.

<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=CBD74D1DC-B715E34C12563CD004207C2>

Bibliografía

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

2014 *Outcome of the Global Summit to End Sexual Violence in Conflict* [informe]. Londres. Consulta: 14 de enero de 2016.
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/390742/PSVI_post_summit_report_Online2.pdf

Save the Children

2005 *Forgotten Casualties of War* [informe]. Londres.

UNICEF

2007 *Principios y directrices sobre los niños asociados a las fuerzas armadas o grupos armados*. s/l. Consulta: 12 de marzo de 2016.

https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/Paris-Commitments_SP.pdf

1997 *Cape Town Principles and Best Practices*. Consulta: 20 de julio de 2016.

[http://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles\(1\).pdf](http://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles(1).pdf)

United Nations Special Representative of the Secretary General on Children and Armed Conflict

2008 *Written Submissions of the United Nations Special Representative of the Secretary General on Children and Armed Conflict [amicus curiae]*. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06. 2008, párrafo 23. Consulta: 17 de julio de 2016.

https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2008_01287.PDF

WIFGJ

2006 *Letter from Women's Initiative for Gender Justice to Luis Moreno Ocampo*. Agosto de 2006. Consulta: 2 de junio de 2006.

http://www.iccwomen.org/news/docs/Prosecutor_Letter_August_2006_Redacted.pdf

DECISIONES DE ÓRGANOS INTERNACIONALES

CIDH

1997 *Caso 11.137. Juan Carlos Abella vs. Argentina, Informe N° 55/97*. 18 de noviembre de 1997.

CIJ

1949 *Caso del Canal de Corfu*. Sentencia de Fondo. 9 de abril de 1949.

1986 *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)*. Sentencia de Fondo. 27 de junio de 1986.

1996 *Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*. 8 de julio de 1996.

2004 *Opinión Consultiva sobre sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. 9 de julio de 2004.

2005 *Actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo contra Uganda)*. Sentencia de Fondo. 19 de diciembre de 2005.

2007 *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)*. Sentencia de Fondo. 26 de febrero de 2007.

Corte IDH

2015 *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308.

2005 *Caso de la «Masacre de Mapiripán» Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134.

CORTE SUPREMA DE ISRAEL

2005 *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel*. Sentencia de Fondo. 13 de diciembre de 2006. Consulta: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/690/007/A34/02007690.a34.pdf.

CPI

2007 *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06. Decision on conformation of charges. Public redacted version. 29 de enero de 2007.

2008 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. ICC-01/04-01/07. Decision on the confirmation of charges. Decisión de Pre-Trial Chamber I. 30 de setiembre de 2008.

2009 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06, Transcript. ICC-01/04-01/06-T-107-ENG ET WT 26-01-2009 T 1-74 SZ T. Cámara de Primera Instancia 1. 26 de enero de 2009.

2012a *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Sentencia de Primera Instancia. 14 de marzo de 2012.

2012b *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Sentencia de Primera Instancia. 14 de marzo de 2012. Judge Odio Benito. Dissenting opinion.

2014a *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. ICC-01/04-02/06. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda. 9 de junio de 2014.

2014b *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. ICC-01/04-02/06. Public Redacted Version of Prosecution's submissions on issues that were raised during the confirmation of charges hearing, 7 March 2014 , ICC-01/04-02/06-276-Conf. 24 de marzo de 2014.

2014c *The Prosecutor v. Germain Katanga*. ICC-01/04-01/07. Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut. Sentencia de Primera Instancia. 7 de marzo de 2014.

2014d *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. ICC-01/04-02/06. Prosecution's submission of document containing the charges and the list of evidence. Annex A. 10 de enero de 2014.

2017a *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the «Second decision on the Defense's Challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9»*. 15 de junio de 2017.

2017b *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Second decision on the Defense's Challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*. 4 de enero de 2017.

Bibliografía

2019 *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. ICC-01/04-02/06. Judgment. 8 de julio de 2019.

TEDH

1976 *Case of Engel and Others v. The Netherlands*. Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Sentencia de Fondo. 8 de junio de 1976.

1997 *Case of Kalaç v. Turkey*. Application no. 20704/92. Sentencia de Fondo. 1 de julio de 1997.

1998 *Case of Larissis and Others v. Greece*. 140/1996/759/958–960. Sentencia de Fondo. 24 de febrero de 1998.

2008a *Case of Korbely v. Hungary*. Application no. 9174/02. Sentencia de Fondo. 19 de setiembre de 2008.

2008b *Case of Chember v. Russia*. Application no. 7188/03. Sentencia de Fondo. 3 de julio de 2008.

2013 *Case of Mosendz v. Ukraine*. Application no. 52013/08. Sentencia de Fondo. 17 de enero de 2013.

2014 *Case of Placi v. Italy*. Application no. 48754/11. Sentencia de Fondo. 21 de enero de 2014.

TESL

2004a *CDF Case*. Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment). SCSL-04-14. Decisión de la Cámara de Apelación. 31 de mayo de 2004.

2004b *Prosecutor v. Morris Kallon y Brimma Buzzy* SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E). Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Sentencia de la Cámara de Apelaciones. 13 de marzo de 2004.

2009 *RUF Case (Sesay, Kallon, Gbao)*. SCSL-04-15- T. Sentencia de Primera Instancia. 2 de marzo de 2009.

TPIY

1995 *Prosecutor v. Dusko Tadić*. Case n° IT-94-1-T. Decision on the defence motion for Interlocutory appeal on jurisdiction. Decisión de la Cámara de Apelación. 2 de octubre de 1995.

1997 *Prosecutor v. Dusko Tadić*. Case n° IT-94-1-T. Opinion and judgment. Sentencia de Primera Instancia. 7 de mayo de 1997.

1998 *Prosecutor v. Furundžija*. Case n° IT-95-17/1. Sentencia de Primera Instancia. 10 de diciembre de 1998.

1999 *Prosecutor v. Dusko Tadić*. Case n° IT-94-1-T. Sentencia de la Cámara de Apelación. 15 de julio de 1999.

2000a *The Prosecutor v. Blaškić*. Case n° IT-95-14. Sentencia de Primera Instancia. 3 de marzo de 2000.

2000b *Prosecutor v. Kupreškić et al.* Case n° IT-95-16. Sentencia de Primera Instancia. 14 de enero de 2000.

2001 *Prosecutor v. Kunarac et al.* Case n° IT-96-23 & 23/1. Sentencia de Primera Instancia. 22 de febrero de 2001.

Bibliografía

2002a *Prosecutor v. Kunarac et al.* Case n° IT-96-23 & 23/1. Sentencia de la Cámara de Apelaciones. 12 de junio de 2002.

2002b *Prosecutor v. Milorad Krnojelac.* Case n° IT-97-25-T. Sentencia de Primera Instancia. 15 de marzo de 2002.

2003 *Prosecutor v. Naletelic y Martinovic.* Case n° IT-98-34-T. Sentencia de la Cámara de Apelación. 31 de marzo de 2003.

2004 *Prosecutor v. Tibomir Blaškić.* Case n° IT-95-14-A. Sentencia de la Cámara de Apelación. 29 de julio de 2004.

2005 *Prosecutor v. Blagojević y Jokić.* Case n° IT-02-60-T. Sentencia de Primera Instancia. 17 de enero de 2005.

2008 *Prosecutor v. Boškoski y Tarčulovski.* Case n° IT-04-82-T. Sentencia de primera instancia. 10 de julio de 2008.

2013 *The Prosecutor vs. Prlić et al.* Case n° IT-04-74. Sentencia de Primera Instancia. 29 de mayo de 2013.

TPIR

1998 *Prosecutor vs. Akayesu.* Case No. ICTR-96-4-T. Sentencia de Primera Instancia. 2 de setiembre de 1998.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz

2014 *Salvatore Mancuso Gómez, José Bernardo Lozada Artuz, Jorge Iván Laverde Zapata, Isaías Montes Hernández, Juan Ramón de las Aguas Ospino, Jimmy Viloría Velásquez y Lenin Geovanny Palma Bermúdez.* Sentencia. 31 de octubre de 2014

Tribunal Supremo de Medellín. Sala de Justicia y Paz
2015 *Olimpo de Jesús Sánchez Caro y otros* 19. Sentencia. 15 de diciembre de 2015.

RESOLUCIONES DE ÓRGANOS INTERNACIONALES

Asamblea General de Naciones Unidas

2000 *Optional protocols to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict and on the sale of children, child prostitution and child pornography*. Resolución A/RES/54/263. 25 de mayo de 2000. Consulta: 13 de febrero de 2016.

<http://www.un-documents.net/a54r263.htm>

Comisión Internacional de Investigación por Darfur

2005 *Informe enviado por la Comisión Internacional de Investigación para Darfur al Secretario General de la ONU en atención a la Resolución 1564 del Consejo de Seguridad de la ONU del 18 de septiembre de 2004*. 25 de enero de 2005. Consulta: 2 de marzo de 2016.

http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf

Comisión de Investigación Internacional Independiente sobre la Situación en la República Árabe Siria

2012a *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria y Anexo II*. A/HRC/21/50. 16 de agosto de 2012. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2012b *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria*. A/HRC/19/69. 22 de febrero de 2012. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2013a *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria*. A/HRC/24/46. 16 de agosto de 2013. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2013b *Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic*. A/HRC/23/58. 18 de julio de 2013. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2013c *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria. Anexos V y X. Violations of children's rights*. A/HRC/22/59. 5 de febrero de 2013. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2014a *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria*. A/HRC/27/60. 13 de agosto de 2014. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2014b *Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic*. A/HRC/25/65. y Anexo IV.12 de febrero de 2014 Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2015a *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria*. A/HRC/30/48. 13 de agosto de 2015. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2015b *Informe de la comisión de investigación internacional independiente sobre la situación en la República Árabe Siria*. A/HRC/28/69. y Anexo II. 5 de febrero de 2015. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2016a *«They came to destroy»: ISIS Crimes Against the Yazidies*. A/HRC/32/CPR.2. 15 de junio de 2016. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

2016b *Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic*. A/HRC/31/68. 11 de febrero de 2016, 2016b. Consulta: 12 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx>

Bibliografía

Commission of Inquiry on the 2014 Gaza Conflict
2015 *Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1*. A/HRC/29/CRP.4. 24 de junio de 2015. Consulta: 1 de marzo de 2016.
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIGazaConflict/Pages/ReportCoIGaza.aspx>

Comité de Derechos Humanos

1993 *Decision on State Succession to the Obligations of the Former Yugoslavia under the International Covenant on Civil and Political Rights (separate opinion Mullerson)*. Reimpreso en *European Human Rights Reports*, volumen 15.

2014 *Observación General No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*. UN Doc. CCPR/C/GC/35. 16 de diciembre de 2014. Consulta: 3 de marzo de 2016.
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TB-Search.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11

Comité contra la Tortura

2008 *Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*. UN Doc. CAT/C/GC/2. 24 de enero de 2008. Consulta: 3 de marzo de 2016.
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TB-Search.aspx?Lang=en&TreatyID=1&DocTypeID=11

2015 *Concluding observations on the initial report of Iraq*. CAT/C/IRQ/CO/1 7 de setiembre de 2015, párrafo 11. Consulta: 17 de julio de 2016.
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/201/57/PDF/G1520157.pdf>

Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional

1998 *Informe del comité preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*. A/CONF.183/2/Add.1. 14 de abril de 1998. Consulta: 8 de marzo de 2016.

<http://www.un.org/spanish/law/icc/docs.htm>

Consejo de Derechos Humanos

2012 *Situación de los derechos humanos en la República de Malí*. A/HRC/RES/20/17. 17 de julio de 2012. Consulta: 3 de marzo de 2016.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/154/00/PDF/G1215400.pdf?OpenElement>

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

1993 *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)*. Resolución 827. S/RES/827 (1993). 25 de mayo de 1993. Consulta: 15 de febrero de 2016.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827\(1993\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1993.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827(1993)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1993.shtml&Lang=S)

2000 *Women and Peace and Security*. Resolución 1325. S/RES/1325 (2000). 31 de octubre de 2000. Consulta: 7 de enero de 2016.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325\(2000\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2000.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325(2000)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2000.shtml&Lang=S)

2002 *La situación relativa a la República Democrática del Congo*. Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad. S/PRST/2002/27. 18 de octubre de 2002. Consulta: 10 de febrero de 2016.

<http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=S/PRST/2002/27&referer=http://www.un.org/es/sc/documents/statements/2002.shtml&Lang=S>

2005 *Children and armed conflict. Resolución 1612*. S/RES/1612 (2005). 26 de julio de 2005. Consulta: 11 de marzo de 2016.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/439/62/PDF/N0543962.pdf?OpenElement>

2008 *Women and peace and security. Resolución 1820*, S/RES/1820 (2008) .19 de junio de 2008. Consulta: 7 de enero de 2016.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1820\(2008\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2008.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1820(2008)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2008.shtml&Lang=S)

2009a *Women and peace and security. Resolución 1888*. S/RES/1888 (2009). 30 de setiembre de 2009. Consulta: 7 de enero de 2016.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1888\(2009\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2009.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1888(2009)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2009.shtml&Lang=S)

2009b *Women and peace and security. Resolución 1889*. S/RES/1889 (2009). 5 de octubre de 2009. Consulta: 7 de enero de 2016.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1889\(2009\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2009.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1889(2009)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2009.shtml&Lang=S)

2010 *Women and peace and security. Resolución 1960*. S/RES/1960 (2010). 16 de diciembre de 2010. Consulta: 7 de enero de 2016.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1960\(2010\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2010.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1960(2010)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2010.shtml&Lang=S)

2011 *Central African Republic. Resolución 2031*. S/RES/2031 (2011). 21 de diciembre de 2011. Consulta: 10 de enero de 2016. [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2031\(2011\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2011.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2031(2011)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2011.shtml&Lang=S)

2012 *Mali. Resolución 2085*. S/RES/2085 (2012). 20 de diciembre de 2012. Consulta: 20 febrero de 2016. [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2085\(2012\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2012.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2085(2012)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2012.shtml&Lang=S)

2013a *Report of the Secretary-General on the implementation of the Peace, Security and Cooperation Framework for the Democratic Republic of the Congo and the Region*. S/2013/773. 23 de diciembre de 2013.

2013b *Women and Peace and Security. Resolución 2122*. S/RES/2122 (2013). 18 de octubre de 2013. Consulta: 7 de enero de 2016. [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2122\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2122(2013))

2013c *Women Peace and Security. Resolución 2106*. S/RES/2106 (2013). 24 de junio de 2013. Consulta: 7 de enero de 2016. [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2106\(2013\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2013.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2106(2013)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2013.shtml&Lang=S)

2015 *Women and Peace and Security. Resolución 2242*. S/RES/2242 (2015). 13 de octubre de 2015. Consulta: 19 de julio de 2016.

http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFC-F9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_res_2242.pdf

2016 *Women and Peace and Security. Resolución 2272*. S/RES/2272 (2016). 11 de marzo de 2016. Consulta: 19 de julio de 2016.

http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFC-F9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_res_2272.pdf

Estado de Colombia y las FARC

2016 Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. 24 de noviembre de 2016, p. 3. Consulta: 1 de diciembre de 2016.

<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

Grupo de Trabajo del Consejo de Seguridad sobre los Niños y los Conflictos Armados

2014a *Conclusiones sobre los niños y el conflicto armado en la República Árabe Siria*, S/AC.51/2014/4. 26 de noviembre de 2014. Consulta: 15 de noviembre de 2015.

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/AC.51/2014/4%20&referer=/english/&Lang=S

2014b *Conclusiones sobre los niños y el conflicto armado en la República Democrática del Congo*. S/AC.51/2014/3. 19 de setiembre de 2014. Consulta: 15 de noviembre de 2015.

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/AC.51/2014/3&referer=/english/&Lang=S

2014c *Conclusiones sobre los niños y el conflicto armado en Mali*. S/AC.51/2014/2. 7 de julio de 2014. Consulta: 15 de noviembre de 2015.

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/AC.51/2014/2&Lang=S&Area=UNDOC

International Commission of Inquiry on Libya

2011 *Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamabiriya*, A/HRC/17/44. 1 de junio de 2011. Consulta: 10 de marzo de 2016.

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.44_AUV.pdf

2012 *Report of the International Commission of Inquiry on Libya*, A/HRC/19/68. 8 de marzo de 2012. Consulta: 8 de marzo de 2016.

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A.HRC.19.68.pdf>

Organización de Naciones Unidas

1968 Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968, Naciones Unidas, Nueva York, 1968. Consulta: 8 de marzo de 2016.

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1968-teheran-conf-extract-5tdmgn.htm>

Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka

2011 *Report of the Secretary General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka*, 31 de marzo de 2011. Consulta: 11 de marzo de 2016.

http://www.un.org/News/dh/infocus/Sri_Lanka/POE_Report_Full.pdf

Bibliografía

Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados

2009 *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre Niños y Conflictos Armados*. A/64/254. 6 de agosto de 2009.

2014 *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, Leila Zerrougui*. A/HRC/28/54. 29 de diciembre de 2014. Consulta: 26 de febrero de 2016.

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/54%20&Lang=S&Area=UNDOC

2015 *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados*. A/HRC/31/19. 28 de diciembre de 2015. Consulta: 22 de agosto de 2016.

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/31/19&Lang=S&Area=UNDOC

2017 *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados*. A/72/276. 2 de agosto de 2017, párrafo 17. Consulta: 22 de octubre de 2017.

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/72/361&Lang=S&Area=UNDOC

Secretario General de las Naciones Unidas

2008 *Informe del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados en el Afganistán*. S/2008/695. 10 de noviembre de 2008. Consulta: 3 de marzo de 2016.

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2008/695>

2014 *Children and armed conflict. Report of the Secretary General*. A/68/878-S/2014/339. 14 de mayo de 2014. Consulta: 3 de marzo de 2016.

http://www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/a_68_878_-_s_2014_339.pdf

Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo

2015 *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson*. A/HRC/29/51. 16 de junio de 2015. Consulta: 7 de marzo de 2016.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/127/05/PDF/G1512705.pdf?OpenElement>

SITIOS WEB

2004 ¿Qué diferencia hay entre derecho internacional humanitario y derechos humanos? Tomado de Derecho internacional humanitario: Respuestas a sus preguntas. Consulta: 23 de julio de 2016.

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdljc.htm>

2010 *The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols*. Consulta: 16 de febrero de 2016.

<https://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>

CICR

Glossary. Consulta: 19 de febrero de 2016.

<https://www.icrc.org/casebook/doc/glossary/guerrilla-glossary.htm>

Fisher, Max

2013 Why did infamous war criminal Bosco Ntaganda just surrender at a U.S. embassy? *The Washington Post*, 18 de marzo de 2013.

<http://www.washingtonpost.com/blogs/worldviews/wp/2013/03/18/why-did-infamous-war-criminal-bosco-ntaganda-just-surrender-at-a-u-s-embassy/>

Geneva Call

Who we are. Consulta: 10 de octubre de 2015.

<http://www.genevacall.org/who-we-are/>

Hague, Adil

2016 Comentario del 15 de febrero a “Guest Post Do Child Soldiers Remain Civilians?”. *Opinio Juris*. 15 de febrero de 2016. Consulta 16 de julio de 2016

<http://opiniojuris.org/2016/02/15/guest-post-do-child-soldiers-remain-civilians/>

Henckaerts, Jean-Marie, & Doswald-Beck, Louise (Editores)

s/f *Customary International Humanitarian Law*. Updated online version. Comité Internacional de la Cruz Roja. Consulta: 15 de febrero de 2016. https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul

Oficina del Representante Oficial del Secretario General sobre Violencia Sexual en Conflictos Armados *Acerca de la oficina*. Consulta: 25 de agosto de 2016.

<http://www.un.org/sexualviolenceinconflict/es/acerca-de-nosotros/acerca-la-oficina/>

Equipo de Expertos. Consulta: 25 de agosto de 2016.

<http://www.un.org/sexualviolenceinconflict/es/nuestro-trabajo/equipo-de-expertos/>

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES (TRATADOS Y DOCUMENTOS DE *SOFT LAW*)

Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña

Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra

I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña

II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar

III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

IV Convenio Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Bibliografía

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1967.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1951.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Principios de Ciudad del Cabo y mejores prácticas sobre la prevención del reclutamiento de niños y niñas en las fuerzas armadas y desmilitarización y reinserción de los niños soldados en África de 1997.

Principios y Directrices sobre los Niños Asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados de 2007.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de

Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña

Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com

Página web: www.tareagrafica.com

Teléf.: 332-3229 Fax: 424-1582

Diciembre 2020 Lima - Perú



ISBN: 978-612-4440-18-2



9 786124 440182