

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



PUCP

**LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL RECLUTAMIENTO DE NIÑOS Y
NIÑAS EN EL PERÚ EN EL PASADO Y PRESENTE: UN ESTUDIO DEL
CRIMEN DE GUERRA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL**

Tesis para optar por el título de Abogada que presenta la Bachiller:

GÉNESIS JESÚS GONZÁLES ELÍAS

20098078

ASESOR

JEAN FRANCO OLIVERA ASTETE

LIMA, 2021

Resumen

El objetivo de la presente investigación es determinar las principales consecuencias jurídicas de la criminalidad del reclutamiento y la utilización de niños y niñas para participar en las hostilidades y aplicarlo al caso peruano. En ese sentido, se examina la prohibición y la criminalización del reclutamiento y la utilización de menores de edad, conforme al Derecho Internacional convencional como consuetudinario, con la finalidad de esclarecer los efectos que implica.

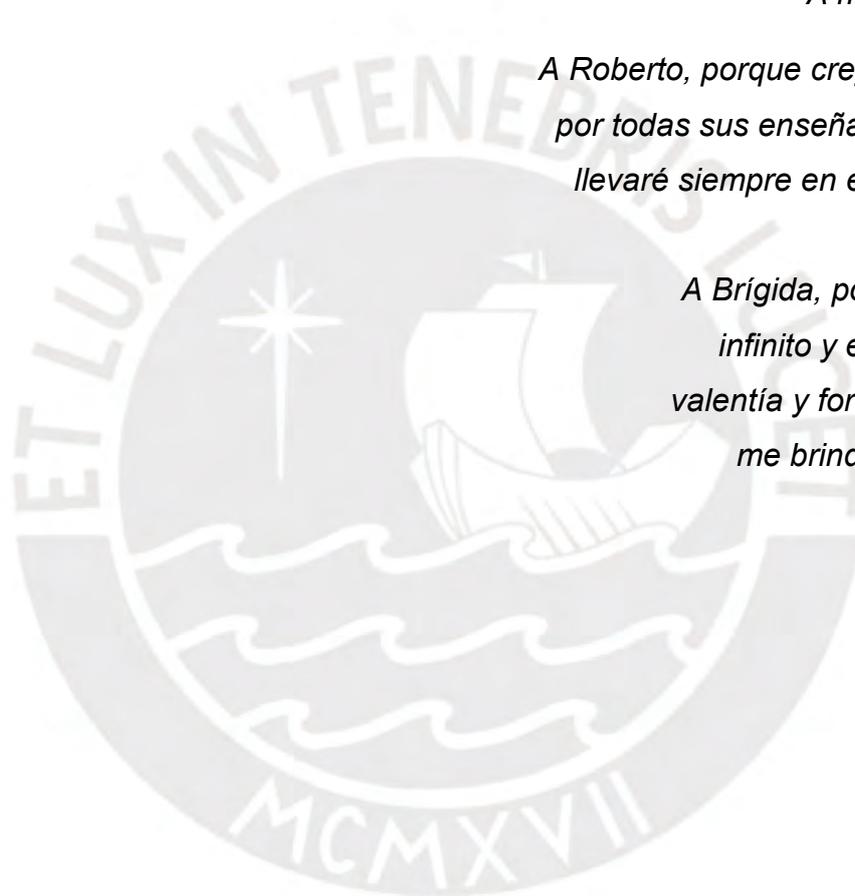
Así, se enfatiza cuál es el carácter que tenía la norma prohibitiva del reclutamiento y si era posible sancionarla en los años en que se desarrolló el CANI peruano (1980-2000). En efecto, el reconocimiento de los elementos que conforman el derecho consuetudinario permite determinar la norma consuetudinaria de prohibición de reclutamiento de menores de 15 años. Del mismo modo, las legislaciones nacionales, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, las resoluciones de la ONU constituyen pruebas para resolver que la violación a la norma que prohíbe el reclutamiento es un crimen de guerra según la costumbre internacional, sin afectar el principio de legalidad.

Finalmente, se propone el estudio del reclutamiento de niños y niñas ocurrido en el Perú, de acuerdo con las obligaciones internacionales. Los resultados demuestran que, respecto al CANI 1980-2000, el Estado peruano debió investigar, juzgar y sancionar a los responsables del reclutamiento de niños y niñas. Asimismo, a las víctimas de reclutamiento y sus familiares les corresponde una reparación integral. En relación con el reclutamiento, en la actualidad, llevado a cabo en la zona del VRAEM, el Estado, de alguna manera, ha declarado que existe un CANI entre las fuerzas del orden y grupos senderistas como el MPCP. En ese sentido, el accionar de las fuerzas armadas y el MPCP debiera estar sujetas a las normas del DIH, tanto en la conducción de hostilidades como en la protección de personas que no participan en las hostilidades o han dejado de participar. De esa forma, resulta preciso aclarar que, en este contexto, la comisión del reclutamiento también califica como crimen de guerra y debiera ser sancionado como tal.

A mis padres:

*A Roberto, porque creyó en mí y
por todas sus enseñanzas, que
llevaré siempre en el corazón.*

*A Brígida, por su amor
infinito y ejemplo de
valentía y fortaleza que
me brinda en cada
momento.*



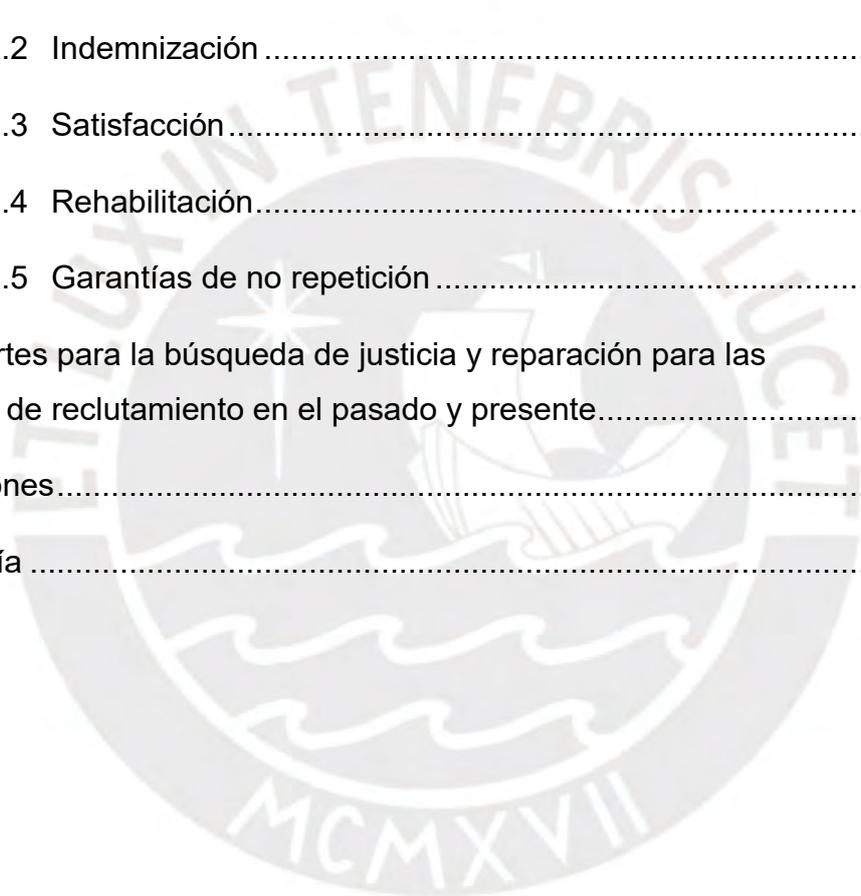
Índice

Resumen.....	2
Introducción.....	12
Capítulo I La prohibición del reclutamiento de niños y niñas y su participación en las hostilidades en un CANI según el derecho internacional.....	18
1.1 Fenómeno del reclutamiento de niños y niñas.....	19
1.1.1 Causas del reclutamiento de niños y niñas	20
1.1.2 Consecuencias del reclutamiento de niños y niñas y su participación en los conflictos armados.....	22
1.1.3 Reclutamiento de niños y niñas: ¿obligatorio, forzoso o voluntario?.....	25
1.2 La regulación de la prohibición del reclutamiento y la participación de niños y niñas en un CANI.....	26
1.2.1 En el marco de las normas de carácter convencional	28
1.2.1.1 La prohibición del reclutamiento como una protección general y especial de los niños y niñas en un CANI.....	28
1.2.1.2 El límite de edad para el reclutamiento y la participación en las hostilidades.....	35
1.2.1.2.1 En cuanto al reclutamiento.....	36
1.2.1.2.2. En cuanto a la prohibición de la participación directa e indirecta en las hostilidades	44
1.2.1.3 El principio del interés superior del niño y el de no discriminación como pilar para prohibir su reclutamiento y participación en las hostilidades	47
1.2.1.3.1 Principio del interés superior del niño	48
1.2.1.3.2 Principio de igualdad y no discriminación	50

1.2.2 La prohibición en el marco del derecho consuetudinario.....	52
1.2.2.1 Evidencia de la práctica general	53
1.2.2.1.1 La práctica estatal relativa a los tratados que prohíben el reclutamiento	54
1.2.2.1.2 Legislación nacional y manuales militares	59
1.2.2.2 Evidencia de la <i>opinio iuris</i>	61
1.2.2.2.1 Trabajos preparatorios de los tratados.....	62
1.2.2.2.2 Resoluciones de los órganos de la ONU.....	65
1.3 Reflexiones finales sobre la caracterización de la prohibición del reclutamiento en CANI según el derecho internacional.....	69
Capítulo II La criminalización del reclutamiento de niños y niñas en un CANI según el derecho internacional consuetudinario.....	72
2.1 Desarrollo de la práctica estatal.....	74
2.1.1 Legislaciones nacionales.....	75
2.2 Desarrollo de la <i>opinio iuris</i>	77
2.2.1 La responsabilidad penal individual por la comisión del crimen de reclutamiento y participación en las hostilidades de menores de 15 años	78
2.2.1.1 Responsabilidad penal individual por la violación del DIH	79
2.2.1.2 Los aportes de los tribunales ad hoc.....	81
2.2.1.2.1 La responsabilidad penal individual por la violación del artículo 3 común según el TPIY.....	81
2.2.1.2.2 La responsabilidad penal individual por la violación del artículo 4 del PA II según el TPIR.....	87
2.2.1.3 El primer juzgamiento del reclutamiento de niños y niñas conforme al TESL.....	91
2.2.1.4 El respeto al principio de legalidad en el derecho internacional..	96

2.2.2 El rol de la ONU en el marco de la criminalización del reclutamiento.....	102
2.2.2.1 El trabajo de la AG	102
2.2.2.2 Las resoluciones del Consejo de Seguridad	104
2.2.3 Resoluciones de conferencias internacionales: Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.....	106
2.3 La CPI: situación actual del crimen de reclutamiento de niños y niñas y su participación en las hostilidades.....	108
2.3.1 Del derecho consuetudinario a la codificación del crimen de reclutamiento en el Estatuto de Roma en un CANI	108
2.3.2 Fallos de la CPI sobre el reclutamiento de niños y niñas	114
2.4 A modo de conclusión: ¿El reclutamiento de niños y niñas en un CANI es un crimen de guerra según el derecho internacional consuetudinario?	119
Capítulo III Consecuencias jurídicas del reclutamiento de menores de edad aplicado al caso peruano.....	122
3.1 Reclutamiento de niños y niñas en el caso peruano.....	123
3.1.1 Situación actual	130
3.2 Obligación del Estado peruano de investigar, juzgar y sancionar el reclutamiento de niños y niñas en el CANI 1980-2000 y en la actualidad	134
3.2.1 Obligación del Estado peruano de investigar por la comisión de reclutamiento.....	134
3.2.2 La obligación de juzgar y sancionar por el reclutamiento de niños y niñas	138
3.2.2.1 Alcances del derecho nacional para juzgar el reclutamiento.....	139
3.2.2.2 Aplicación de la doble subsunción: camino de solución para el juzgamiento y sanción de reclutamiento.....	145

3.2.2.3 Irretroactividad de la Ley Penal Nacional por crímenes internacionales y respeto del principio de legalidad.....	149
3.2.2.4 La imprescriptibilidad del reclutamiento como crimen de guerra.....	151
3.3 Derecho a la reparación de las víctimas de reclutamiento.....	158
3.3.1 Los menores reclutados y sus familiares como víctimas	160
3.3.2 Formas de reparación	163
3.3.2.1 Restitución	163
3.3.2.2 Indemnización	164
3.3.2.3 Satisfacción.....	165
3.3.2.4 Rehabilitación.....	170
3.3.2.5 Garantías de no repetición	174
3.4 Aportes para la búsqueda de justicia y reparación para las víctimas de reclutamiento en el pasado y presente.....	177
Conclusiones.....	180
Bibliografía	185



Siglas y abreviaturas

AG: Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas

AUC: Autodefensas Unidas de Colombia

CAI: Conflicto armado de carácter internacional

CANI: Conflicto armado de carácter no internacional

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

Carta Africana: Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño

C-182: Convención 182 sobre la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil

CJMP: Código de Justicia Militar Policial

CONADIS: Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad

CNDDHH: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos

Conferencia Diplomática 1974-1977: Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a Conflictos Armados

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CDI: Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

CVR: Comisión de la Verdad y Reconciliación

CPI: Corte Penal Internacional

DIH: Derecho Internacional Humanitario

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DPI: Derecho Penal Internacional

ELN: Unión Camilista- Ejército de Liberación Nacional

FARC-EP: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo

FPLC: Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo

FICR: Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

MRTA: Movimiento Revolucionario Túpac Amaru

MPCP: Militarizado Partido Comunista del Perú

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PA II: Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra

PFCDN: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a su participación en conflictos armados

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIR: Plan Integral de Reparaciones

RUV: Registro Único de Víctimas

SCP: Sala de Cuestiones Preliminares I

SL: Sendero Luminoso

TESL: Tribunal Especial de Sierra Leona

TMIN: Tribunal Militar Internacional de Núremberg

TPIR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY: Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia

Unicef: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

VRAEM: Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro

OUA: Organización para la Unidad Africana

Lista de tablas

Tabla 1. Tratados que regulan la edad límite de reclutamiento.....	43
Tabla 2. Tratados que regulan la prohibición de la participación en las hostilidades de niños y niñas.....	47



Lista de Líneas de Tiempo

Línea de tiempo 1. Prohibición del reclutamiento de menores de 15 años en el marco del derecho internacional consuetudinario	71
Línea de tiempo 2. Criminalización del reclutamiento y utilización en las hostilidades de menores de 15 años.....	121



Introducción

El reclutamiento y uso de niños y niñas en los conflictos armados por parte de las fuerzas armadas y los grupos armados organizados es una cruda realidad que se remonta a épocas pasadas. El desarrollo de tales conflictos es uno de los factores que han impulsado el fenómeno de los niños soldados, pues, a medida que estos conflictos se alargan, se requiere más combatientes; y, en estas circunstancias, los niños son vistos como una opción útil¹. No es un hecho reciente encontrar menores en filas de combate: este fenómeno tuvo como primer signo visible las juventudes hitlerianas, la organización paramilitar del partido Nazi que entrenaba a los niños entre 10 y 18 años; estos combatieron en la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) en defensa de Alemania, y los aliados tuvieron que enfrentarse a ellos².

En la década de los 70, la era de los Jemeres Rojos en Camboya también impulsó el fenómeno de los niños soldados. Estos, al ser considerados “puros”, eran entrenados para que participen en el conflicto³. Asimismo, en la guerra Irán-Iraq, desatada en la década de los 80, los niños de 12 a 16 años eran enviados a los campos minados para limpiarlos⁴. Las niñas no fueron ajenas a esta realidad: en 1986, aproximadamente 500 niñas fueron encontradas en el Ejército de Resistencia Nacional en Uganda⁵.

Por otra parte, en la década de los 90, durante el conflicto armado ocurrido en Sierra Leona (1991-2002), los niños y niñas eran reclutados para ser usados como soldados y esclavas sexuales, respectivamente. Había entre 5000 y 10 000 niños soldados durante el tiempo que duró el conflicto⁶; y, en el caso de las niñas, su pertenencia al grupo de los rebeldes implicaba, en primer lugar, la

¹ MCBRIDE, Julie. *The War crime of child soldier recruitment*. La Haya: Asser Press, 2014, p.10.

² Rempel y Kater citado en *Ibíd.*, 2014, p. 5.

³ Laban citado en MCBRIDE, op. cit., p. 5.

⁴ GETTLEMAN, Jeffrey. “The perfect weapon for the meanest wars”. *New York Times*, 29 de abril de 2009. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2007/04/29/weekinreview/29gett.html>. Revisado el 3 de marzo de 2018.

⁵ FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *War in the Twentieth Century*. En: <http://www.faq.org/childhood/Th-W/War-in-the-Twentieth-Century.html>. Revisado el 19 de enero de 2018.

⁶ FOX, Mary-Jane. “Child Soldiers and International Law: Patchwork Gains and Conceptual Debates”. En *Human Rights Review*, vol. 7, n°. 1, octubre-diciembre 2005, p. 41.

violación delante de todos. Las niñas más pequeñas, de alrededor de 10 años, eran forzadas a mantener relaciones sexuales diarias con cualquiera⁷.

En América Latina, la guerra paraguaya o de la Triple Alianza fue un gran antecedente; este conflicto entre la coalición conformada por Uruguay, Argentina y Brasil contra Paraguay se dio entre 1864 y 1870. Al respecto, se conoce que el ejército paraguayo estuvo conformado por niños de 10 a 14 años⁸. Asimismo, en Colombia, se ha desarrollado un conflicto armado desde 1964, el cual se ha extendido por más de cinco décadas; en este periodo, los niños no solo han sido asesinados, desaparecidos o torturados, sino reclutados por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), la Unión Camilista o Ejército de Liberación Nacional (ELN), y el grupo paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

En el 2005, se registró que más de 11 000 niños combatieron en este conflicto armado⁹; además, cuando los niños cumplían 13 años, eran entrenados en el uso de armas automáticas, granadas y explosivos. En algunos casos, los que provenían de las zonas rurales se vinculaban de manera voluntaria a las fuerzas guerrilleras, mientras que las niñas se enrolaban en los grupos armados porque huían del abuso físico o sexual que sufrían en casa¹⁰.

El Perú tampoco ha sido ajeno a esta situación. Como ha sido reconocido, la época de violencia que se vivió en el Perú entre los años 1980 y 2000 constituyó un CANI desatado entre las fuerzas del orden y los grupos armados SL y MRTA. En este conflicto, uno de los actos que se cometieron contra los niños y niñas fue el reclutamiento forzoso; y, según el informe de la Comisión de la Verdad y

⁷ CABALLERO, José María. "Niños forzados a ser soldados en Sierra Leona". En: CAMPOY, Ignacio y Liborio HIERRO (editores). *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 259-260.

⁸ POTTHAST, Bárbara. Niños soldados y niñas famélicas en la Guerra del Paraguay. En: *Entre la familia, la sociedad y el Estado. Niños y jóvenes en América Latina (siglos XIX-XX)*. Iberoamericana Editorial Vervuert, 2005, pp. 89-114.

⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. *Colombia: Grupos armados envían niños a la guerra*. 21 de febrero de 2005. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2005/02/21/colombia-grupos-armados-envian-ninos-la-guerra>

¹⁰ HUMAN RIGHTS WATCH-Unicef. *Aprenderás a no llorar: Niños combatientes en Colombia*. Editorial Gente Nueva. 2004, pp. 7 y 42.

Reconciliación (CVR), dicho reclutamiento representa casi el 40% del total de actos cometidos¹¹.

No obstante, esta la situación sigue siendo alarmante, puesto que la práctica del reclutamiento continúa en la actualidad, especialmente, en el valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM). Esta región ha sido ocupada por remanentes senderistas, quienes continúan atrayendo a menores de edad para formar su ejército o a fin de usarlos para otro tipo de tareas¹².

Para hacer frente a estas terribles violaciones de derechos contra los niños y niñas, la comunidad internacional ha unido esfuerzos; esto, a fin de tener un marco jurídico que los proteja. Se trata del derecho internacional; pero, como afirmó Onuma, existen diferentes áreas de derecho internacional, dependiendo de los temas que regulen, de las fuentes de donde provengan, del periodo en el que surjan, etc.¹³ Por ello, resulta un desafío hacer converger el Derecho Internacional Humanitario (DIH), el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Penal Internacional (DPI); estos regulan diferentes perspectivas del derecho, pero se complementan en busca de la protección de los derechos humanos y, en este caso, de los niños y niñas.

La comunidad internacional ha reconocido que existen mínimos obligatorios que deben acatarse en contextos de guerra a fin de proteger a la humanidad. Asimismo, se ha establecido que las violaciones graves a las normas humanitarias conllevan a una responsabilidad penal individual y, por tanto, la configuración de crímenes de guerra. En particular, se ha insistido en la aplicación de estándares internacionales a nivel convencional y consuetudinario que prohíben el reclutamiento de niños y niñas y obligan a los Estados no solo a sancionar a quienes cometan este delito, sino a aplicar una reparación integral a las víctimas de reclutamiento.

¹¹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final. Capítulo sobre Violencia contra niños y niñas. Tomo VI*. Lima, 2003, p. 586.

¹² INVERSIÓN EN LA INFANCIA. "Sendero Luminoso sigue con el reclutamiento de niños en el VRAE". En: <https://inversionenlainfancia.net/blog/entrada/noticia/1252/0>

¹³ OMUNA, Yasuaki. "International Law in and International Politics: The functions of International Law in International Society". En: *European Journal of International Law*, vol. 14, n°. 1, 2003, p. 107.

En ese sentido, desde el derecho convencional se ha consagrado la prohibición del reclutamiento de niños y niñas y su utilización en las hostilidades; así, el Protocolo Adicional II (PA II) a los Convenios de Ginebra de 1977, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y el Protocolo Facultativo de la CDN (PFCDN) relativo a su participación en conflictos armados son algunos tratados que establecen tal prohibición en el contexto de un CANI.

Por otro lado, recurrir a la costumbre internacional como fuente para sancionar una conducta prohibida conforme al DPI implica comprender los elementos que la conforman: la práctica estatal y la *opinio iuris*; estos confluyen entre sí, por lo que no deben verse separados. Asimismo, determinar la criminalización del reclutamiento de niños y niñas en un CANI según el derecho internacional consuetudinario conlleva a tener presente el respeto al principio de legalidad que debe primar; ello, a fin de dar legitimidad a la persecución y al juzgamiento de la conducta prohibida.

Este marco internacional convencional y consuetudinario para prohibir y criminalizar el reclutamiento sirve para aterrizar en el caso peruano: ¿cuáles son las obligaciones que le corresponden al Estado peruano frente al fenómeno del reclutamiento que ha tenido lugar durante el pasado y el presente? Si el reclutamiento constituye un crimen internacional, ¿por qué el Estado peruano nunca sancionó por el reclutamiento de niños y niñas ocurrido en el CANI 1980-2000? Si el delito no está tipificado en el Código Penal peruano, ¿se puede sancionar esta conducta? ¿Por qué, a pesar de la criminalidad del acto, la situación persiste en la actualidad? ¿Qué se puede hacer al respecto? Estos son algunos de los interrogantes que motivaron la realización de esta investigación.

Así el contexto, el método de investigación jurídica a usar es el positivismo; según este método, el derecho internacional se constituye según las reglas que los Estados han acordado a través de tratados, costumbres u otras formas de consentimiento¹⁴. En ese sentido, se pretende reconocer el derecho internacional convencional y consuetudinario que regula la prohibición y la criminalización del reclutamiento y la utilización de niños y niñas para participar

¹⁴ RATNER, Steven y SLAUGHTER, Anne-Marie. "Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Reader". En: *The American Journal of International Law*, vol. 93. n°. 2, 1999, p. 293.

en las hostilidades. Conforme a lo anterior, se ha de examinar el fenómeno de reclutamiento ocurrido durante el CANI 1980-2000 y en la actualidad; ello, de acuerdo con el derecho internacional, a fin de determinar las consecuencias jurídicas para el caso peruano, puesto que se tiene la obligación de juzgar y sancionar según el ordenamiento jurídico interno y reparar a las víctimas.

Asimismo, la técnica de investigación empleada es el análisis documental o bibliográfico de la normativa internacional y de los casos de reclutamiento de niños y niñas; y, para dicha normativa, se recurre a la doctrina, los tratados, la jurisprudencia de tribunales internacionales y las resoluciones de la Asamblea General (AG) y del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Por otro lado, los hechos sobre el reclutamiento de niños y niñas se constatan con los casos recogidos en el Informe de la CVR, así como en el Registro Único de Víctimas (RUV).

De esta manera, el primer capítulo se centra en la prohibición del reclutamiento y la participación de niños y niñas en un CANI según el derecho internacional. Inicialmente, se aborda el fenómeno social del reclutamiento y se desarrollan los tipos de reclutamiento: obligatorio, forzoso y “voluntario”; así como las causas y consecuencias. A partir de allí, se plantea la prohibición frente al reclutamiento y la participación en las hostilidades, contenida en instrumentos del DIH y DIDH. A nivel del derecho convencional, se reconocen los tratados que protegen a los niños y niñas de esta conducta ilícita; y en las normas convencionales se establecen diferentes edades como límite para el reclutamiento por parte de las fuerzas y los grupos armados.

A nivel de derecho consuetudinario, se desarrollan los elementos que lo conforman, ya mencionados; ello, para determinar desde qué momento la prohibición del reclutamiento podría ser considerada una norma consuetudinaria. Adicionalmente, se recurre al principio del interés superior del niño y el principio de no discriminación como pilares para prohibir el reclutamiento en defensa del derecho a la vida, el desarrollo y la supervivencia.

El segundo capítulo está dedicado a la criminalización del reclutamiento de niños y niñas en un CANI, según el derecho internacional consuetudinario. En ese orden de ideas, se evidencian los elementos de la práctica estatal y la *opinio*

ius, manifestados en legislaciones nacionales, jurisprudencia de los tribunales internacionales y resoluciones de los órganos de la ONU; esto, con el propósito de determinar que el reclutamiento y la utilización de niños y niñas en medio de las hostilidades es un crimen de guerra conforme a la costumbre internacional. Todo ello busca reconocer que la comunidad internacional no avala el acto de reclutamiento y que es posible sancionar a criminales sin afectar el principio de legalidad. Finalmente, se precisa la importancia del Estatuto de Roma o el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) respecto a la codificación del crimen de reclutamiento.

Por último, en el tercer capítulo, con los insumos recogidos en los capítulos previos, se analiza el caso peruano y se establece el enfoque sobre las consecuencias jurídicas por la comisión del crimen de reclutamiento en el CANI 1980-2000 y en la actualidad. Por un lado, se explica la obligación del Estado peruano de investigar, perseguir y sancionar a los perpetradores del reclutamiento, así como demostrar que es posible conseguir dicha sanción según el derecho nacional, sin dejar de calificar tal reclutamiento como un crimen de guerra. Por otro lado, se expone el derecho a la reparación de manera integral a las víctimas de reclutamiento, y se ve si se ha sido cumplido con las diferentes formas de reparación, como la indemnización, la restitución, la satisfacción, la rehabilitación y las garantías de no repetición. De este modo, se puede repensar la posibilidad de judicializar los casos de reclutamiento en el marco del derecho a la justicia de las víctimas y evaluar la reparación a las víctimas.

Finalmente, cabe señalar que esta tesis busca visibilizar una realidad cruel que vivieron –y que siguen viviendo– los niños y niñas en el país, y demostrar que el Estado tiene las herramientas jurídicas necesarias para enfrentar esta problemática. Para ello, este debe reconocer la verdad de lo ocurrido con los más indefensos, y buscar la protección a partir del derecho nacional e internacional. Si esta situación no se prevé hoy, mañana podría ser demasiado tarde.



Capítulo I

La prohibición del reclutamiento de niños y niñas y su participación en las hostilidades en un CANI según el derecho internacional

Este capítulo tiene como objetivo explicar el fenómeno del reclutamiento de niños y niñas, así como determinar la regulación internacional existente que prohíbe dicho reclutamiento y la participación de menores en las hostilidades; específicamente, en el CANI. En otras palabras, se abordan tanto el contexto fáctico como el legal de esta temática. En ese sentido, desde una perspectiva social del fenómeno del reclutamiento, se analizan sus causas y consecuencias, al igual que sus tipos. Luego de conocer este aspecto social y comprender su impacto, se ha de ahondar en el tratamiento jurídico de la prohibición del reclutamiento y la participación de niños y niñas en las hostilidades. Así, se conoce que dicha prohibición está regulada tanto en el derecho internacional de carácter convencional como el consuetudinario.

1.1 Fenómeno del reclutamiento de niños y niñas

Hablar del reclutamiento de niños y niñas y su participación en las hostilidades es un tema complejo, debido a los diversos factores que entran en juego: pobreza, intimidación, pertenencia a un grupo en situación de vulnerabilidad, etc. Después de la Segunda Guerra Mundial, se desataron centenares de CANI, y la mayoría de ellos se mantuvieron activos por décadas¹⁵. Posteriormente, en la década de los 90, en lo que era Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona y Liberia, se desataron conflictos armados donde se llevaron a cabo prácticas de reclutamiento. En la región de América, contextos similares se desplegaron; concretamente, en Guatemala, El Salvador, Colombia, y Perú.¹⁶

A medida que los CANI se acrecentaron, el fenómeno del reclutamiento de niños y niñas también se tornó alarmante. Así, desde mediados de los 70, se ha demostrado que tanto las fuerzas gubernamentales como los grupos armados organizados han reclutado decenas de miles de menores en todo el mundo en contextos de conflictos armados.¹⁷ En 1988, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) estimó que alrededor de 200 000 niños participaron como soldados¹⁸; aun así, en la actualidad, este fenómeno no ha cesado en

¹⁵ MANGAS, Araceli. *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 17.

¹⁶ *Ibid.*, p. 22.

¹⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*. Resolución A/51/306, Naciones Unidas, 26 de agosto de 1996, p. 17.

¹⁸ *Op. cit.*, FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA.

países como Afganistán, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Líbano, Libia, Malí, Myanmar, Somalia, Sudán del Sur, República Árabe Siria y Yemen.¹⁹ Teniendo en cuenta dicho contexto, y a efectos de comprender mejor el marco jurídico que surge como respuesta a aquel, es necesario conocer primero el fenómeno social regulado. A continuación, se abordan las causas y consecuencias y los tipos de reclutamiento de menores.

1.1.1 Causas del reclutamiento de niños y niñas

Las causas del reclutamiento de niños y niñas son diversas, por lo que resulta difícil abarcar todas en esta sección; sin embargo, si se tuvieran que mencionar algunas causas, no se podría dejar de lado la violencia acontecida, la pobreza como factor externo y la especial vulnerabilidad por la condición de niños y niñas. La guerra acarrea una violencia no solo para los que participan en las hostilidades, sino para los que no se ven envueltos en ellas. En cuanto a los niños y niñas, estos suelen presenciar actos de extrema violencia: torturas, desplazamientos forzados, abusos sexuales, entre otros²⁰; y ello los empuja a ingresar a grupos armados, ya sea por miedo, intimidación o venganza. A modo de ejemplo, en el caso peruano, el grupo armado SL sometía a los menores a demostraciones de descuartizamiento de manos, pies, genitales y cuello de alguno de los niños, a fin de intimidarlos y llevarlos en contra de su voluntad.²¹ En el caso del grupo armado MRTA, se recurría a las amenazas de muerte para reclutar menores.²²

Según Cohn y Goodwin-Gill, las causas para que los niños y niñas sean reclutados o participen en conflictos armados se basan en las mismas razones

¹⁹ Incluso en los países que no se hallan sometidas al Consejo de Seguridad como Nigeria, Filipinas e India se sigue cometiendo reclutamiento y utilización de niños y niñas. ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS. *Los niños y los conflictos armados. Informe del Secretario General. A/73/907-S/2019/509*, Naciones Unidas, 20 de junio de 2019.

²⁰ ARELLANO VELASCO, Marcela. *Uso y participación de niños en conflictos armados*. [Tesis doctoral]. Universidad de Granada, 2009, p. 119.

²¹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final. Capítulo sobre violencia contra niños y niñas. Tomo VI*. Lima, 2003, p. 614.

²² De los casos registrados en el RUV, se mencionó que en 1990 un menor fue reclutado en el centro poblado de Alto Pumpuriani, distrito de Perené, provincia de Chanchamayo en Junín. Estuvo 3 años con amenazas de muerte para que no se vaya. En noviembre de 1993 logró escapar y retornó a su casa. No obstante, los subversivos, constantemente, iban a su casa a decirle que vuelva. Es así que el 10 de diciembre de 1993, los subversivos hicieron guardia fuera de su casa, lo capturaron y lo llevaron hacia Alto Pumpuriani, donde fue asesinado.

que originan tales conflictos, es decir, motivos que surgen de factores sociológicos, económicos y políticos.²³ Así, la pobreza y, en general, las situaciones marginales conllevaron a que los menores se involucraran con el ejército o los grupos armados. Igualmente sucedió con el conflicto armado peruano, donde la desigualdad social fue uno de los principales detonantes;²⁴ ello facilitó que SL ganara adeptos en el campesinado desde el inicio, a causa del discurso que transmitían. A los niños y jóvenes, por otro lado, les vendían la idea de que, al unirse a las filas, saldrían de la pobreza y llegarían a altos cargos.²⁵ Un testimonio narra lo siguiente:

Decían que Ayacucho iba a ser zona liberada en 1985. Una famosa ilusión que han creado a los muchachos era que ya pues estamos en el 81, para el 85 va a ser una república independiente, ¿acaso no quieres ser un jefe militar? Ser algo, ¿no? Un muchacho me dijo eso. El 85 la revolución va a triunfar y luego los que estamos aquí en Sendero, los que tenemos más vida de militancia en Sendero vamos a ser los ministros. Era una manera de ilusionar a los muchachos ¿no?²⁶

El factor económico también repercutió en el reclutamiento forzoso que realizaba el ejército peruano, toda vez que se llevaban a los jóvenes que pertenecían a los sectores populares o a los estudiantes de institutos; en ese sentido, los que tenían más dinero podían salvarse de ser reclutados. Así, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) documentó:

[...] Los detienen así estén con sus documentos en reglas, los que protestan son golpeados. En seguida, los detenidos son llevados a “servir”. Si pueden pagar una “coima” son dejados en libertad [...]. La mayoría de los reclutados son jóvenes estudiantes de clases populares

²³ COHN, Ilene y GOODWIN-GILL, Guy. *Los niños soldados: Un Estudio para el Instituto Henry Dunant, Ginebra*. Madrid: Fundamentos, Cruz Roja Juventud, 1997, p. 34.

²⁴ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final. Segunda parte: Los factores que hicieron posible la violencia. Capítulo sobre el impacto diferenciado de la violencia. Tomo VIII*. Lima, 2003, p. 105.

²⁵ DEL PINO, Ponciano. *Familia, Cultura y Revolución. Vida cotidiana en Sendero Luminoso*. Anne Pérotin-Dumon, 2007, p. 9.

²⁶ DEGREGORI, Carlos Iván. “Jóvenes y campesinos ante la violencia política: Ayacucho 1980-1983”. En: *Nueva Sociedad*, n°. 114, julio-agosto 1991, pp. 16-24.

que no tienen “padrinos” o medios económicos para efectuar un pago [...].²⁷

En otro caso, los efectivos militares cobraban sumas de dinero que oscilaban entre los 1000 y 1500 nuevos soles a los “levados”, quienes deseaban ser puestos en libertad y no realizar el servicio militar obligatorio.²⁸ Lo anterior evidencia cómo las personas con mejores posiciones económicas estaban, en la práctica, exentas de ser reclutadas.

Por último, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y niñas por su propia condición hace que no puedan sobrellevar una situación de conflicto armado y, por tanto, sufren más los efectos. Por ejemplo, una de las situaciones que se origina tras un conflicto armado es el desplazamiento de la población civil, y tal desplazamiento interno forzado facilita el reclutamiento de niños y niñas; ello, dado que estos son separados de sus padres o familiares y, al estar en esa posición, se convierten en “nuevos focos” de aprovechamiento para los grupos armados que operan.²⁹

1.1.2 Consecuencias del reclutamiento de niños y niñas y su participación en los conflictos armados

El impacto del conflicto armado en los niños y niñas ha ocasionado consecuencias físicas y psicológicas. Dadas las condiciones en que se producen los conflictos, la participación de los menores implica que sus derechos a la vida, la integridad física y psicológica, la salud, la educación, la familia y la personalidad, entre otros, sean violados; asimismo, las afectaciones físicas más frecuentes son la malnutrición, los problemas visuales y auditivos y las deformaciones del cuerpo.³⁰ Además, si bien los niños anteriormente tenían que manejar armas pesadas, la evolución armamentística ha permitido que hoy día los menores de muy corta edad puedan manejar armas más livianas. En efecto,

²⁷ COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *El problema de las “levas” y maltratos durante el servicio militar obligatorio*, p. 4. En: <https://www.derechos.net/cnddhh/informes/levas.html>. Revisado el 16 de noviembre de 2019.

²⁸ *Ibíd.*, p. 7.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 96.59.

³⁰ Coalition to Stop the Use of Child Soldiers citado en GÓMEZ, Felipe. *La participación de los niños en los conflictos armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000, p. 23.

la producción armamentística ha posibilitado una continuidad en los conflictos armados y ha dado pie a un incremento en el reclutamiento de niños por estos grupos.³¹

Las secuelas físicas también se generan cuando los niños son usados como “escudos humanos” o “carne de cañón”. El primer método sirve para proteger a los líderes del grupo armado, por lo que se usa a los niños como escudos directos en los puestos de control o cuando hay emboscadas; además, ellos tienen la tarea de explorar los campos de minas antipersonales, por lo que corren el riesgo de morir en la explosión o de padecer graves lesiones físicas. En el segundo método, los niños son utilizados para misiones suicidas; es decir, son objetivos militares que buscan que el enemigo disminuya su fuerza militar y gaste municiones.³² Dicho esto, ellos pueden ser agredidos directamente, como blancos habituales de ataque, o mediante ataques masivos en escuelas y hospitales. Todo ello acarrea la muerte de muchos niños, y algunos quedan gravemente heridos, mutilados o lesionados.³³

De otra parte, se requiere un tratamiento especial para las niñas que son reclutadas por los grupos o las fuerzas armadas, debido a las consecuencias que recaen sobre ellas; además de que se encuentran expuestas a los riesgos mencionados, también son víctimas de explotaciones y abusos sexuales por las partes en conflicto. De hecho, la violencia sexual,³⁴ la violación,³⁵ la esclavitud y la prostitución forzada³⁶ son los daños más frecuentes en el contexto del conflicto

³¹ SERRA, María Laura. “Hacia una protección efectiva de los derechos humanos de niños y niñas en el conflicto armado” En: *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n°. 11, enero 2010, p. 80.

³² SINGER, Peter. W. “Caution: Children at war”. En: *Parameters*, vol. 40, n°. 4, 2010, p. 166.

³³ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. *Los niños y los conflictos armados. Informe del Secretario General. Resolución A/72/865*, 16 de mayo de 2018, párr. 7.

³⁴ La violencia sexual es la categoría más amplia y es definida como “toda violencia, física o psicológica, ejercida por medios sexuales o con una finalidad sexual y comprende las agresiones físicas y psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona”. En: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Formas contemporáneas de la esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial*. E/CN.4/SUB.2/1998/13, párr. 21.

³⁵ La violación se define como “la inserción, en condiciones de fuerza o coacción o violencia de cualquier objeto, que no tiene por qué ser necesariamente un pene, en la vagina o el ano de la víctima, o la inserción, en condiciones de fuerza, coacción o violencia, de un pene en la boca de la víctima”. *Ibíd.*, párr. 24.

³⁶ La prostitución forzada es una forma de esclavitud sexual y hace referencia “al control ejercido sobre una persona obligada por otra a realizar actividades sexuales”. *Ibíd.*, párr. 31.

armado. Al respecto, como señaló Graça Machel, experta de la ONU en materia de repercusiones de los conflictos armados en los niños y niñas:

La explotación sexual afecta de manera devastadora al desarrollo físico y emocional. El trato sexual no deseado y carente de seguridad puede causar enfermedades de transmisión sexual como el VIH/SIDA, lo que no solo afecta la salud de manera inmediata, sino también la salud sexual y reproductiva y la mortalidad futura.³⁷

Por otro lado, las consecuencias psicológicas son más difíciles de sobrellevar. Los menores son humillados, torturados y manipulados psicológicamente a fin de cometer actos de barbarie. Por ello, una vez acabada la hostilidad, son invadidos por sentimientos de angustia, temor y venganza; en otras palabras, “sufren una gran ansiedad, se producen continuos *flashbacks* que los hunden en la tristeza, en llantos sin sentido, en silencios profundos o en una verborrea sin sentido, que expresa rabia y resentimiento”.³⁸

Finalmente, los menores deben sortear las barreras sociales; por ejemplo: los niños y niñas tienen dificultades para reinsertarse en la sociedad, porque sobre ellos y ellas recaen estigmas o prejuicios por ser excombatientes. Normalmente, los menores ya no quieren regresar a las escuelas, con lo que recurren a empleos de bajos salarios, donde son expuestos a la explotación laboral por parte de los empleadores.³⁹ Además, dado que pierden oportunidades educativas al ingresar a la guerra, tienen mínimas posibilidades de llevar una vida profesional.

Teniendo en cuenta lo anterior, las afectaciones consecuentes al reclutamiento implican aspectos personales y sociales que degradan la vida y la dignidad de una persona a una temprana edad. Durante el reclutamiento, las agresiones experimentadas no solo dejan huellas físicas, sino mentales, las cuales determinan la construcción de sus identidades y personalidades. Así, después

³⁷ Op. cit., Resolución A/51/306, párr. 99.

³⁸ Op. cit., CABALLERO, p. 265.

³⁹ REVKIN, Mara. “I am nothing without a weapon. Understanding child recruitment and use by armed groups in Syria and Iraq”. En: O’NEIL, Siobhan y VAN BROECKHOVEN, Kato (editores). *Cradled by involvement with armed groups. Conflict in contemporary conflict*. United Nations University, 2018, p. 135.

del reclutamiento, los daños continúan, pues se evidencia el desprecio de la sociedad o la falta de garantías hacia sus derechos.

1.1.3 Reclutamiento de niños y niñas: ¿obligatorio, forzoso o voluntario?

Una vez conocidas las causas y consecuencias del reclutamiento de menores, se deben aclarar los conceptos que han sido trabajados desde la doctrina y que han impactado en el marco legal relativo a tal práctica. En general, se suele hacer una distinción entre reclutamiento obligatorio, forzoso y “voluntario”. Desde una perspectiva teórica, se puede definir al reclutamiento obligatorio como un servicio a favor del Estado, el cual deben cumplir ciertos ciudadanos, adultos y menores, mediante el alistamiento en las Fuerzas Armadas Nacionales; este suele estar reglamentado en una norma. Aquellos que se integran al servicio militar obligatorio pueden ser llamados en tiempos de guerra o en tiempos de paz.⁴⁰ En ese sentido, se entiende que este reclutamiento es legal; sin embargo, se advierte que, en el caso de los menores de 18 años, este tipo de reclutamiento se ha prohibido por la mayoría de las normas nacionales de los Estados.

En segundo lugar, se entiende por reclutamiento forzoso la integración de los menores a las fuerzas o los grupos armados organizados mediante secuestro o amenazas hacia ellos o hacia sus familiares. Los menores que son más vulnerables a este tipo de reclutamiento son aquellos sacados de las calles o los que forman parte de las escuelas pertenecientes a los sectores más pobres de la sociedad.⁴¹ Como se vio al inicio, el factor pobreza está ligado a esta modalidad de reclutamiento; no obstante, no se descarta que las fuerzas armadas recluten a menores de edad mediante coacción, lo que no está previsto en la ley.⁴²

En cambio, el reclutamiento “voluntario” implica una decisión libre del niño o la niña que desea formar parte de un grupo armado. Lo anterior resulta problemático en sí mismo: no solo porque para cierto sector resulta cuestionable hablar de “decisiones libres” en esta materia, por tratarse de menores de edad, sino porque existen diversas causas sociales que condicionan la decisión de

⁴⁰ Op. cit., ARELLANO, p. 60.

⁴¹ Op. cit., Resolución A/51/306, p. 10.

⁴² Op. cit., COHN y GOODWIN-GILL, p. 34.

querer participar en un conflicto armado. Así, las precarias condiciones de vida en las que se encuentran, junto a otros incentivos, como la convicción en las posturas ideológicas del grupo armado organizado; la presión social y cultural; y el sustento de la familia, entre otros factores, hacen que no se trate de una “decisión libre” la que toman, sino de una respuesta a sus vulnerabilidades.⁴³

Por ello, Virginia Gamba Stonehouse, Representante Especial del Secretario General para los Niños y los Conflictos Armados de la ONU, manifestó que hacer la distinción entre reclutamiento forzoso y “voluntario” en el caso de menores de edad carece de sentido; esto, dado que, en este último caso, el niño puede encontrarse en una situación de desesperación, de pobreza, abuso, discriminación y exclusión.⁴⁴ En otras palabras, serían las circunstancias nefastas las que impedirían que se tomara una decisión independiente; aunque, como se ve más adelante, el PFCDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados habilita el reclutamiento voluntario de menores de 16 años en las Fuerzas Armadas Nacionales, siempre y cuando se cumpla con ciertas disposiciones.

En consecuencia, y teniendo en cuenta lo expresado, para los menores de 15 años la diferencia entre el reclutamiento forzoso –incluso si este se aplica para el reclutamiento obligatorio– y el “voluntario” radica más en la forma en que se realiza en la práctica que en su tratamiento legal. Ello, porque ambos tipos de reclutamiento son regulados de igual forma en el marco legal internacional, como las vulneraciones a los derechos de los niños y niñas.

1.2 La regulación de la prohibición del reclutamiento y la participación de niños y niñas en un CANI

Para hacer frente a las afectaciones de niños y niñas en contextos de CANI y brindar una protección especial, se han creado una serie de normas en el derecho internacional. Estas existen tanto en el ámbito del DIH como en el del

⁴³ HINESTROZA-ARENAS, Verónica. “Reclutamiento de niños y niñas: fenómeno invisibilizado, crimen manifiesto”. En: *OASIS*, n.º. 13, 2008, p. 49.

⁴⁴ OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY-GENERAL FOR CHILDREN AND ARMED CONFLICT. *Causas fundamentales del reclutamiento de niños*. En: <https://childrenandarmedconflict.un.org/es/efectos-del-conflicto/causas-fundamentales-del-reclutamiento-de-ninos/>. Revisado el 13 de enero de 2020

DIDH para prohibir el reclutamiento y la participación de niños y niñas en las hostilidades. A efectos del presente trabajo, se entiende por DIH el conjunto de normas convencionales o consuetudinarias que buscan proteger, por razones humanitarias, a las personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades, y que restringe ciertos métodos y medios de combate.⁴⁵

Por otra parte, se considera al DIDH como la rama del derecho internacional que consagra un conjunto de derechos que deben ser respetados y garantizados por el Estado; igualmente, establece mecanismos de supervisión de tales derechos para todo individuo sujeto a una jurisdicción estatal.⁴⁶ En ese sentido, para garantizar el libre y pleno ejercicio de esos derechos, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar las violaciones cometidas.⁴⁷

Si bien se reconocen las diferencias de ambas ramas del derecho, la presente tesis enfatiza la relación de complementariedad existente entre las dos. Así, se aborda el DIH en relación con la protección que se brinda a las víctimas en un CANI⁴⁸; en este caso, de los niños y niñas. Mientras tanto, el DIDH se enfoca en el goce de las libertades individuales y el bienestar en general de los niños en todo momento. Así las cosas, aunque desde diferentes ángulos, ambas ramas apuntan a la protección del individuo;⁴⁹ de este modo, se busca hacer una interpretación holística de las disposiciones de ambas ramas en relación con la prohibición del reclutamiento y la participación de niños y niñas en las hostilidades.

Ahora bien, tales disposiciones pueden ser de naturaleza convencional o consuetudinaria: las primeras se encuentran en los tratados; las segundas, en la

⁴⁵ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. *Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas*, Ginebra: CICR, 2015, p. 4.

⁴⁶ MEDINA, Cecilia. "El derecho Internacional de los Derechos Humanos". En: MEDINA, Cecilia y Jorge, MERA (editores). *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, p. 32.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

⁴⁸ En un CANI, el DIH está orientado a proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades o han dejado de hacerlo. En otras palabras, los civiles y todos los que han dejado de participar directamente en las hostilidades son personas protegidas.

⁴⁹ VINUESA, Raúl Emilio. *Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad*, 26 de junio de 1998. En: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlj8.htm>

costumbre internacional, la cual se evidencia por la presencia de los elementos de la práctica estatal y la *opinio iuris*. La legislación nacional, las resoluciones de organizaciones internacionales,⁵⁰ la jurisprudencia de tribunales internacionales y los debates de los Estados en conferencias internacionales ayudan a identificar estos elementos. De esta forma, ambas ramas del derecho internacional, con sus respectivas fuentes, proporcionan la base jurídica internacional que aborda el fenómeno del reclutamiento de niños y niñas, y sirven de insumos para el análisis jurídico de diferentes aspectos del reclutamiento, como su prohibición, criminalización y reparación.

1.2.1 En el marco de las normas de carácter convencional

En el ámbito del DIH, el PA II de los Convenios de Ginebra de 1949 establece la prohibición del reclutamiento de menores en las fuerzas o los grupos armados en un CANI; sin embargo, como se expone más adelante, se considera que la regulación en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra también alcanza una protección general de los menores, con lo que el reclutamiento estaría prohibido. Por otro lado, entre los instrumentos que forman parte del DIDH, los dos tratados referidos al reclutamiento y la participación de niños en las hostilidades son la CDN y el PFCDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

1.2.1.1 La prohibición del reclutamiento como una protección general y especial de los niños y niñas en un CANI

Tradicionalmente, el DIH ha brindado dos tipos de protección a la infancia en contextos de conflictos armados: una protección general como parte de la población civil y una protección especial como parte de un grupo específico que sufre más los efectos de un conflicto armado.⁵¹ Según el principio de distinción del DIH, las partes en conflicto solo tienen como objetivo legítimo disminuir las fuerzas militares del enemigo. Por ello, la población civil, donde se incluyen los niños y niñas, no puede ser objeto de ataque ni de actos de violencia ofensivos

⁵⁰ i.e. Resoluciones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁵¹ MANN, Howard. "International law and the child soldier". En: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n°. 1, 1997, p. 34.

o defensivos.⁵² Asimismo, existen disposiciones específicas del DIH orientadas a la protección especial de los menores de edad, las cuales dependen de la situación en la que se encuentren, tanto en conflictos armados de carácter internacional (CAI) como en CANI.⁵³ En estos últimos, la protección a los menores como parte de la población civil se encuentra establecida en el artículo 3 común y en el artículo 4, inciso 1 del PA II. Con respecto al artículo 3 común, este protege a los siguientes:

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.⁵⁴

Conforme a este artículo, se ejemplifican como actos prohibidos los atentados contra la vida y la integridad corporal (homicidios en todas sus formas, mutilaciones, tratos crueles, torturas y suplicios), así como los atentados contra la dignidad personal (humillaciones y tratos degradantes).⁵⁵ Es importante dejar claro que las prohibiciones contenidas en el mencionado artículo son simplemente ejemplos de conductas que transgreden “la obligación de tratar con humanidad”.⁵⁶ Así, por ejemplo, un atentado contra la vida no necesariamente

⁵² PICTET, Jean. *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Instituto Henry Dunant, 1986, p. 74; MELZER, Nils. *Derecho Internacional Humanitario. Una introducción general*. CICR: Ginebra, 2019, p. 18.

⁵³ El Servicio de asesoramiento en DIH del CICR realizó una selección de disposiciones según diferentes situaciones: Evacuación, zonas especial (arts. 14,17, 24.2, 49.3 y 132.2 del IV Convenio de Ginebra; art. 78 del Protocolo Adicional I-PAI; y art. 4.3 del PA II). Asistencia y cuidados (arts. 23, 24.1, 38.5, 50 y 89.5 del IV CG; arts. 70.1, 77.1 del PA I; y art. 4.3 del PA II). Identificación, reunión de familiares y niños no acompañados (arts. 24-26, 49.3, 50 y 82 del IV CG; arts. 74, 75.5, 76.3 y 78 del PA I; y arts. 4.3b y 6.4 del PA II). Educación, entorno cultural (arts. 24.1, 50 y 94 del IV CG; art. 78.2 del PA I; y art. 4.3.a del PA II). Niño arrestado, detenido o internado (arts. 51.2, 76.5, 82, 85.2, 89, 94, 119.2 y 132 del IV CG; art. 77. 3 y 77.4 del PA I; y art. 4.3d del PA II). No ejecución de la pena de muerte (art. 68.4 del IV CG; art. 77.5 del PA I; y art. 6.4 del PA II). En: <https://www.icrc.org/es/download/file/3633/ninos.pdf>

⁵⁴ Artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, normas 87 y 88.

⁵⁵ También se encuentra en la lista de actos prohibidos, la toma de rehenes y las condenas dictadas y ejecuciones sin previo juicio. Ver el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

⁵⁶ CAMERON, Lindsey; DEMEYERE, Bruno y otros. *Comentario del Convenio de Ginebra I, Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los*

es considerado como tortura o como un hecho que conduzca a la muerte de la víctima, pero podría ocasionar alguna lesión física o mental, de ahí que calce como una prohibición de los atentados contra la vida.⁵⁷

Como se aprecia, subyacente a dicho artículo, se encuentra el principio de humanidad, el cual es anterior a los Convenios de Ginebra y sirvió como base para el resto de los instrumentos internacionales; tal principio se refiere al respeto de la condición de ser humano sin importar la raza, la ideología, el compromiso, la herida o la enfermedad.⁵⁸ Más aún, la obligación de tratar con humanidad debe darse en todas las circunstancias, por lo que no existe excepción alguna;⁵⁹ en efecto, el artículo 3 común garantiza un trato humano a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, tanto por las fuerzas gubernamentales como por los grupos armados en CANI. Cabe enfatizar:

La esencia de todo el corpus del Derecho Internacional Humanitario, así como de los derechos humanos descansa en la protección de la dignidad humana de toda persona, cualquiera sea su género. El principio general de respeto a la dignidad humana [...] es la *raison d'être* del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos.⁶⁰

Con respecto a este punto, en el caso Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala, el juez Antonio Cançado Trindade manifestó, en su voto razonado, que el trato humano implica todas las formas de comportamiento humano en cualquier circunstancia. No se trata de una mera disposición, sino que dicho principio traspasa todo el *corpus iuris* del DIH convencional y consuetudinario.⁶¹ De todo lo anterior, se asume que cualquier persona que no esté participando o

enfermos de las fuerzas armadas en campaña. Artículo 3 común, Conflicto sin carácter internacional. CICR, 2019, párr. 555.

⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 587 y 592.

⁵⁸ PICTET, Jean. *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.* Ginebra: CICR, 1998.

⁵⁹ *Op. cit.*, CAMERON y otros, párr. 554.

⁶⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA - TPIY. *Prosecutor vs. Furundzija*, caso n° IT-95-17/I-T, Trial chamber II, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr. 183.

⁶¹ Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade en CORTE IDH. Caso de la Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Sentencia de 29 de abril de 2004.

haya dejado de participar en las hostilidades debe tener la mínima protección en un CANI, sin que resulte relevante la intensidad del conflicto.⁶²

Atendiendo a ello, ¿podría afirmarse que cualquier acción que contravenga la dignidad humana puede ser regulada por el artículo 3 común? Como señaló Pictet, querer puntualizar todos los tipos de atrocidades que resultan incompatibles con el trato humano resulta peligroso, puesto que se aleja de la realidad.⁶³ En esa línea, conviene aplicar una interpretación pro persona, la cual es válida no solo para normas de DIDH, sino para las de DIH.⁶⁴ En palabras de Mónica Pinto, este principio

Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.⁶⁵

En efecto, la idea es que las normas que protegen los derechos de las personas sean interpretadas de forma que favorezcan dicha protección. Tal como indicó Salmón, en el caso del DIH, se busca una interpretación extensiva de las disposiciones orientadas a proteger a las personas y los bienes, y una interpretación restrictiva cuando se trata de limitar las consecuencias desproporcionadas de las hostilidades.⁶⁶ En ese sentido, el artículo 3 común, al ser interpretado según el principio pro persona, puede incluir toda acción contraria al trato humano. Un claro ejemplo de ello es la interpretación que hizo el CICR con respecto a la identificación de la violencia sexual como uno o varios

⁶² MANGAS, Araceli. *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1992, p.84.

⁶³ Op. cit., PICTET, p. 5.

⁶⁴ SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2014, p.50

⁶⁵ PINTO, Mónica. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", 1997. En: http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/594/CL_PintoM_PrincipioProHomine_1997.pdf?sequence=1. Revisado 21 de setiembre de 2019

⁶⁶ Op. cit., SALMÓN, pp. 50-51.

de los actos prohibidos contenidos en el artículo 3 común, con lo que puede constituirse como un “atentado contra la vida o la dignidad personal”.⁶⁷

Dicha interpretación extensiva del artículo 3 común resulta pertinente para el caso del reclutamiento de niños, toda vez que permite abarcar las diferentes formas e intensidades en las que se comete. Es así que, en aquellos casos en que el reclutamiento se ejecute mediante coacción, amenaza o amedrentamiento, o implique algún atentado contra la vida y la integridad corporal (malos tratos, torturas, etc.) o algún atentado que degrade la dignidad personal del menor (humillaciones), se violaría la obligación de tratar con humanidad y, por ende, el artículo 3 común. En ese sentido, se debería entender que este artículo también garantiza la protección de los niños y niñas en un CANI frente a toda forma de reclutamiento forzoso, o cuando sean usados para participar en las hostilidades en menoscabo de su vida, integridad y dignidad personal.

Ahora bien, en cuanto al artículo 4, inciso 1 del PA II, este establece que “todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable [...]”. Dada la amplitud de esta disposición e, igualmente, desde una interpretación pro persona, se puede reconocer la protección general y el principio del trato humano aplicable a los menores que no participan o han dejado de participar en las hostilidades. Pero, además, el artículo 4, inciso 3 del PA II recoge una protección especial; esto, al consagrar que las partes “proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten”. Entre estos, se encuentran la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas armadas o los grupos armados, así como su participación en las hostilidades (artículo 4, inciso 3, literal c).

A diferencia del artículo 3 común, en este se incluye la prohibición explícita del reclutamiento y la participación en las hostilidades de menores de 15 años. El artículo 4 del PA II repite casi en su totalidad el artículo 3 común, solo lo

⁶⁷ Op. cit., CAMERON y otros, párrs. 696-699; CPI.

complementa en algunos puntos específicos, como el caso de la protección de los niños y niñas en un CANI. En ese sentido, el contenido del artículo 4 del PA II sirve para reinterpretar el artículo 3 común. Tal reinterpretación parte de la noción del principio de humanidad, regulado por primera vez en el artículo 3 común y, posteriormente, confirmado en el PA II.⁶⁸ A su vez, este principio tiene como antecedente la expresión “leyes de la humanidad”⁶⁹, incluida en la famosa cláusula de Martens (en principio, solo aplicable para CAI).⁷⁰ Esta disposición fue establecida en el preámbulo del Convenio de la Haya de 1899 de la siguiente manera:

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.⁷¹

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), esta cláusula cumple, principalmente, dos funciones: primero, evitar la suposición de que aquello que no está explícitamente prohibido, por lo tanto, está permitido; y, segundo, garantizar la aplicabilidad de los principios del DIH, independientemente de las nuevas formas de desarrollo de las hostilidades, por ejemplo, la presencia de tecnología⁷². Así, por un lado, la finalidad de la cláusula es regular aquellas

⁶⁸ *Ibíd.* párr. 551.

⁶⁹ MERON, Theodor. “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”. En: *The American Journal of International Law*, vol. 94, n.º. 1, 2000, p. 79. Consultado el 19 de noviembre de 2019. <https://www.jstor.org/stable/2555232>

⁷⁰ Esta cláusula también se encuentra recogida en el preámbulo del PA II, aplicable para CANIs, de la siguiente manera: “*Recordando* que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

⁷¹ Preámbulo del Convenio II de la Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre – párr. 9; Convenio IV de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre- preámbulo; artículos 62,63, 142 y 158 del IV Convenio de Ginebra; artículo 1.2 del PAI; preámbulo del PA II; TICEHURST, Rupert. “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”. En: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>. Revisado el 12 de octubre de 2019

⁷² COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August de 1949* citado en KOLB, Robert y HYDE, Richard. *An introduction to the International Law of Armed Conflicts*. USA: Hart Publishing, 2008, p. 62.

situaciones no contempladas por las normas convencionales,⁷³ lo cual, como afirmaron Kolb y Hyde, permitiría restringir conductas inhumanas;⁷⁴ por otro lado, esta permite la aplicabilidad de normas preexistentes del DIH.⁷⁵

En suma, con esta cláusula se reconoce la existencia de normas consuetudinarias, fundamentadas en principios, como el de la humanidad, que garantizan su vigencia.⁷⁶ En esa línea, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso *Actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua*, manifestó:

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' [Corfu Channel case].⁷⁷

Es así que el artículo 3 común constituye “consideraciones elementales de la humanidad”; esta fue la norma que rigió en el conflicto armado entre los Contra y Nicaragua.⁷⁸ Asimismo, en 1996, en el marco de la Opinión consultiva sobre armas nucleares, se afirmó que las normas fundamentales de los Convenios de Ginebra –entre ellas, el artículo 3 común– son principios del derecho internacional consuetudinario.⁷⁹ De igual forma, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) sostuvo que el artículo 3 común era una norma

⁷³ Op. cit., SALMÓN, p. 37.

⁷⁴ Op. cit., KOLB y HYDE, 2008, p. 62.

⁷⁵ ABI-SAAB, George. “The Specificities of Humanitarian Law” citado en SALMÓN, op. cit., p. 38.

⁷⁶ Op. cit., SALMÓN, p. 38.

⁷⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*. Judgment of 27 June 1986, párr. 218.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Corte Internacional de Justicia - CIJ. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad o el empleo de armas nucleares, solicitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. A/51/218 del 19 de julio de 1996, párr. 79-81.

convencional que gradualmente había pasado a formar parte del derecho consuetudinario.⁸⁰

De vuelta al principio de humanidad recogido en el artículo 3 común y, desde luego, al artículo 4 del PA II, y considerando lo desarrollado en la sección anterior con respecto a la gravedad del reclutamiento forzoso o voluntario, queda claro que este constituye una de las acciones más atroces que deberían encontrar protección en el artículo 3 común. Además, teniendo en cuenta que esta norma humanitaria es la única regulación convencional aplicable para la mayoría de los conflictos armados en el mundo, claramente debe proscribir los actos de mayor crueldad, como el reclutamiento forzado de niños y niñas.

En consecuencia, se debería entender que, bajo este marco jurídico internacional, los niños y niñas reciben una protección general por formar parte de la población civil y de un grupo en situación de vulnerabilidad en un CANI, regulado de manera literal en el artículo 4, inciso 3 del PA II; y del artículo 3 común, mediante una interpretación pro persona. Bajo esta normativa, aplicable por igual a todas las partes en conflicto, es que las fuerzas armadas y los grupos armados organizados no deben reclutarlos, mucho menos usarlos para cualquier tipo de apoyo militar o estratégico; de otro modo, violarían el derecho internacional.

1.2.1.2 El límite de edad para el reclutamiento y la participación en las hostilidades

Como se mencionó, la prohibición del reclutamiento de niños y niñas en un CANI se encuentra regulado en el PA II, en la CDN y el PFCDN; estos dos últimos son aplicables también en tiempos de paz. Igualmente, se incluyen otras normas regionales. Si bien estos instrumentos internacionales coinciden en usar el criterio etario en su regulación, la diferencia entre ellos es la edad permitida para el reclutamiento y la participación de niños y niñas en las hostilidades, así como el actor que efectúa el reclutamiento.

⁸⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA – TPIY. *Prosecutor vs. Dusko Tadić, Caso N° IT-94-1-I* (“Decision on the Defence Motion for de la amenaza Interlocutory Appeal on Jurisdiction”), 02/10/1995, párr. 98.

1.2.1.2.1 En cuanto al reclutamiento

En materia de DIH, los protocolos adicionales han permitido reforzar la protección de las víctimas de los CAI y los CANI; de hecho, han sido las primeras normas en consagrar de manera textual la prohibición de reclutar y utilizar a los niños y niñas para la participación en las hostilidades.⁸¹ Con respecto al PA II, como fue señalado, su artículo 4 refuerza las garantías fundamentales del artículo 3 común al establecer que “[...] los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”. Con dicha redacción, el PA II plasma una prohibición absoluta para el reclutamiento y la participación en las hostilidades de niños menores de 15 años.

A nivel del DIDH, la CDN es el instrumento dirigido a la protección específica de los derechos de los niños y niñas en contextos de paz y conflicto armado. La AG de la ONU adoptó la CDN el 20 de noviembre de 1989.⁸² Si bien el proyecto inicial de esta convención fue presentado por Polonia en 1978,⁸³ fueron las representaciones de Holanda, Bélgica, Finlandia, Perú, Senegal y Suecia las que propusieron la adhesión de un artículo relacionado con la participación de los niños y niñas en conflictos armados en 1985.⁸⁴ En efecto, la CDN regula el asunto del reclutamiento de niños y niñas en conflictos armados. Ello está establecido en el artículo 38, inciso 3:

Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

⁸¹ En el caso de un CAI, la prohibición de reclutar a niños menores en las fuerzas armadas, se encuentra regulado en el artículo 77 del Protocolo Adicional I.

⁸² Antes de la Convención sobre los Derechos de los Niños, se debe destacar dos manifestaciones que sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General mediante resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.

⁸³ ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL OF UNITED NATIONS. *Question of a Convention on the rights of the child*. E/CN.4/L.1366.REV.1. Naciones Unidas, 14 de febrero de 1978.

⁸⁴ ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL OF UNITED NATIONS. *Question of a Convention on the rights of the child*. E/CN.4/1985/64. Naciones Unidas, 3 de abril de 1985, Annex II, p.2.

Al respecto, cabe hacer dos precisiones: primero, que la CDN restringe el reclutamiento de menores de 15 años; sin embargo, no se descarta la posibilidad de reclutamiento para los que tengan 15 años cumplidos, pero sean menores de 18 años, lo cual fue duramente criticado. Aunque en las negociaciones sobre el artículo 38 varios Estados de América Latina y escandinavos estuvieron de acuerdo con elevar la edad mínima a 18 años, esta posición fue rechazada por los Estados Unidos y el Reino Unido.⁸⁵ Sin perjuicio de ello, en el momento de la ratificación, varios Estados afirmaron que no reclutarían a niños y niñas menores de 18 años.⁸⁶

En segundo lugar, la CDN solo hace mención de manera explícita a la prohibición del reclutamiento por parte de las fuerzas armadas (nacionales), mas no por parte de los grupos armados. No obstante, desde una perspectiva pro persona, la misma CDN consagra que su aplicación no puede darse en menoscabo de los derechos de los niños y niñas según el derecho internacional. Este criterio de interpretación queda constatado en el artículo 41:

41. Nada de lo dispuesto en la presente convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

Y, específicamente, en el contexto de un conflicto armado, el artículo 38, inciso 1 establece que “los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño”. Al respecto, como sostuvo Felipe Gómez, estas:

Dos disposiciones [...] nos invitan a un cierto optimismo, ya que establecen una cláusula de reenvío al Derecho Internacional Humanitario

⁸⁵ VAN BUEREN, Geraldine. “The International Legal Protection of Children in Armed Conflicts”. En: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n°. 4, 1994, p. 814.

⁸⁶ COMISIÓN DE DERECHOS. *Informe del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados sobre su cuarto período de sesiones*. Resolución E/CN.4/1999/73, Naciones Unidas, 24 de marzo de 1999.

y una cláusula general de salvaguardia de cualquier régimen jurídico más favorable para los intereses del menor.⁸⁷

Entonces, el hecho de que no se mencione el reclutamiento por parte de los grupos armados no significa que la CDN lo avale; por el contrario, reconoce su prohibición mediante el respeto a las normas humanitarias aplicables a la protección de los niños en conflictos armados. En consecuencia, la CDN contempla la misma protección a los niños soldados, regulada en el artículo 4.3.C del PA II. Por otro lado, el artículo 38 confirma los 15 años como la edad mínima para que una persona sea reclutada.

En la región africana, en 1990, la Organización para la Unidad Africana (OUA), hoy Unión Africana (UA), aprobó la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (Carta Africana). Este instrumento regional entró en vigor el 29 de noviembre de 1999 y también abarcó el tema del reclutamiento. En su artículo 22, se señaló:

Los Estados Parte en esta carta se comprometen a respetar y a garantizar el cumplimiento de las normas de Derecho Internacional Humanitario aplicables en conflictos armados que afecten a los niños. Los Estados Parte en la presente carta [...] se abstendrán de reclutar a algún niño [...].

Los Estados Parte en la presente carta, conforme a las obligaciones que se derivan de Derecho Internacional Humanitario, protegerán a la población civil durante los conflictos armados y adoptarán todas las medidas posibles para garantizar la protección y el cuidado de los niños que se vean afectados por conflictos armados. Dichas normas también se aplicarán a los niños en situación de conflictos armados internos, de tensiones y de contiendas.⁸⁸

Según este instrumento, niño es todo ser humano menor de 18 años (artículo 2); de ahí que la edad límite para la proscripción del reclutamiento sea esta. Más aún, la Declaración de Maputo sobre la utilización de niños como soldados fue

⁸⁷ Op. cit., GÓMEZ, p. 44.

⁸⁸ ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA – OUA. *Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (Carta Africana)*. OUA, 1990, art. 22.

otro de los instrumentos que surgió a fines de los años 90 para la región africana;⁸⁹ esta declaración fue adoptada por la Conferencia Africana el 22 de abril de 1999⁹⁰, y fue aprobada por el Concejo y la Asamblea de jefes de Estado y el gobierno de la OUA. Esta manifiesta: “El uso de cualquier niño menor de 18 años por parte de cualquier fuerza armada o grupo armado es completamente inaceptable, incluso cuando los niños reclaman o se afirman que son voluntarios”.⁹¹ Es importante resaltar entonces que la Declaración de Maputo habla de una prohibición absoluta tanto para el reclutamiento forzoso como para el “voluntario”. Esta declaración, junto con la Carta Africana, y sin perjuicio de su alcance regional, evidencia una tendencia a consagrar los 18 años como un límite para el reclutamiento.

Por otro lado, en 1997 se consagraron los Principios de Ciudad de Cabo, los cuales fueron adoptados por los participantes en el simposio sobre la prevención del reclutamiento de niños soldados en África. Con estos, se exhortó a la comunidad internacional a tomar las medidas necesarias para poner fin al reclutamiento infantil en cualquier tipo de fuerza o grupo armado.⁹²

Como se observa, el estándar aceptado a nivel global con respecto a la edad límite para el reclutamiento de menores fue los 15 años, un mínimo ya existente en el DIH; esto quiere decir que los países coincidían en que todo niño o niña menor de dicha edad no podía ser reclutado. No obstante, la Carta Africana, instrumento de carácter regional, marcó una tendencia al elevar la edad a 18 años como límite para prohibir el reclutamiento.

⁸⁹ La Declaración de Maputo se adoptó en la conferencia llevada a cabo en Maputo, Mozambique, el 22 de abril de 1999. Reunió a más de 250 representantes de todo el mundo para abordar la situación del niño soldado en el continente africano. Entre los temas que incluyeron, se encuentra la prevención del reclutamiento de niños por parte de los grupos armados. KALIS, Martin. “Child Soldiers in Africa”. *Accord*, febrero de 2002. En: <https://www.accord.org.za/ajcr-issues/child-soldiers-in-africa/>. Revisado 13 de marzo de 2019.

⁹⁰ UNIDAD DE ESTADOS AFRICANOS. CM/DEC, 482 (LXX) Decisión sobre la “Conferencia africana sobre el uso de niños soldados”, aprobada por la Asamblea de Jefes de Estados de la OUA.

⁹¹ HUMAN RIGHTS CENTRE. “Maputo Declaration on the Use of Children as Soldiers”. En: https://www1.essex.ac.uk/armedcon/story_id/MAPUTO%20AFRICAN%20CONFERENCE%20N%20THE%20USE%20OF%20CHILDREN%20AS%20SOLDIERS.pdf

⁹² FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA - UNICEF. Declaración de Principios de Ciudad del Cabo, [adoptada en el simposio sobre prevención, desmovilización y reintegración social de niños soldados en África], 27-30 de abril de 1997. En: https://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles%281%29.pdf

Finalmente, el 16 de junio de 1999, durante la Conferencia Anual Internacional del Trabajo se adoptó la Convención 182 (C-182) sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil; el objetivo de esta fue crear un instrumento jurídico que recogiera las peores o más peligrosas formas de trabajo para los niños y niñas. En el artículo 3, la C-182 establece:

[...] La expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca: (a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados [...].⁹³

Por otro lado, el artículo 2 de la C-182 define como "niño" a toda persona menor de 18 años; por ello, este es considerado el primer instrumento internacional de carácter general que establece el límite de edad para el reclutamiento forzoso u obligatorio a los 18 años. Sin embargo, cabe considerar que no resulta aplicable para el reclutamiento "voluntario", pues solo se refiere a los casos de reclutamiento forzoso u obligatorio⁹⁴; ello, con la finalidad de usar a los menores en las hostilidades.

A pesar de lo anterior, para fines de los años 90 se planteó la necesidad de negociar la creación de otro instrumento de derechos humanos, a fin de prohibir el reclutamiento de menores de 18 años en las fuerzas y los grupos armados: el PFCDN. Así, se presentaron diferentes iniciativas para elevar la edad mínima a 18 años; por ejemplo, en 1991, Estocolmo celebró un congreso, *Los niños de la guerra*, donde se debatió el tema de la edad y se concluyó que debía prohibirse el reclutamiento a las fuerzas armadas y el alistamiento voluntario de menores de 18 años.⁹⁵

De igual manera, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993, se abordó la situación de los niños y niñas en los conflictos armados; por eso, tal conferencia solicitó al Comité de los Derechos

⁹³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. C-182 - Convención 182 sobre la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil. OIT, 1999, art. 3.

⁹⁴ Op. cit., GÓMEZ, p. 51.

⁹⁵ Children of War, Report from the Conference on Children of war, Stockholm, 31 may-2 june. *Ibid.*, p. 52.

del Niño que analizara la posibilidad de elevar a 18 años la edad mínima de ingreso en las fuerzas armadas. Para ello, se encomendó la elaboración de un proyecto preliminar para dicho protocolo a uno de sus miembros.⁹⁶

Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos⁹⁷, mediante su Resolución 1994/91, estableció un grupo de trabajo de composición abierta para que “elabore, como cuestión prioritaria, un proyecto de Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, utilizando como base para sus deliberaciones, entre otras cosas, el mencionado proyecto preliminar de protocolo facultativo presentado por el Comité de los Derechos del Niño”.⁹⁸ Este grupo tuvo seis periodos de sesiones⁹⁹ y, finalmente, su labor terminó el 21 de enero de 2000 con la aprobación del proyecto del protocolo.

La AG, mediante Resolución 54/263 del 25 de mayo de 2000, adoptó el PFCDN, el cual entró en vigor el 12 de febrero de 2002. Así, para octubre de 2007, 118 países habían ratificado el PFCDN; e incluso Estados Unidos, que había rechazado la propuesta de elevar la edad a 18 años en las negociaciones de la CDN, lo ratificó en enero de 2003. En relación con el reclutamiento por parte de las Fuerzas Armadas Nacionales, el artículo 3, inciso 1 del PFCDN dispone:

Los Estados Partes elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus Fuerzas Armadas Nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.¹⁰⁰

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 53

⁹⁷ La Comisión de Derechos Humanos fue el foro más importante en materia de derechos humanos.

⁹⁸ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1994/91, Naciones Unidas, párr. 13.

⁹⁹ Informe del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (E/CN.4/1995/96); sobre su segundo período de sesiones (E/CN.4/1996/102); sobre el tercer período (E/CN.4/1997/96); sobre el cuarto período de sesiones (E/CN.4/1998/102); sobre su sexto período de sesiones (E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1).

¹⁰⁰ Artículo 38. 3 de la CDN: Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

Si bien queda claro que las fuerzas armadas no pueden aceptar un reclutamiento voluntario de menores de 15 años, se determina que todo Estado que ratifique el PFCDN debe depositar una declaración vinculante en la que indique la edad mínima ante la cual se permita el alistamiento voluntario, así como las medidas de garantía adoptadas para no cometer un reclutamiento forzoso (artículo 3, inciso 2). Asimismo, las medidas de salvaguardia deben garantizar, como mínimo:

Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario; [...] se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal; [los] menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar, y [los] menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional. (Artículo 3, inciso 3)

De otra parte, y con respecto al reclutamiento de los niños y niñas por parte de grupos armados, el artículo 4 del PFCDN establece lo descrito a continuación:

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.

Como se evidencia, esta disposición es más rigurosa que la referida al reclutamiento por parte de las fuerzas armadas; aquí se establece una prohibición absoluta para reclutar y utilizar menores de 18 años cuando se trata de grupos armados. A partir de eso, se puede afirmar que el PFCDN resulta más protector, pues eleva la edad mínima tanto para el alistamiento obligatorio en las fuerzas armadas como para el reclutamiento y el uso de los menores por parte de grupos armados. La diferencia radica en que, mientras las Fuerzas Armadas Nacionales sí pueden alistar a mayores de 15 años en caso de que el menor sea

voluntario, para los grupos armados queda restringido esa posibilidad; es decir, estos no pueden integrar a niños de manera forzosa ni voluntaria. Asimismo, como sugirió Clapham, el PFCDN es un claro ejemplo de un instrumento de derechos humanos que regula obligaciones no solo para los Estados, sino para los actores no estatales, como los grupos armados.¹⁰¹

Tabla 1. *Tratados que regulan la edad límite de reclutamiento*

TRATADO	EXIGIBLE A	EDAD LÍMITE DE RECLUTAMIENTO
PA II de 1977	Estados Partes	15 años por parte de las fuerzas armadas o grupos armados.
CDN de 1989	Estados Partes	15 años por parte de las fuerzas armadas. Se da prioridad a los de mayor edad entre los 15 y 18 años.
Carta Africana de 1990	Miembros de la OUA	18 años por parte de las fuerzas armadas o grupos armados.
C-182 sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil	Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	18 años.
PFCDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000	Estados Partes,	18 años por parte de grupos armados. Al menos 16 años para el reclutamiento voluntario por parte de las fuerzas armadas.

¹⁰¹ CLAPHAM, Andrew. "Focusing on Armed Non-State Actors" En: CLAPHAM, Andrew y GAETA, Paola (editores). *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. United Kingdom: Oxford University Press, 2014, p. 790.

1.2.1.2.2 En cuanto a la prohibición de la participación directa e indirecta en las hostilidades

El derecho de carácter convencional también ha regulado la prohibición de la participación directa e indirecta de los niños y niñas en las hostilidades. Como se apreció, el DIH brinda una protección a los menores que no participan directamente en las hostilidades o a quienes hayan dejado de participar en ellas. En el caso de un CANI, la participación directa en las hostilidades puede entenderse de dos formas: la primera se refiere a cuando los civiles participan directamente, de manera espontánea, y por ello pierden su protección.¹⁰²

De acuerdo con la guía de interpretación del CICR, se configura este tipo de participación cuando se cumplen tres requisitos de manera acumulativa: umbral de daño, causalidad directa y nexa beligerante. Esto es, un acto que tiene efectos desfavorables con respecto a las operaciones, a la capacidad militar de una de las partes del conflicto armado, o a las personas o los bienes civiles; además de ello, se espera que el acto específico cause directamente el daño generado o sea parte de una operación que lo genere. Por último, el acto debe causar el daño en favor de una parte y en perjuicio de la otra;¹⁰³ por ejemplo, la participación directa ocurre cuando una civil toma un arma y dispara contra un soldado como forma de apoyo a una parte en un conflicto.¹⁰⁴ La segunda forma está referida a aquellos que tienen una función continua de combate; ello se refiere a las personas que pierden su protección de manera permanente, dado que pasan a ser miembros del ala armada de un grupo armado organizado en un CANI.¹⁰⁵ En este caso, solo pasan a estar protegidos por el DIH en el marco de la conducción de hostilidades en caso de que se rindan o caigan heridos y queden fuera de combate.

En ese sentido, el DIH prohíbe que las partes en un conflicto hagan que el menor tenga una participación directa en las hostilidades. Este último ha de tener dicho papel cuando actúe como un civil que pierde su protección porque cumple con

¹⁰² Op. cit., MELZER, p. 91.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 46-64.

¹⁰⁴ GURMENDI, Alonso. *Conflicto armado en el Perú. La época del terrorismo bajo el derecho internacional*. Lima: Universidad del Pacífico, 2019, p. 67.

¹⁰⁵ Op. cit., MELZER, pp. 32-33.

los elementos de la participación directa en las hostilidades o cuando posea una función continua de combate como miembro de un grupo armado organizado.

Ahora bien, el referido artículo 4, inciso 3, literal C del PA II, que prohíbe la participación de menores de 15 años en las hostilidades, no hace la diferencia entre participación directa o indirecta. Más aún, según los comentarios a este artículo, se prohíbe la “[participación] en operaciones militares como recopilar información, transmitir órdenes, transportar municiones y alimentos, o actos de sabotaje”;¹⁰⁶ ello evidencia que se tuvo en mente regular no solo una participación directa, sino también una indirecta. De hecho, en palabras de Mann, muchos Estados que participaron en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del DIH aplicable a Conflictos Armados, el cual constó de cuatro sesiones en Ginebra desde 1974 hasta 1977 (Conferencia Diplomática 1974-1977)¹⁰⁷, manifestaron su voluntad de implantar límites más estrictos al comportamiento de las partes en un CANI que las de un CAI. Esto, considerando que los grupos armados reclutan con mayor frecuencia que los Estados.¹⁰⁸

Por otro lado, cabe recordar que el artículo 38.2 de la CDN consagra:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

Como señaló Arellano, esta disposición refleja un retroceso, en tanto que solo alude a una participación directa;¹⁰⁹ sin embargo, como se desarrolló con respecto al reclutamiento, este bajo estándar de protección puede superarse

¹⁰⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. *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 Fundamental guarantees. En: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=5CBB47A6753A2B77C12563CD0043A10B>. Revisado 24 de octubre de 2019.

¹⁰⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. *Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Suiza: Ginebra, 2012, p. 115.

¹⁰⁸ MANN, H citado en TEIJO, Carlos. “La protección jurídica internacional de los derechos del niño en situaciones de conflicto armado con atención particular a la problemática de los niños soldado”. En: Pueyo, Jorge y Urbina, Julio (coord.). *El Derecho Internacional Humanitario en una sociedad internacional en transición*. Santiago de Compostela: Tórculo ediciones, 2002, p. 332.

¹⁰⁹ ARELLANO, Marcela. *La guerra no es un juego: uso y participación de niños en conflictos armados*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008, p. 106.

mediante una lectura conjunta con el artículo 41 de la CDN, el cual establece que nada puede afectar las disposiciones más propicias para la realización de los derechos del niño y la niña. De esta manera, podría reenviarse un régimen jurídico más protector, como el DIH, e incluir la participación indirecta y su aplicación en una situación de CANI.

En cuanto al PFCDN, durante las negociaciones se generó un debate para determinar la edad mínima para la participación de menores en las hostilidades. De hecho, los representantes de Etiopía, Finlandia, Eslovaquia, Suecia, República Árabe Siria, Alemania, Australia, Malasia, Noruega, Nigeria, Países Bajos, Iraq, Uruguay, Filipinas, China, Chile, Japón, Argelia, Canadá, Sudáfrica, República Checa, Egipto, la Federación de Rusia; y los observadores de Marruecos, Bélgica, Estonia, Rumania, Suiza, la Santa Sede, la Unicef y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (FICR) optaron por los 18 años¹¹⁰. Mientras tanto, Estados Unidos, Cuba y Pakistán expresaron su rechazo en cuanto a elevar la edad de participación a 18 años y plantearon la edad de 17 años.¹¹¹

Como consecuencia de la disparidad de opiniones en las negociaciones, y a modo de propuesta intermedia, se estableció en el artículo 1 que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades”. Como se observa, si bien se elevó la edad a 18 años, todavía se hace referencia a niños que participan “directamente en las hostilidades”.¹¹² Igualmente, a pesar de que la mayor parte de delegaciones del grupo de trabajo convinieron en incluir la “participación indirecta”, países como Nigeria, Irak, Estados Unidos, Cuba, Reino Unido, Pakistán, China o Japón se opusieron a prohibir este tipo de participación.¹¹³ De esta manera, se dejó abierta la posibilidad de que los

¹¹⁰ Informe del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. E/CN.4/1997/96, párr. 76.

¹¹¹Ibíd., párr. 78.

¹¹² Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2021, párr. 122.

¹¹³ Op. cit. Informe del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, párr. 79.

menores de 18 años participaran de manera indirecta: como cocineros, vigías, mensajeros, entre otras tareas en los conflictos armados.

En cuanto a la Carta Africana, esta dispone que los Estados tomen “todas las medidas necesarias” para evitar que los niños y niñas participen directamente en las hostilidades (artículo 22.2); no obstante, llama la atención que solo se hizo referencia a la “participación directa”, y no a la indirecta. En consecuencia, a nivel de CANI, solo el PA II establece la prohibición de una participación directa e indirecta en las hostilidades de los niños menores de 15 años. Del mismo modo, la CDN aplica el estándar de “parte directa en las hostilidades” y, paradójicamente, ofrece el nivel más bajo de protección para los niños involucrados en conflictos armados. Este estándar se repite nuevamente en el PFCDN, en el que, aunque el estándar se eleva a los 18 años, todavía se hace referencia a los que participan directamente en las hostilidades.

Tabla 2. *Tratados que regulan la prohibición de la participación en las hostilidades de niños y niñas*

TRATADO	EXIGIBLE A	PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN
PA II de 1977	Estados Partes,	Directa e indirecta
CDN de 1989	Estados Partes	Directa
Carta Africana de 1990	Miembros de la OUA	Directa
PFCDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000	Estados Partes	Directa

1.2.1.3 El principio del interés superior del niño y el de no discriminación como pilar para prohibir su reclutamiento y participación en las hostilidades

Al seguir la línea de complementariedad del DIDH y DIH, cabe recordar que la CDN, aunque está principalmente inmersa en el ámbito del DIDH, consolida dos principios primordiales aplicables también en el ámbito del DIH: el principio del

interés superior del niño y el principio de igualdad y no discriminación. Tales principios son guías para que el Estado respete y garantice los derechos de los niños y niñas, incluso en el contexto de un conflicto armado. Se considera que el Estado debe garantizar tales derechos en la medida en que prevenga, investigue y sancione las presuntas violaciones; y ante los daños ocasionados, debe repararlos.¹¹⁴

1.2.1.3.1 Principio del interés superior del niño

El principio del interés superior del niño tiene como primer antecedente la Declaración de Ginebra de 1924, en la cual se encuentra la frase “los niños primero”. Sin embargo, la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 desarrolla un poco más el contenido de este principio y determina que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”. Sobre la base de este principio, se señala que las leyes deben estar orientadas a proteger su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social; y, asimismo, los padres y las instituciones encargadas tienen la responsabilidad de su educación, pues los menores son los primeros que deben recibir protección y socorro. Si bien ambas declaraciones no generan un efecto vinculante, sí evidencian que la salvaguardia de los niños y niñas es de interés público.¹¹⁵

Hoy en día, el principio del interés superior del niño tiene el carácter de un principio general del derecho internacional; es decir, es equivalente a los establecidos en el artículo 38.C del Estatuto de la CIJ. La CDN también asume este principio, el cual debe ser aplicado de manera obligatoria por el carácter vinculante de la convención.¹¹⁶ Así, el artículo 3.1 expresa:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¹¹⁴ NASH, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericano de Derechos Humanos (1988-2007)* Segunda edición. Santiago: Universidad de Chile, 2009, p. 25.

¹¹⁵ BARLETTA, María Consuelo. *Derecho de la niñez y adolescencia*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018, p. 19.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 48.

En otras palabras, “el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades”¹¹⁷, a fin de garantizar que los menores disfruten y gocen de sus derechos en cualquier circunstancia. En esa línea, el principio del interés superior debe ser entendido como una:

Garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.¹¹⁸

De este modo, este principio permite reconocer al niño o niña como un sujeto de derechos y, sobre la base de ello, tomar acciones que respeten sus derechos y promuevan su protección, incluso en situaciones extremas, como es un conflicto armado. Como destacó María Laura Serra, este principio “justifica la necesidad de una protección efectiva de los derechos del niño y la niña”¹¹⁹ en el desarrollo de un conflicto armado. Así, en el informe del grupo de trabajo encargado de elaborar un proyecto del PFCDD, el Comité de los Derechos del Niño también afirmó que la participación de los niños en actividades militares contradice el principio del interés superior del niño.¹²⁰

De ahí que este principio sea rector para prohibir el reclutamiento y la participación de los niños y niñas en las hostilidades, dado que tales actos menoscaban una serie de derechos: el de la vida, el de la integridad física y psicológica, el de la educación, el de la salud, el del desarrollo de la personalidad,

¹¹⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. 1998. Disponible en: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf. Revisado el 17 de enero de 2019.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 9.

¹¹⁹ *Op. cit.*, SERRA, p. 84.

¹²⁰ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS. *Comentarios acerca del Informe del grupo de trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños relativo a la participación de los niños en los conflictos armados*, Doc. N.U. E/CN.4/1999/WG.13/2, 2 de octubre de 1998.

entre otros. Para que ello no suceda, el Estado debe adoptar las medidas administrativas, legislativas o de otra índole, necesarias para dar efectividad a todos los derechos recogidos en la CDN (artículo 4). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha enfatizado que tales medidas no deben entenderse como acciones paternalistas, sino como reconocedoras de la subjetividad del niño y la niña. En el Caso Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú, la Corte IDH manifestó:

Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.¹²¹

Como se aprecia, el reclutamiento y la utilización de menores en las hostilidades son contrarios al interés superior del niño, por lo que deben estar prohibidos; asimismo, se advierte que, bajo este principio, podría sancionarse a los que reclutan o usan a los menores de edad, pues existe una base legal para tal efecto. Este punto se ahonda en el siguiente capítulo.

1.2.1.3.2 Principio de igualdad y no discriminación

Además del principio del interés superior del niño, también el principio de no discriminación es fundamental en la protección de los derechos de la niñez. La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 reconoce que “la no discriminación y el interés superior del niño deben ser considerados primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”.¹²²

El principio de igualdad y no discriminación también se encuentra regulado en la CDN. En el artículo 2.1 de este tratado, se establece que todos los niños y niñas

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú. CIDH, 2002, p. 8

¹²² CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, párr. 21.

deben ser tratados con igualdad, sin discriminación alguna basada en la raza, el sexo, el color, el idioma, la religión, la opinión política, el origen social o étnico, la apariencia física o cualquier otra condición, para la garantía de sus derechos. Como afirmó Daniel O'Donnell, este principio contiene una prohibición expresa de la discriminación, pero, por primera vez, la CDN hace referencia al origen étnico de la persona.¹²³

Asimismo, este principio está regulado en otros tratados de derechos humanos, como la Convención Americana (artículo 1.1), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2. y 10.3) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2.1 y 24.1). Con respecto a este último, el Comité de Derechos humanos se pronunció a favor de los derechos de los niños y niñas en la Observación General N°17:

El artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los Estados deben adoptar en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el pacto.¹²⁴

En esa misma línea, a nivel jurisprudencial, se ha señalado que “las medidas de protección especiales para niños implican no solo la obligación de respetar los derechos de estas personas, sino también la de garantizar sus derechos y de tomar todas las medidas positivas, guiadas por los principios de no discriminación y de interés superior del niño”.¹²⁵ En cuanto al reclutamiento, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para prevenir la integración de menores a filas de combate; sin embargo, cuando el reclutamiento ocurre, se

¹²³ O' DONNELL, Daniel. La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido. 1990. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/la_convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf Revisado el 12 de diciembre de 2019.

¹²⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.

¹²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 138.

evidencia una discriminación, debido a la falta de protección que los niños y niñas víctimas debieron recibir por parte del Estado y la sociedad, a fin de no verse involucrados en conflictos armados. Frente a ello, el Estado debe investigar y sancionar los hechos ocurridos, sin discriminación hacia las víctimas; en el tercer capítulo, se ahonda en este punto, en relación con las consecuencias jurídicas frente a las víctimas del reclutamiento.

1.2.2 La prohibición en el marco del derecho consuetudinario

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ hace referencia a la costumbre internacional como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Si bien eso es todo lo que se dice de la costumbre en dicho Estatuto, el contenido de esta afirmación ha sido desarrollado desde la doctrina. Especialistas como Carrillo Salcedo, Pastor Ridruejo, Remiro Brotons, entre otros, señalaron que, en esta afirmación, se pueden distinguir los dos elementos esenciales de la costumbre: el elemento objetivo o la práctica internacional y el elemento subjetivo o la *opinio iuris*.¹²⁶ Existen diferentes corrientes doctrinales en torno a la existencia de los dos elementos de una norma consuetudinaria. La presente tesis coincide con los autores que afirman que tanto el elemento objetivo como el subjetivo se encuentran en una estrecha relación; sin embargo, a efectos de comprender su existencia y sus contenidos, estos son estudiados por separado.¹²⁷

Como se ve a continuación, en el derecho internacional consuetudinario, el reclutamiento de niños menores de 15 años también está prohibido. De ahí que el objetivo de esta sección sea afirmar la existencia de la norma consuetudinaria que prohíbe el reclutamiento de menores y su participación en las hostilidades, y comprender las características de los elementos que la conforman.

¹²⁶ CARRILLO, Antonio. *Curso de derecho internacional público: introducción a su estructura y funciones*. Madrid: Tecnos, 1991; PASTRO, Ridruejo. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2016; REMIRO, Antonio. *Derecho Internacional. Curso General*. Valencia: Tecnos, 2010.

¹²⁷ MILLÁN, Lucía. *La Opinio Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p.87.

1.2.2.1 Evidencia de la práctica general

La práctica general o el elemento objetivo del derecho internacional consuetudinario se refiere a los “actos materiales o detectables de sujetos de derecho internacional, y son esos ejemplos de comportamiento los que pueden formar una red de precedentes en la que quepa observar un patrón de conducta”.¹²⁸ Se habla, sobre todo, de una “práctica estatal”, dado que los Estados siguen siendo los sujetos principales del derecho internacional. Sin perjuicio de ello, existen autores que consideran que la práctica de las organizaciones internacionales también debería tomarse en cuenta como parte de la formación de la costumbre.¹²⁹

Ahora bien, la práctica estatal puede constituir actos de todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo, judicial o de otra índole). Teniendo en cuenta que no existe una lista taxativa de las acciones que los Estados pueden adoptar, algunas de las formas más recurrentes son las siguientes:

Correspondencia diplomática, declaraciones de política, comunicados de prensa, opiniones de asesores jurídicos de los gobiernos, manuales oficiales sobre cuestiones jurídicas (por ejemplo, manuales de derecho militar), decisiones y prácticas ejecutivas, órdenes de fuerzas militares (por ejemplo, reglas de enfrentamiento), comentarios de los gobiernos sobre proyectos de la Comisión de Derecho Internacional y sus comentarios correspondientes, legislación, resoluciones judiciales internacionales y nacionales, preámbulos de tratados y otros instrumentos internacionales (en particular cuando se utilice una forma para “todos los Estados”), una serie extensa de tratados que utilicen los mismos términos, la práctica de los órganos internacionales y las resoluciones relativas a cuestiones jurídicas en los órganos de las Naciones Unidas, en particular la Asamblea General.¹³⁰

¹²⁸ WOOD, Michael. *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Asamblea General de Naciones Unidas, A/CN.4/672*, 22 de mayo de 2014, p. 17.

¹²⁹ SALMÓN, Elizabeth. *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 231.

¹³⁰ CRAWFORD, James. *Los Principios del Derecho Internacional Público de Brownlie* citado en WOOD, op. cit., p. 24.

No solo son formas que demuestran la práctica, sino que dan luces de la *opinio iuris*, elemento subjetivo de los Estados. En palabras de Millán:

La práctica de los Estados puede dar lugar a diferentes indicaciones de cuál puede ser la *opinio iuris* a la que responde el comportamiento de los citados Estados, explicando la práctica defendiendo posiciones con argumentos jurídicos, protestando ante determinadas conductas de terceros Estados, desarrollando puntos de vista en la correspondencia diplomática o en las negociaciones que llevan a cabo los Estados, y de todos estos materiales puede inducirse el elemento espiritual de las normas consuetudinarias implicadas.¹³¹

En ese sentido, tanto la práctica como la *opinio iuris* tienen igual relevancia para la conformación de la costumbre internacional, como lo evidencian los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU que se presentan en esta materia.¹³²

1.2.2.1.1 La práctica estatal relativa a los tratados que prohíben el reclutamiento

Cabe recordar que un tratado constituye una fuente del derecho internacional reconocida en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ; este está definido como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional para producir efectos jurídicos entre las partes.¹³³ La importancia de los tratados radica no solo en que estos son vinculantes para los Estados Partes, sino que pueden servir para probar los elementos necesarios para la formación del derecho internacional consuetudinario¹³⁴; por ejemplo, al evidenciar una aceptación generalizada por parte de los Estados de la comunidad internacional hacia las obligaciones allí previstas. Así, hay que tener en cuenta que las disposiciones de los tratados no significan *per se* normas de derecho internacional consuetudinario, pero sí pueden constituir pruebas de su existencia

¹³¹ Op. cit., MILLÁN, p. 159.

¹³² Op. cit., WOOD, pp. 7-16.

¹³³ Op. cit., CARRILLO, p.103.

¹³⁴ DANILENKO, Gennady. *Law Making in the International Community*. Leiden-Boston: Brill Nijhoff 1993 citado en SALMÓN, op. cit., p. 182.

y reflejar las opiniones de los Estados con respecto a tales normas.¹³⁵ Como señaló Michael Wood:

Los textos de los tratados no pueden servir por sí solos como prueba concluyente de la existencia o contenido de las normas del derecho internacional consuetudinario, [...] la norma debe sustentarse en ejemplos de la práctica externa, junto con su aceptación como derecho.¹³⁶

De esta manera, la codificación y la cristalización de las normas consuetudinarias pueden ser las disposiciones de los tratados,¹³⁷ así como las votaciones, las opiniones expresadas en debates acerca de un tratado o, incluso, alguna práctica generada a raíz del tratado. Estas proporcionan evidencia de la naturaleza consuetudinaria de una norma.

Como se vio en el acápite anterior, el reclutamiento y la participación de los niños y niñas en un CANI está prohibido por el derecho internacional convencional previsto en el PA II, la CDN, la Carta Africana, la C-182 contra las peores formas de trabajo infantil y el PFCDN. Dichos tratados, a su vez, sirven para evidenciar la práctica estatal necesaria para la formación del derecho internacional consuetudinario. Con respecto al PA II, se estableció una prohibición explícita del reclutamiento de menores de 15 años por parte de las fuerzas y los grupos armados en un CANI (artículo 4, inciso 3, literal c). Este instrumento, al igual que el PA I, aplicable a los CAI, fue adoptado el 8 de junio de 1977 por 124 Estados.¹³⁸ Como lo afirma el CICR, este número de Estados representaba la comunidad internacional más extendida, la cual aprobaba y aceptaba los

¹³⁵ WOOD, Michael. *Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial Relator Especial para la Identificación de la Costumbre Internacional de la Comisión de Derecho Internacional. AG de UN, Resolución A/CN.4/682*. Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015.

¹³⁶ *Ibid.*, párr. 21.

¹³⁷ La disposición de un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si tal disposición: a) Codifica, en el momento en que se concluye el tratado, una norma vigente de derecho internacional consuetudinario, b) Ha propiciado la cristalización de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario; o c) Ha generado una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, al dar lugar a una práctica general aceptada como derecho". En: WOOD, Michael. *Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial Relator Especial para la Identificación de la Costumbre Internacional de la Comisión de Derecho Internacional. AG de UN, Resolución A/CN.4/682*. Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, párr.44

¹³⁸ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. "40° Aniversario De Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949", adoptados el 8 de junio de 1977. Agosto de 2017. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/publication/40-aniversario-protocolos-adicionales-1977-convenios-ginebra-1949>

principios básicos del DIH, así como las disposiciones humanitarias contenidas en el tratado.¹³⁹

El PA II, al igual que el PA I, fue estudiado en la Conferencia Diplomática 1974-1977. En palabras de Bugnion, no hay duda de que con ello se buscaba la restauración de la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, teniendo como guía los principios fundamentales del DIH.¹⁴⁰ Finalmente, después de las evaluaciones en la Conferencia Diplomática 1974-1977, el PA II fue adoptado por consenso.¹⁴¹

Aquí vale la pena decir que, en el preámbulo del PA II, se consagró la necesidad de brindar una mejor protección a las víctimas en los CANI; en particular, se señaló este protocolo como un complemento del artículo 3 común (artículo 1 del PA II), donde se prohíben, entre otros actos, el reclutamiento y la utilización de menores de 15 años en las hostilidades por parte de las fuerzas y los grupos armados. Todo ello se traduce a que, para fines de la década de los 70, había un reconocimiento y una aceptación de la comunidad internacional acerca de dicha norma, y ningún Estado se oponía. Al respecto, Happold sostuvo:

No parece que ningún Estado haya declarado que su negativa a ratificarlos [haciendo alusión al PA I y PA II] se deba a una objeción a las disposiciones que regulan la participación de los niños en las hostilidades. A la inversa, parece que los Estados que consideraban que las disposiciones no eran lo suficientemente fuertes se limitaron a formular objeciones.¹⁴²

En esa línea, no había Estado que se opusiera a la prohibición como tal. Ello se reflejó en los trabajos preparatorios de dicho tratado. Este punto se aborda más adelante, como parte del elemento de la *opinio iuris* con respecto a esta

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ BUGNION, Francois. "Adoption of Additional Protocols of 8 June 1977: A milestone in the development of international humanitarian law". En: *International Review of the Red Cross*, vol. 99, n° 2, 2017, p. 793.

¹⁴¹ *Op. cit.*, CICR. 40° Aniversario...

¹⁴² Traducción de la autora. El texto original dice "[...] it does not appear that any state has stated that its refusal to ratify them is due to any objection to the provisions regulating the participation of children in hostilities. Quite the reverse, objection seems only to have been taken by states who considered that the provisions were not strong enough. HAPPOLD, Matthew. "Child soldiers in international law: the legal regulation of children's participation in hostilities". En: *Netherlands International Law Review*, vol. 46, n° 1, 2000, p. 46.

prohibición. Ahora bien, la negación frente al reclutamiento y la participación en las hostilidades de niños y niñas menores de 15 años también fue reiterada en la CDN. Como se vio, este tratado no se limita a la aceptación de la prohibición de reclutamiento solo por parte de las fuerzas armadas, sino que, al seguir con su cláusula de reenvío al DIH (artículo 38, inciso 1), también reconoce la prohibición del reclutamiento cometido por los grupos armados.¹⁴³ Cuando se hace referencia expresa al reclutamiento por parte de las fuerzas armadas, se recoge lo regulado en el artículo 77, inciso 2 del PA I¹⁴⁴. De hecho, Happold afirmó:

Durante el periodo 1977-1989, antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la mayoría de los Estados, fueran o no partes en los protocolos, no reclutaban a niños menores de 15 años en sus fuerzas armadas. [...] A finales del decenio de 1970 y principios de 1980 las disposiciones contenidas en el artículo 77(2) de la PA I se convirtieron en una norma de derecho internacional consuetudinario. [Hubo] una amplia participación en la redacción de los dos PA”¹⁴⁵

Así, Felipe Gómez llegó a la conclusión de que el artículo 38 de la CDN incorpora y recoge normas que ya existían con anterioridad;¹⁴⁶ esta vincula a todos los Estados. Incluso Estados Unidos, uno de los países que ha firmado, pero no ratificado dicho instrumento, ha reconocido que la CDN codifica el derecho internacional consuetudinario.¹⁴⁷ Aunado a esta posición, es posible que en el transcurso de 1977 y 1989, la disposición humanitaria de prohibición de

¹⁴³ Revisar el acápite 2.1.2.1. En cuanto al reclutamiento del capítulo I.

¹⁴⁴ Artículo 77 inciso 2 del PA I: Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años, pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

¹⁴⁵ Traducción de la autora. El texto original dice “During the period 1977-1989, before the adoption of the CRC, most states, whether parties to the Protocols or not, did not recruit children under fifteen into their armed forces. (...) during the late 1970s and early 1980s the provisions contained in Article 77(2) of API did become a norm of customary international law. The first reason is a function of the wide participation in the drafting of the two Aps”. Op. cit., p. 46.

¹⁴⁶ Op. cit., GÓMEZ, p. 47.

¹⁴⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. “Despite the fact that the U.S. has not ratified the Convention, (...) The U.S. State Department considers the Convention a declaration of customary law based on the Vienna Convention on the Law of Treaties (...). En: Concurring Opinion Of Commissioner Hélio Bicudo, IACHR Report No. 62/02, 22 de octubre de 2002, párr. 20. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.12285a.htm#_ftn120

reclutamiento y participación en las hostilidades de niños menores de 15 años se forjara por una “costumbre de alta velocidad”.

Esta costumbre se origina de la celeridad de las comunicaciones y las relaciones de la comunidad internacional.¹⁴⁸ Definitivamente, tal como señala Millán, la aceleración de la vida internacional también supone, de forma paralela, la aceleración de la formación de la norma jurídica consuetudinaria.¹⁴⁹ En esa línea, para fines de la década de los 70, existía la necesidad de proteger a los niños frente al incremento de los CANI. Frente a ello, la actitud de los Estados se vio reflejado en los trabajos preparatorios del PA II y, posteriormente, de la CDN. Todo ello facilitó el ritmo acelerado para la formación de la norma de prohibición de reclutamiento de menores de 15 años.

Por tanto, así como estos autores concluyeron la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas armadas para los CAI, se considera que, para los CANI, la prohibición del reclutamiento por parte de los grupos armados y la participación en las hostilidades era también norma consuetudinaria. Esto, debido a que no hubo posición en contra al aprobar las disposiciones del PA II, lo que se manifestó en los trabajos preparatorios; además, durante toda la década de los 80, todos los Estados iban en esa misma dirección, tal como se demostró con la CDN y las posteriores prácticas.

Los instrumentos siguientes siguen consolidando la evidencia de la amplia aceptación de la prohibición del reclutamiento y la utilización de niños en las hostilidades como norma de carácter consuetudinario, aunque con variaciones respecto a la edad. Por ejemplo, cabe resaltar que la Carta Africana de 1990, así como la Declaración de Maputo de 1999 sobre la utilización de los niños como soldados, es un instrumento de carácter regional que eleva el estándar de protección a los 18 años. Esto evidencia que el criterio etario de la prohibición consuetudinaria tiende a modificarse a nivel regional.

¹⁴⁸ La “costumbre de alta velocidad” es sostenida por Luigi Condorelli. Esta se origina de la celeridad de las comunicaciones y las relaciones en la comunidad internacional. Citado por SALMÓN, *op. cit.*, p. 236.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, MILLÁN, p. 34.

Por otra parte, la prohibición del reclutamiento forzoso de niños menores de 18 años y voluntario de niños menores de 15 años se establece en el PFCDN; este instrumento entra en vigor el 12 de febrero de 2002 con 96 Estados signatarios y 14 Estados Partes,¹⁵⁰ actualmente hay 168 de estos últimos. Según investigaciones del CICR, aún no se ha logrado que los 18 años se reconozcan como la edad mínima para la participación en conflictos armados en los distintos países y en toda la comunidad internacional.¹⁵¹ En todo caso, no es objeto de este trabajo afirmar que la norma consuetudinaria fija el límite de edad para el reclutamiento y la participación en hostilidades en los 18 años.

Entonces, se puede concluir que la norma que prohíbe el reclutamiento en las fuerzas armadas y en los grupos armados organizados había adquirido carácter consuetudinario en la década de los 80 (con cargo a seguir demostrándose en la práctica y *opinio iuris* de los Estados). Específicamente, la referida a la prohibición de menores de 15 años. Esta prohibición está respaldada en distintas fuentes internacionales como el PA II, el artículo 3 común, que regula el principio de humanidad y complementa a dicho protocolo, y la CDN.

1.2.2.1.2 Legislación nacional y manuales militares

Otra forma de evidenciar la práctica estatal es mediante la legislación de cada Estado, así como los manuales militares.¹⁵² En efecto, la CIJ en 1926 señaló que “desde el punto de vista del derecho internacional [...], las normas jurídicas nacionales son meros hechos que expresan la voluntad de los Estados y que constituyen su actividad, como ocurre con las decisiones o medidas administrativas”.¹⁵³ Así, la legislación nacional constituye *per se* actos del Estado.

¹⁵⁰ Canadá, Bangladesh, Sri Lanka, Andorra, Panamá, Islandia, Vietnam, República Democrática del Congo, Nueva Zelanda, Mónaco, Kenia, República Checa, Rumania y la Santa Sede. En: RAMANATHAN, Usha. “Child Soldiers: Finding Recognition in International Humanitarian Law”. En: ISIL Y.B. Int'l Human & Refugee L, vol. 2, pp. 228-240.

¹⁵¹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. Personas protegidas por el DIH, 29 de octubre de 2010. En: <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/protected-persons/children/overview-protected-children.htm>. Consulta 23 de noviembre de 2019.

¹⁵² UNIVERSITY OF TORONTO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC AND INTERESTED INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS ORGANIZATIONS. *Amicus Curiae*, párr. 33.

¹⁵³ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *Case concerning certain German Interests in Polish Upper Silesia, Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgements*, serie A, núm. 7, pág. 19.

Dado que se pretende demostrar la prohibición del reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años por parte de las fuerzas y los grupos armados como norma consuetudinaria, resulta relevante evidenciar la práctica de diferentes Estados del mundo; ello implica indagar en la regulación interna de estos sobre la prohibición del reclutamiento. Esto, durante la década de los 90, periodo durante el cual ya existían tratados que habían consagrado tal prohibición y habían sido ratificados masivamente.

A modo de ejemplo, Filipinas estableció la prohibición del reclutamiento por parte de sus fuerzas armadas o algún grupo armado en su Código de Protección Infantil de 1992.¹⁵⁴ Asimismo, Bielorrusia prohibió el reclutamiento de menores de 18 años en las fuerzas armadas desde 1993.¹⁵⁵ Ucrania, por otra parte, impuso una obligación de servicio militar en las fuerzas armadas a las personas que tuvieran 18 años desde 1992.¹⁵⁶

En relación con los manuales militares, en 1990, Argentina aprobó su código militar, donde incluyó la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas armadas.¹⁵⁷ En Colombia, el Manual Básico Militar (1995) prohibió el reclutamiento y la participación directa de niños menores de 15 años en las hostilidades.¹⁵⁸ Asimismo, desde 1992, Nueva Zelanda consagró en su manual militar la prohibición del alistamiento cuando se tratara de menores de 15 años.¹⁵⁹ El manual militar nigeriano, por otro lado, en 1994 señaló que los menores de 15 años no debían ser reclutados.¹⁶⁰ Del mismo modo, el manual militar de Camerún, desde 1992, estableció que los menores de 15 años no podían ser reclutados en las fuerzas armadas.¹⁶¹

Con respecto a la participación en las hostilidades, Alemania también consagró, desde 1992, que las partes en conflicto tomarían todas las medidas posibles para

¹⁵⁴ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. "IHL Database, Customary IHL. Practice Relating to Rule 136. Recruitment of child soldiers". En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136. Revisado el 10 de octubre de 2019.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

que los niños que no hubieran cumplido los 15 años no participaran directamente en las hostilidades ni deberían ser reclutados en sus fuerzas armadas.¹⁶²

Cabe mencionar que, en el caso de Irlanda, no solo se prohibió el reclutamiento o el uso de los niños y niñas en las hostilidades, sino que se estableció, en la Ley de Convenio de Ginebra, enmendada en 1998, cualquier contravención al PA II, incluidas las violaciones al artículo 4.3.C, las cuales se declararon delitos punibles. Estos ejemplos prueban otra forma de práctica estatal que reafirma, mediante la adopción de la legislación interna, el reconocimiento de los Estados y el derecho en cuanto a la prohibición del reclutamiento y el uso de menores en las hostilidades. Esta práctica se suma a la analizada en materia de tratados de protección de la infancia en conflictos armados.

1.2.2.2 Evidencia de la *opinio iuris*

La *opinio iuris*¹⁶³ es la convicción de los Estados acerca de una práctica como obligatoria o aceptada como derecho.¹⁶⁴ Remiro Brotons señaló dos tipos de *opinio iuris* según el origen: la *opinio iuris* del precedente, cuando la norma consuetudinaria surge por la práctica de los Estados; y la *opinio iuris* del consenso, cuando la formación de la norma consuetudinaria es originada por los tratados y/o resoluciones de organizaciones internacionales. Así como sucede con el caso de la práctica, tampoco existe una lista exhaustiva de los materiales donde se pueda encontrar la *opinio iuris*; sin embargo, la correspondencia diplomática, la jurisprudencia de los tribunales nacionales, los tratados y sus trabajos preparatorios, las resoluciones de organizaciones internacionales como la AG y el Consejo de Seguridad, y las conferencias internacionales pueden reflejar la *opinio iuris*.¹⁶⁵

Además, se coincide con Pastor Ridruejo cuando este señaló que “en el derecho internacional contemporáneo, y como consecuencia de las modificaciones que ha[ya] experimentado la sociedad internacional, ha aumentado la importancia de tal elemento espiritual, al tiempo que han disminuido las exigencias en cuanto a

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ *Op. cit.*, REMIRO, p. 510

¹⁶⁴ *Op. cit.*, SALMÓN, p. 241.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, WOOD, pp. 66-67.

la antigüedad de la práctica o elemento material”.¹⁶⁶ De ahí que se desarrolle este elemento a partir de los trabajos preparatorios del PA II y la CDN, así como las resoluciones de los órganos de la ONU para el caso de la prohibición del reclutamiento y la participación en las hostilidades de niños y niñas.

1.2.2.2.1 Trabajos preparatorios de los tratados

Si se considera que el PA II fue el primer tratado en regular de manera explícita la prohibición de reclutamiento de niños menores de 15 años en un CANI, es necesario abordar el debate sobre tal proscripción. De esta manera, se busca comprender la *opinio iuris* del consenso que alcanzaron en ese entonces y que, posteriormente, se plasmó en una serie de legislaciones internas que regulaban la prohibición del reclutamiento y la participación de los menores de edad en las hostilidades, al establecer edades mínimas distintas. En esa línea, en el marco de la Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del DIH aplicable en los conflictos armados, la primera propuesta del CICR estableció lo siguiente:

Artículo 6: Medidas en favor de la infancia

1. Los niños serán objeto de protección especial. Las partes contendientes les facilitarán los cuidados y la ayuda que exijan su edad y situación.

2. A este efecto, las partes contendientes se comprometerán como mínimo a:

[...]

Procurar que los menores de quince años no participen directamente en las hostilidades [...].¹⁶⁷

Frente a ello, Austria propuso: “2.d) No reclutar a menores de quince años, no aceptar su alistamiento voluntario y procurar que no participen directamente en

¹⁶⁶ PASTOR, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid : Tecnos, 1986, p.73.

¹⁶⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. *Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados. Ginebra, 3 de mayo-3 de junio de 1972 (segunda reunión). II Comentarios, segunda parte. Documentación presentada por el CICR*. Ginebra, 1972, p. 14. En: <https://blogs.icrc.org/cross-files/drafting-history-1977-additional-protocols/>. Revisado 15 de octubre de 2019.

las hostilidades”.¹⁶⁸ Por otra parte, Francia defendió la regulación de “no reclutar en las fuerzas armadas a menores de quince años ni tampoco aceptar que se alistén como voluntarios”.¹⁶⁹ Como es de suponer, ambos Estados reconocían la prohibición del reclutamiento y consideraban que este también debía estar expreso en dicha disposición. Asimismo, la propuesta del comité de redacción para el artículo 6 fue la siguiente:

1. Los niños serán objeto de especial protección, y las partes contendientes les facilitarán los cuidados y la ayuda que requieran su edad y situación.

2. A este efecto las partes contendientes deberán, en particular:

[...]

e) abstenerse de reclutar y aceptar el alistamiento voluntario en las fuerzas armadas de los menores de quince años y adoptar las medidas necesarias para que dichos menores no tengan participación alguna en las hostilidades.¹⁷⁰

En línea con las sesiones de la Conferencia Diplomática 1974-1977, la representación de Pakistán sugirió que el artículo referido al cuidado de los niños y la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas o grupos armados y su participación en las hostilidades, se renumerara como artículo 4 del PA II.¹⁷¹ Por ello, el CICR planteó la siguiente redacción:

Artículo 4 - Garantías fundamentales

[...]

Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular:

[...]

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 33.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 39.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 82.

¹⁷¹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA – CICR. *Actas de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados*. Ginebra (1947-1977). Volumen IV. Berna, 1978.

c) los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;

d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos sí, no obstante, las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;

[...] ¹⁷²

Esta fue la disposición adoptada por consenso el 8 de junio de 1977, la cual validaba el carácter inequívoco de la prohibición. Visto el desarrollo de los trabajos preparatorios, los Estados propusieron y acordaron la prohibición del reclutamiento y la participación de menores en las hostilidades para los CANI sin objeción. El establecimiento de los 15 años se debía a que el IV Convenio de Ginebra regulaba la edad de 15 años para la protección de los niños y niñas, lo cual era visto como una garantía; en ese sentido, se precisó la edad de 15 años a fin de impedir que los más jóvenes fueran llamados a las filas.¹⁷³ Además, debía quedar claro que el principio de no reclutamiento prohibía tanto el forzoso como el voluntario, y que no se les permitía participar en hostilidades bajo ninguna modalidad, ya fuera directa o indirecta.¹⁷⁴

Posteriormente, durante la negociación de la CDN, cuando se desarrolló la sección sobre el límite de edad del reclutamiento, se conoció que había Estados que manifestaban que la edad para permitir el reclutamiento en las fuerzas armadas debía ser de 15 años; otros, en cambio, solicitaban elevar la edad a 18 años, con lo que aquella se estableció finalmente. Cabe considerar que Perú fue uno de los Estados que propuso la inclusión de una disposición relacionada con la participación de niños y niñas en conflictos armados. Es necesario recalcar que ningún Estado cuestionó la proscripción del reclutamiento, y que solo estuvo en debate la edad; con esto, se demuestra la *opinio iuris* de los Estados en ese momento, el cual quedó plasmado en los trabajos preparatorios del mencionado

¹⁷² *Ibíd.*, volumen I, p. 193.

¹⁷³ *Ibíd.*, CICR, 1972 II Comentarios segunda parte.

¹⁷⁴ JUNOD, Sylvie-S. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 of the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987, párr. 4557.

tratado. Ello, sin embargo, se establece como una garantía mínima internacional que, como se ha visto, no impide que los Estados establezcan en su legislación interna una mayor protección, donde se prevean los 18 años como la edad mínima para reclutar.

Tomando en cuenta los dos elementos de la costumbre, la práctica estatal y la *opinio iuris*, se evidencia que la prohibición del reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años por parte de las fuerzas y los grupos armados es una norma de derecho internacional consuetudinario que aparece a finales de la década de los 70 y que se consolida en algún momento de la década de los 80. Esto se refuerza con la práctica negativa, es decir, cuando las omisiones también se consideran para generar costumbre;¹⁷⁵ en este caso, los Estados no se oponen a aceptar como obligación lo regulado en el artículo 4.3 del PA II y el artículo 38 de la CDN.

1.2.2.2 Resoluciones de los órganos de la ONU

Las resoluciones de los órganos de la ONU muestran no solo la posición de la organización representativa de la comunidad internacional, sino la *opinio iuris* de los Estados, en tanto que estos son miembros de los diferentes organismos o mediante la aceptación de dichas resoluciones. En ese sentido, también son una fuente importante en torno al reconocimiento de la prohibición del reclutamiento y la participación de los menores en las hostilidades.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, hoy Consejo de Derechos Humanos, fue el foro más importante a nivel global en mostrar su preocupación por la constante práctica del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas. Esta comisión estaba conformada por 53 Estados miembros, y tenía la función de fijar las normas por las que se debían conducir los Estados. Esta funcionó hasta el 2006, fecha en que fue reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos.¹⁷⁶

Tal comisión abordó el tema del reclutamiento en sus diferentes resoluciones, adoptadas en los años 1993, 1994 y 1995; asimismo, en el marco de la situación de los derechos humanos en Afganistán, en su Resolución de 1996, instó a

¹⁷⁵ Op. cit., SALMÓN, p. 232.

¹⁷⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. 62° periodos de sesiones. En: <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/>

“todas las partes afganas a respetar plenamente el Derecho Internacional Humanitario [...] y prohibir el reclutamiento de niños para usarlos como combatientes”.¹⁷⁷ Posteriormente, en 1998, se adoptó la resolución sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres e instó a los Estados:

A proteger a los niños, especialmente a las niñas, en situaciones de conflicto armado contra la participación, el reclutamiento [...] mediante la observancia de los principios internacionales de derechos humanos aplicables y el derecho humanitario.¹⁷⁸

En ese mismo año, en relación con el conflicto armado en Afganistán y su situación frente a los derechos humanos, la comisión instó a las partes a respetar el DIH, detener el empleo de armas contra la población civil, cesar la colocación de minas terrestres y prohibir el reclutamiento forzado de menores para combatir y asegurar su incorporación a la sociedad.¹⁷⁹

Otra de las situaciones por las que la comisión se pronunció fue la situación de los derechos humanos en Myanmar en 1998. Al respecto, señaló que el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas violaba sus derechos humanos y contravenía a la CDN;¹⁸⁰ y, del mismo modo, la comisión mostró su preocupación por el reclutamiento forzoso de niños en el norte de Uganda y condenó dicha práctica.¹⁸¹ De otra parte, el reclutamiento forzoso de niños y niñas en Burundi no fue ajeno a la comisión e, igualmente, esta instó a sus gobernantes a tomar

¹⁷⁷ Traducción de la autora. El texto original dice “Urges all the Afghan parties to respect fully international humanitarian law, to protect civilians, to halt the use of weapons against the civilian population, including the rocket attacks against civilian suburbs of Kabul, to stop the laying of land-mines and to prohibit the drafting and the recruitment of children as para-combatants”. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Situation of human rights in Afghanistan*. Resolución 1996/75, 23 de abril de 1996.

¹⁷⁸ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *La eliminación de la violencia contra la mujer*. Resolución E/CN.4/RES/1998/52, 17 de abril de 1998, párr. 9.g. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=10&t=11

¹⁷⁹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Situación de los derechos humanos en Afganistán*. Resolución E/CN.4/RES/1998/70, 21 de abril de 1998, párr. 5.c. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=10&t=11

¹⁸⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Situación de los derechos humanos en Myanmar*. Resolución E/CN.4/RES/1998/63, 21 de abril de 1998, párr. 3.c. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=10&t=11. Revisado 8 de agosto de 2019.

¹⁸¹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Secuestro de niños en Uganda septentrional*. Resolución E/CN.4/RES/1998/75, 22 de abril de 1998. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=10&t=11. Revisado 8 de agosto de 2019.

medidas para combatirlo.¹⁸² Cabe enfatizar que la comisión, mediante la Resolución 1998/82, referida a los derechos del niño, instó a todos los Estados y otras partes en los conflictos armados:

A que pongan fin a la utilización de niños como soldados y a que adopten las medidas necesarias para la rehabilitación y reintegración en la sociedad de los niños soldados, de los niños que han sido víctimas en casos de conflicto armado u ocupación extranjera [...].¹⁸³

Por otro lado, las resoluciones de la AG también pueden constituirse como pruebas del derecho internacional consuetudinario, pero tampoco generan por sí mismas tales normas.¹⁸⁴ Así:

[La] aprobación por una abrumadora mayoría (o incluso por unanimidad) [de las resoluciones de la AG] constituye un indicio de *opinio juris sive necessitatis*; sin embargo, ello de por sí no crea derecho si no existe una práctica concomitante [...].¹⁸⁵

Esta incluso puede tratarse de omisiones y abstenciones.¹⁸⁶ En esa línea, existen resoluciones de la AG que exhortan a los Estados a cumplir con las normas internacionales de carácter humanitario y los derechos humanos, a fin de combatir el reclutamiento y la participación de la infancia en conflictos armados.

Así las cosas, la AG adoptó una resolución sobre la situación de los derechos humanos en Sudán en 2001 y exhortó al gobierno de ese país a cumplir con su compromiso de no reclutar a niños menores de 18 años como soldados.¹⁸⁷ En este caso, por ejemplo, 85 Estados miembros votaron a favor de la resolución,

¹⁸² COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Situación de los derechos humanos en Burundi*. Resolución E/CN.4/RES/1998/82, 24 de abril de 1998. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=10&t=11. Revisado 10 de agosto de 2019.

¹⁸³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. *Derechos del Niño*. Resolución E/CN.4/RES/1998/76, 22 de abril de 1998, párr. 12.b. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=10&t=11. Revisado 11 de agosto de 2019.

¹⁸⁴ Op. cit., par. 53.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, par. 53.

¹⁸⁶ MILLÁN, Lucía. *La opinio iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 90.

¹⁸⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. *Situación de los derechos humanos en el Sudán*. Resolución A/RES/55/116, 12 de marzo de 2001, párr. 4.k.

incluido el Perú.¹⁸⁸ Igualmente, en el 2003, en relación con la asistencia especial para la recuperación económica y la reconstrucción de la República Democrática del Congo, la AG instó a las partes involucradas a que dejaran de reclutar y usar a niños soldados, pues ello contravenía el derecho internacional; asimismo, se destaca que el gobierno haya optado por la educación para desmovilizar y reintegrarlos a la sociedad y tener en cuenta las necesidades particulares de las niñas excombatientes.¹⁸⁹

A propósito de la Cumbre Mundial de 2005, la AG instó a los Estados a ratificar la CDN y el PFCDN relativo a la participación de los niños en conflictos armados. Más aún, sugirió la adopción de medidas no solo para prohibir el reclutamiento y la utilización de niños y niñas en conflictos armados, sino para tipificar este hecho como delito.¹⁹⁰ En definitiva, las resoluciones mencionadas evidencian la convicción de los Estados en cuanto a que la prohibición del reclutamiento de niños y niñas constituye una norma de derecho internacional que debe ser respetada.

Si bien la mayoría de estas resoluciones fueron aprobadas en la década de los 90 y durante los 2000, ello no hace más que demostrar el derecho vigente; es decir, para tal caso, se trata de resoluciones que se caracterizan por ser declarativas de la norma consuetudinaria en vigor¹⁹¹ sobre la prohibición del reclutamiento y la participación de niños y niñas en las hostilidades, puesto que la costumbre ya existía.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la costumbre internacional está conformada por la práctica estatal y la *opinio iuris*, se evidencian elementos que sugieren que la prohibición del reclutamiento de niños y niñas (al menos de los menores de 15 años) aparece a fines de los 70 e inicios de los 80, y que esta

¹⁸⁸ BIBLIOTECA DIGITAL DE NACIONES UNIDAS. Situation of human rights in Sudan: resolution /adopted by the General Assembly, 2000 En: <https://digitallibrary.un.org/record/428806?ln=es>

¹⁸⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. *Asistencia especial para la recuperación económica y la reconstrucción de la República Democrática del Congo*. Resolución A/RES/58/123, 12 de febrero de 2004.

¹⁹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*. Resolución A/RES/60/1, 24 de octubre de 2005, párr. 117.

¹⁹¹ Op. cit., MILLÁN, p. 169.

constituye una norma de derecho internacional vinculante para todos los Estados.

No obstante, aunque los elementos han sido explicados y ejemplificados de manera separada, se sabe que las distintas formas que prueban la práctica estatal también indican la *opinio iuris* de los Estados.

1.3 Reflexiones finales sobre la caracterización de la prohibición del reclutamiento en CANI según el derecho internacional

Los reclutamientos y participaciones en las hostilidades de los niños soldados que han tenido lugar desde las décadas pasadas hasta estos días son actos atroces e inhumanos. No cabe duda de que estos afectan la integridad y la dignidad humana de los niños y niñas, lo que les ocasiona un fuerte impacto para el desarrollo de sus vidas. Es precisamente la comunidad internacional la que ha asumido la responsabilidad de ofrecer al menor “lo mejor que puede” en defensa de sus derechos e intereses en cualquier circunstancia.

Por ello, en el contexto de los conflictos armados, donde sus derechos se ven amenazados y son transgredidos, han surgido marcos jurídicos para regular dichas prácticas. En un principio, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ya daba luces de protección frente a actos que atentaran contra la vida y la dignidad humanas de las personas, como las torturas, los malos tratos y las humillaciones; y, aunque la prohibición del reclutamiento de niños no se había establecido explícitamente, ello no significaba que este estuviera permitido. Frente al incremento de los CANI, la comunidad internacional vio conveniente plasmarlo en un tratado de manera literal (artículo 4.3.C del PA II). De tal manera, que este último instrumento esclarece la complementariedad de las prohibiciones del artículo 3 común.

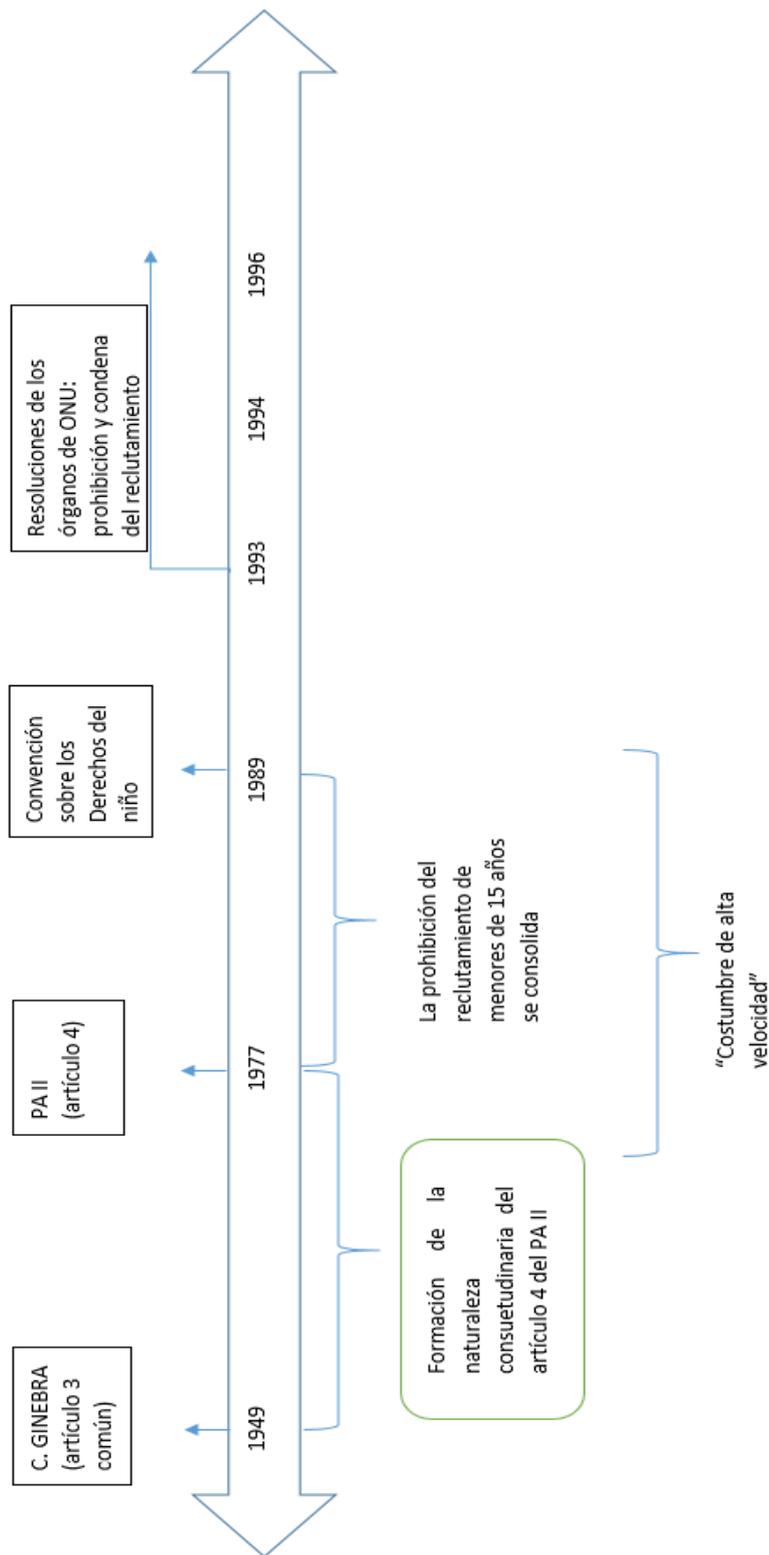
Más aún, la regulación de la prohibición no quedó consagrada solo en un tratado, sino que se convirtió en una norma consuetudinaria y se recogió en el artículo 38 de la CDN. Asimismo, los debates posteriores giraban en torno a establecer un límite de edad; y aunque ello estuvo trastocado por asuntos políticos y culturales, se llegó a un claro consenso sobre la prohibición del reclutamiento y la participación de menores de 15 años en las hostilidades en las fuerzas o los

grupos armados, y un debate permanente sobre elevar esa edad. Con todo lo anterior, era imposible que no quedara clara su prohibición.

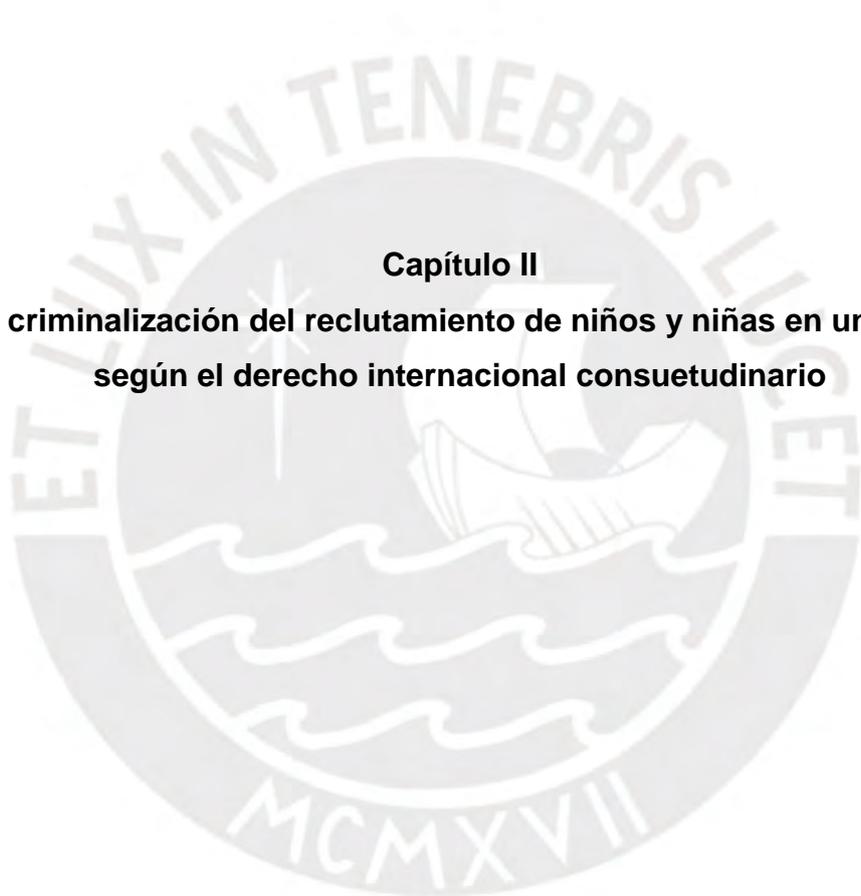
Transcurrido el tiempo, se cuenta con más instrumentos jurídicos internacionales que tienen carácter declarativo sobre dicha prohibición, y estos gozan de aceptación por la comunidad internacional; ello es más que suficiente para que los Estados asuman la responsabilidad y una posición de respeto frente a la prohibición absoluta, de forma que estos actos no se sigan cometiendo.



Línea de tiempo 1. Prohibición del reclutamiento de menores de 15 años en el marco del derecho internacional consuetudinario¹⁹²



¹⁹² Esta línea de tiempo se complementa en el segundo capítulo de la presente investigación.



Capítulo II
La criminalización del reclutamiento de niños y niñas en un CANI
según el derecho internacional consuetudinario

Después de ver la prohibición del reclutamiento y la participación de niños y niñas en las hostilidades en el capítulo anterior, se pasa a desarrollar la criminalización del reclutamiento y el uso de niños y niñas en los CANI, según el DPI. A efectos

de este trabajo, se entiende por esta rama del derecho al "conjunto de normas que regula aquellas conductas criminales que atentan contra los principales intereses de la comunidad internacional, y que se encuentran reguladas en diversos instrumentos o derivan del propio derecho internacional consuetudinario".¹⁹³ El objetivo de este capítulo es demostrar que en los años 80 era posible sancionar el reclutamiento y en los 90 se constata una base jurídica que permitía criminalizar el reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años por las fuerzas y los grupos armados, así como su uso en las hostilidades según el derecho internacional consuetudinario. Aunque está fuera del alcance de esta tesis determinar una fecha exacta del inicio de la costumbre, se toman de referencia esos años, dado que coinciden con un tiempo álgido del conflicto armado en el Perú, donde tal práctica se daba de manera reiterada.

Para ello, un primer punto a tener en cuenta es que una violación grave a una norma de DIH constituye un crimen de guerra. El origen de este concepto se remonta al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMIN), el cual lo define así:

Violaciones de las leyes o costumbres de la guerra. Dichas violaciones incluirán, pero no estarán limitadas al asesinato, el maltrato o la deportación para trabajos forzosos o para cualquier propósito de la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o la destrucción no justificada por necesidad militar. (Artículo 6)

Como se menciona en el mismo artículo, los actos que allí se señalan como crímenes de guerra no pertenecen a una lista cerrada; no obstante, otros actos que califican como crímenes de guerra siguieron concretándose después de los juicios de Núremberg.

Cabe recordar que la criminalización de las normas del DIH se ha formado con base en la costumbre internacional casi en su totalidad, el derecho convencional ha servido para codificar las normas ya existentes. En efecto, los enjuiciamientos por violaciones a las normas del DIH tienen su origen en el derecho

¹⁹³ BARBOZA, Julio. *International Criminal Law*. Martinus Nijhoff, 1999, pp. 24-25.

consuetudinario, como se evidencia incluso desde la práctica de los tribunales de Núremberg (1945) y Tokio (1948).

A su vez, constatar las violaciones graves del DIH mediante el derecho consuetudinario resulta un desafío para el DPI; específicamente, para el principio *nullum crimen sine lege* (principio de legalidad en el derecho internacional). Según este, las personas tienen derecho a saber qué actos pueden llegar a ser penalizados y cuáles no.¹⁹⁴ Muchas veces, a causa de la costumbre, un derecho no escrito es visto como una fuente poco confiable;¹⁹⁵ sin embargo, también es cierto que la costumbre se basa en una práctica constante acompañada de la creencia en su legalidad. Para ello, los tribunales internacionales han probado con distintos métodos, más allá del tradicional, este es, el reconocimiento de la práctica estatal y la *opinio iuris*; de esa forma, no se ve afectado el DPI.

En ese sentido, se explica el razonamiento de los tribunales internacionales (método deductivo) para sustentar el juzgamiento y la sanción de un acto prohibido según el derecho internacional consuetudinario; y los elementos que conforman la costumbre para penalizar un acto prohibido. En ese sentido, se analiza la responsabilidad penal individual por el acto de reclutar desde el derecho consuetudinario.

2.1 Desarrollo de la práctica estatal

Como se indicó en el capítulo anterior, la práctica estatal es uno de los elementos que conforman la costumbre internacional. Si bien dicha práctica se manifiesta de diversas formas, en esta sección solo se revisan las legislaciones nacionales de Estados que expresan su voluntad acerca de la penalización del reclutamiento de niños y niñas, o de aquellos que hace tiempo consideraron que las violaciones a la prohibición de actos que afectan a los menores de edad no deberían quedar impunes en el contexto de un CANI. No hay que perder de vista que este elemento objetivo se relaciona con el elemento subjetivo que se analiza más adelante.

¹⁹⁴ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS - CIJ. *Derecho Internacional y Lucha contra la impunidad. Guía para profesionales No. 7*. Ginebra: CIJ, 2014, pp. 414-415.

¹⁹⁵ DE FROUVILLE, Olivier. *Droit International Pénale*. París: Editions A. Pedone, 2012, p. 35.

2.1.1 Legislaciones nacionales

En la Conferencia Diplomática de 1949, se trató la responsabilidad penal individual por la violación del artículo 3 común. En ese entonces, hubo Estados que se pronunciaron a favor de que su violación era un crimen de guerra, aunque todavía eran pocos.¹⁹⁶ En adelante, serían los Estados los que iniciarían procesos por violaciones graves a las normas del DIH, siguiendo los códigos penales.¹⁹⁷ Dicho de otro modo, la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra en un CANI surgió a partir de la práctica estatal.

Sobre ello, cabe mencionar los Estados que penalizaron la comisión de crímenes de guerra en el contexto de un CANI. Así, Finlandia y Suecia tipificaron, en sus códigos penales de 1986 y 1987, respectivamente, la violación de una norma de DIH consuetudinario o convencional, incluidos los crímenes de guerra en un CAI o en un CANI¹⁹⁸. Mientras tanto, en el caso de Noruega, en 1981 se enmendó el Código Penal Militar y se estableció:

Cualquier persona que contravenga o sea cómplice de la infracción de las disposiciones relativas a la protección de personas o bienes establecida en [...] los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 [...] [y en] los dos protocolos adicionales a estos convenios [...] es susceptible de encarcelamiento.¹⁹⁹

Posteriormente, se sumaron otros Estados. Bélgica, a través de una ley en 1993, determinó que algunas violaciones graves del DIH cometidas en un CANI – especialmente los actos que atentaban contra las personas que se encuentran bajo la protección de los Convenios de Ginebra o sus protocolos adicionales– eran crímenes de guerra.²⁰⁰ Otro ejemplo es el Código Penal español, el cual, en

¹⁹⁶ Op. cit., CAMERON y otros, párr. 871.

¹⁹⁷ PERNA, Laura. *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed-Conflicts*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 144.

¹⁹⁸ GRADITZKY, Thomas. “La Responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 23, n°. 145, 1998, p. 34.

¹⁹⁹ Traducción de la autora. El texto original dice: “Anyone who contravenes or is accessory to the contravention of provisions relating to the protection of persons or property laid down in ... the Geneva Conventions of 12 August 1949 ... [and in] the two additional protocols to these Conventions ... is liable to imprisonment”. Código Penal Militar de Noruega, 1902. En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136

²⁰⁰ Op. cit., GRADITZKY, p.3.

1995, tipificó las violaciones del DIH en cualquier tipo de conflicto armado, e incluyó la protección de las personas en virtud de convenios internacionales como el PA II.²⁰¹

Hubo otro grupo de Estados que se basaron en la violación de normas o principios generales del derecho internacional para establecer la responsabilidad penal individual. Ese fue el caso de Dinamarca: a través de una enmienda en 1978, estableció en su Código Penal Militar que toda persona que violara normas generales del derecho internacional en contexto de guerra recibiría una pena.²⁰² Más tarde, en su código de 2005, incorporó el supuesto de violación al derecho consuetudinario²⁰³.

En cuanto a la protección de menores de edad, ciertos Estados penalizaron las infracciones a las disposiciones internacionales que brindan una protección especial para los niños; tal fue el caso de Argentina²⁰⁴. Además, hay que diferenciar otros Estados que fueron más específicos y penalizaron explícitamente el reclutamiento de niños como un crimen de guerra en un CANI antes y después del Estatuto de Roma, un tratado de codificaba el crimen de reclutamiento. Colombia fue uno de los Estados que, mediante la Ley de Cooperación Judicial en 1997, penalizó el reclutamiento de menores de 18 años para cualquier persona que cometiera dicha infracción, e impuso una pena de cinco años antes del Estatuto de Roma.²⁰⁵

Por otro lado, entre los países que adoptaron cambios a partir de la adopción del Estatuto de Roma se tienen a Azerbaiyán, cuyo Código Penal estableció en 1999 que el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas era un crimen de guerra;²⁰⁶ y a Bielorrusia, donde el Código Penal calificó al reclutamiento de

²⁰¹ Código Penal Español. Ley 10/1995 de 23 de noviembre de 1995. Citado en PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo. *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*. Lima: ARA, 2008, p. 467.

²⁰² REINO DE DINAMARCA. Militar Criminal Code of Denmark, 1973. En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136

²⁰³ REINO DE DINAMARCA. Militar Criminal Code of Denmark, 2005. En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136

²⁰⁴ Draft Code of Military Justice (1998), Article 292 citado en HENCKAERTS, Jean-Marie. *Customary International Humanitarian Law. Volume II: Practice – Part 1 and Part 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 3113.

²⁰⁵ Artículo 13 y 14. Law on Judicial Cooperation, 1997. En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136

²⁰⁶ Criminal Code (1999). Article 116.0.5 citado en HENCKAERTS, op. cit., p. 3113.

niños en las fuerzas armadas como un crimen de guerra.²⁰⁷ Asimismo, la Ley de los Convenios de Ginebra de Irlanda (1962), enmendada en 1998, establece que cualquier “‘infracción menor’ de los Convenios de Ginebra de 1949, [...] incluidas las violaciones del artículo 77 (2), así como cualquier ‘contravención’ del Protocolo Adicional II de 1977, incluidas las violaciones del artículo 4 (3) (c), son delitos punibles”.²⁰⁸ Finalmente, Georgia estableció que cualquier crimen de guerra previsto por el Estatuto de la CPI que no se mencione en su código debe ser considerado como tal, incluso en un CANI.

Sobre la base de estos ejemplos de práctica estatal, se puede evidenciar una fuerza que tiende a la penalización de los crímenes de guerra en un CANI en los años 80 y se consolida en la década de los 90; ello, teniendo en cuenta que “la práctica seguida por un pequeño número de Estados puede crear una norma consuetudinaria si no hay práctica contraria a la misma”.²⁰⁹ En adelante, esa línea argumentativa fue seguida por el TPIY, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), y el Tribunal Especial de Sierra Leona (TESL), con lo que prevalece la inexistencia de una práctica contraria.²¹⁰

2.2 Desarrollo de la *opinio iuris*

Como se constató en el capítulo anterior, otro de los elementos de la costumbre es la *opinio iuris*, la cual se puede materializar, entre otras formas, por medio de la jurisprudencia de tribunales internacionales o las resoluciones de organismos internacionales. A continuación, se desarrollan tales instrumentos en relación con la criminalización del reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación en las hostilidades.

²⁰⁷ Criminal Code (1999), Article 136(5). citado en *ibíd.*, p. 3113.

²⁰⁸ Traducción de la autora. El texto original dice: “‘minor breach’ of the 1949 Geneva Conventions, including violations of Article 50 of the Geneva Convention IV, and of the 1977 Additional Protocol I, including violations of Article 77(2), as well as any ‘contravention’ of the 1977 Additional Protocol II, including violations of Article 4(3)(c), are punishable offences”. *Ireland. Geneva Conventions Act, 1962.* En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136

²⁰⁹ *Op. cit.*, MILLÁN, p. 90.

²¹⁰ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE - SCSL, Norman Appeals Chamber Decision, para 49, citado en RAUTER, Thomas. *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege.* Springer, 2017, p.136.

2.2.1 La responsabilidad penal individual por la comisión del crimen de reclutamiento y participación en las hostilidades de menores de 15 años

No hay duda de que se pueden cometer crímenes de guerra en los CAI, dada su referencia explícita en el artículo 85.5 del PA I, el cual dispone que “sin perjuicio de la aplicación de los convenios y del presente protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra”. Asimismo, los Convenios de Ginebra afirmaron que las “infracciones graves” deben ser perseguidas, sancionadas y juzgadas en el marco de los CAI; esto se ve regulado en el artículo 49 del convenio I, en el artículo 50 del convenio II, en el artículo 129 del convenio III y el artículo 146 del convenio IV.²¹¹

De otra parte, los crímenes de guerra en contexto de CANI no han sido respaldados explícitamente en los Convenios de Ginebra o en sus protocolos adicionales, y tampoco la obligación de su penalización a nivel estatal; ello, por las razones que se explican a continuación. En primer lugar, porque tanto en el artículo 3 común como en el PA II no existe ninguna referencia a la imputación de las violaciones graves en un CANI, ni se menciona la categoría de crímenes de guerra; y segundo, porque, como indicó Graditzky, la aplicación de las violaciones graves para algunos, en estos tipos de conflicto, significa atentar contra la soberanía del Estado.²¹² De ahí que el análisis se centre en la penalización de crímenes de guerra en un CANI, es decir, de las violaciones graves a normas del DIH y, específicamente, la penalización del reclutamiento y la participación de niños y niñas en las hostilidades.

No obstante, si se considera la falta de regulación explícita en instrumentos convencionales, resulta de vital importancia analizar la penalización de crímenes internacionales más allá de la vinculatoriedad de un tratado. De hecho, antes de la adopción del Estatuto de Roma, Meron, exmagistrado del TPIY y expresidente del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales, había

²¹¹ Convenio I. Artículo 49: Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. (...). La misma redacción se encuentran en el artículo 50 del Convenio II, artículo 129 del Convenio III y el artículo 146 del Convenio IV.

²¹² Op. cit.

analizado la obligación de criminalizar las violaciones graves del DIH en los CANI. Él sostuvo que ello se podría alcanzar mediante tres formas:

La primera, eliminar la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales, aplicando el mismo cuerpo normativo a todo tipo de conflicto armado; la segunda consistiría en aumentar por vía convencional el contenido de las normas aplicables en conflictos armados no internacionales; y la tercera, hacer uso del derecho consuetudinario para extender el alcance de las normas aplicables e imputar su violación a los individuos. (p. 353)

En ese caso, se opta por la tercera vía. Más aún, cabe recordar que, conforme lo establecido en la Resolución 3074 (XXVIII) de 1973 de la AG, cuando se trata de crímenes de guerra, estos tienen que ser investigados independientemente de dónde y cuándo se cometieron. Por ello, la presente sección se aboca al análisis de la responsabilidad penal individual por la comisión del crimen de guerra de reclutamiento de menores de 15 años en un CANI en el marco del derecho internacional consuetudinario. Por tanto, el presente análisis se centra en el periodo anterior a la entrada en vigor el Estatuto de Roma; es decir, antes de 1998, cuando se constató que dicho instrumento convencional también aplicaba el derecho consuetudinario.

2.2.1.1 Responsabilidad penal individual por la violación del DIH

Tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, se estableció el TMIN para juzgar las atrocidades cometidas por los criminales del Eje (encabezado por los nazis). Sin lugar a dudas, el establecimiento de este tribunal fomentó el desarrollo del DPI. Efectivamente, los juicios de Núremberg permitieron constatar que las violaciones graves al DIH no necesariamente requieren una base jurídica en el derecho convencional para ser juzgadas y sancionadas, sino que puede existir una base en la costumbre internacional.²¹³ De hecho, este Tribunal sancionó a los miembros de las fuerzas armadas nazis por distintas acciones; entre ellas, reclutar forzosamente a la población civil en los territorios ocupados²¹⁴. Al

²¹³ Op. cit., MELZER, p. 317.

²¹⁴ HELLER, Jon. *The Nuremberg Military Tribunal and the Origins of International criminal law*. Nueva York: Oxford, 2011, p. 217.

respecto, se señaló no solo la prohibición para reclutar a los habitantes por las fuerzas militares de manera directa o indirecta, sino que se afirmó que el empleo de coacciones y amenazas para obligar a otro a ingresar a las fuerzas armadas viola el derecho internacional.²¹⁵

Si bien los juicios de Núremberg se ejecutaron según un contexto de CAI, estos evidenciaron la posibilidad de juzgar y sancionar la comisión de crímenes contra los civiles, incluso en ausencia de una base convencional. En efecto, como señaló Tomuschat, los juicios de Núremberg que condenaron a criminales de guerra estaban dotados de “valores fundamentales” que primaron y fueron la base de la culpabilidad.²¹⁶

Ahora bien, además de considerar los juicios de Núremberg como precedentes del cumplimiento de la responsabilidad penal individual por la violación del DIH en el plano internacional, estos han servido también como una orientación para los tribunales internacionales o nacionales, los cuales son llamados a sancionar cuando se incurre en responsabilidad penal individual. De hecho, la práctica generada durante los juicios de Núremberg incentivó a que se iniciaran otros procesos por violaciones a las normas del DIH.

Pues bien, la jurisprudencia internacional puede ser útil no solo para la identificación del principio de responsabilidad penal en virtud del derecho internacional consuetudinario, sino que puede constituir en sí misma una importante práctica de la sanción de crímenes internacionales. De hecho, la jurisprudencia internacional cumple un rol importante como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.²¹⁷ De igual forma, el principio de responsabilidad penal individual por crímenes de guerra cometidos en un CANI pudo identificarse en los estatutos y jurisprudencias del TPIY, TPIR y TESL.²¹⁸ A partir de allí, se analiza el razonamiento que se usa para determinar las consecuencias penales según el derecho consuetudinario”.²¹⁹

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ Tomuschat citado en SCHLÜTTER, Birgit. *Development of customary international law. Theory and Practice of The International Court of Justice and The International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 113.

²¹⁷ *Op. cit.*, WOOD, pp.47-48.

²¹⁸ *Op. cit.*, MELZER, p. 312.

²¹⁹ *Op. cit.*, WOOD, pp.47-48.

2.2.1.2 Los aportes de los tribunales ad hoc

El hecho de que la penalización a las violaciones graves al DIH no se encuentre especificada en un instrumento convencional cuando se trata de un CANI, no significa que dichas violaciones no puedan ser juzgadas y sancionadas. En efecto, el derecho consuetudinario también sirve para definir los elementos de la penalización, más aún cuando existe evidencia de la ilegalidad de una conducta que debe ser castigada. Si se considera esto, además de la muestra representativa de la práctica de los Estados, se recurre al análisis realizado previamente por los TPIY y el TPIR (tribunales ad hoc) a efectos de determinar la existencia de normas consuetudinarias; en este caso, de la penalización del crimen de reclutamiento de menores, sujetos al principio de legalidad.

2.2.1.2.1 La responsabilidad penal individual por la violación del artículo 3 común según el TPIY

El TPIY fue creado por el Consejo de Seguridad²²⁰ y tuvo la competencia para juzgar a los responsables de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2)²²¹; de las violaciones de las “leyes y costumbres de la guerra” (artículo 3)²²²; del genocidio (artículo 4); y de los crímenes de lesa humanidad (artículo 5). Para los fines de este trabajo, se tiene presente lo desarrollado para enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones

²²⁰ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución S/RES/ 808*, Naciones Unidas, 22 de febrero de 1993.

²²¹ Estatuto del TPY. Artículo 2: El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha Convención: a) El homicidio intencionado; b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; c) Causar grandes sufrimientos intencionadamente, o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; d) La destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala; e) Obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas; f) Privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial; g) La expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal; h) La toma de civiles como rehenes.

²²² Estatuto del TPY. Artículo 3: El Tribunal Internacional tendrá el poder de procesar a las personas que violen las leyes o costumbres de guerra. Tales violaciones incluirán, pero no se limitarán a: (a) el empleo de armas venenosas u otras armas calculadas para causar sufrimiento innecesario; (b) destrucción indiscriminada de ciudades, pueblos o aldeas, o devastación no justificada por la necesidad militar; (c) ataque, o bombardeo, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas no defendidos, o edificios; (d) incautación, destrucción o daño deliberado de instituciones dedicadas a la religión, la caridad y educación, las artes y las ciencias, monumentos históricos y obras de arte y ciencia; (e) Saqueo de propiedad pública o privada.

del DIH cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991.²²³ En ese sentido, es importante resaltar lo expresado por el Secretario General de la ONU en cuanto a que el TPIY tenía el mandato de aplicar normas de DIH que formaran parte del derecho consuetudinario.²²⁴

Así, desde la adopción del estatuto del TPIY, se dejó claro que el Tribunal aplica las normas del DIH que forman parte del derecho consuetudinario; esto, a fin de respetar el principio *nullum crimen sine lege* (principio de legalidad en el DPI). Posteriormente, la Sala de Apelaciones del TPIY reinterpretaría su estatuto y afirmaría que el artículo 3 de este abarca el artículo 3 común, así como otras leyes y costumbres de la guerra. Dicha interpretación fue posible debido a que el artículo 3 de tal estatuto contiene una lista no exhaustiva de violaciones al DIH. Precisamente, la posibilidad de sancionar sobre la base del artículo 3 común fue aclarada por la Sala de Apelaciones en el caso *Tadic*, de la siguiente forma:

El artículo 3 es una cláusula general que cubre todas las violaciones del derecho humanitario que no se incluyen en el artículo 2 o que están cubiertas por los artículos 4 o 5, más específicamente: (i) violaciones de la Ley de La Haya sobre conflictos internacionales; (ii) infracciones de las disposiciones de los Convenios de Ginebra distintas de las clasificadas como "infracciones graves" por dichos convenios; (iii) violaciones del artículo 3 común y otras normas consuetudinarias sobre conflictos internos; (iv) violaciones de los acuerdos vinculantes para las partes en conflicto, consideradas como ley de tratados, es decir, acuerdos que no se han convertido en derecho internacional consuetudinario.²²⁵

²²³ Op. cit., *Resolución S/RES/827*.

²²⁴ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*. S/25704, 3 may 1993, par. 34.

²²⁵ Traducción de la autora. El texto original dice: "Article 3 is a general clause covering all violations of humanitarian law not falling under Article 2 or covered by Articles 4 or 5, more specifically: (i) violations of the Hague law on international conflicts; (ii) infringements of provisions of the Geneva Conventions other than those classified as "grave breaches" by those Conventions; (iii) violations of common Article 3 and other customary rules on internal conflicts; (iv) violations of agreements binding upon the parties to the conflict, considered qua treaty law, i.e., agreements which have not turned into customary international law". TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA - TPIY. *Prosecutor v Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 octubre de 1995, párr. 89.

Para llegar a esta afirmación, el TPIY identificó los principios fundamentales del DIH,²²⁶ los cuales subyacen a los elementos que constituyen el DPI. Para el juzgamiento de violaciones del artículo 3 común sobre la base del derecho consuetudinario, el TPIY aplicó un enfoque deductivo, aunque tuvo especialmente en cuenta las “consideraciones elementales de humanidad”, establecidas previamente en la sentencia de Nicaragua de la CIJ. Efectivamente, una de las referencias notables es que, en 1986, en la sentencia de Nicaragua, la CIJ aplicó el artículo 3 común, que contiene las “consideraciones elementales de humanidad”, y afirmó su naturaleza consuetudinaria. Igualmente, hay que aclarar que, en una opinión consultiva de 1951, la CIJ había señalado que dichos principios humanitarios han sido “reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin ningún vínculo convencional”.²²⁷

Como se recuerda, “las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública”, las cuales permitieron cubrir aquellas situaciones que no estuvieran consideradas por las normas convencionales, se remontan a la cláusula Martens. A partir de esta, como sostuvo Salmón, se evidenció que los “Estados codificaban normas consuetudinarias, ya existentes, fundadas en principios generales que mantienen su validez fuera del contexto convencional”.²²⁸ En ese sentido, el TPIY sostuvo:

Estos principios, cuyo objeto es el respeto a la dignidad de la persona humana, se desarrollaron como resultado de siglos de guerra y ya se habían convertido en el derecho consuetudinario en el momento de la adopción de los Convenios de Ginebra, porque reflejan los actos humanitarios más universalmente reconocidos. Estos (principios) fueron codificados en el artículo 3 común para constituir el núcleo mínimo aplicable a los conflictos internos, pero son tan fundamentales que se consideran que gobiernan los conflictos internos e internacionales.²²⁹

²²⁶ Hablar de los principios del DIH. Principio de humanidad. Buscar las redacciones pasado, ya se trabajó este punto

²²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA - CIJ. *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, p. 12.

²²⁸ Op. cit., SALMÓN, p. 38.

²²⁹ *Čelebići*, Appeals Chamber Judgment, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, para. 143 citado en SCHLÜTTER, op. cit., p. 227.

De este modo, el TPIY consideró que las disposiciones del artículo 3 común debían ser entendidas como normas mínimas (o “criterio mínimo”) que reflejaran el derecho consuetudinario.²³⁰ Asimismo, teniendo en cuenta que el artículo 3 común se basa en las “consideraciones elementales de humanidad”, este puede aplicarse tanto a un CAI como a un CANI.²³¹ Más aún, el TPIY dejó claro que “lo que es inhumano, y en consecuencia proscrito en las guerras internacionales, no puede ser sino inhumano e inadmisibles en una lucha civil”.²³² Siguiendo este razonamiento deductivo, el TPIY alegó que existía una base jurídica que permitía criminalizar los actos que atentaban contra la dignidad humana, es decir, para sancionar o penalizar los actos que violaran el artículo 3 común.

En ese sentido, en palabras de Meron, el TPIY se basó en los precedentes, en lugar de repetir un análisis del principio en cada caso;²³³ esto quiere decir que el TPIY no volvió a realizar un análisis detallado de la situación de la costumbre, sino que recogió lo establecido por la CIJ en cuanto al principio de humanidad.

Ahora bien, si las “consideraciones elementales de humanidad”, hoy “principio de humanidad”, preexisten al margen de los convenios, entonces incluso antes de la sentencia Tadic cualquier tribunal nacional o internacional podría haber aplicado ese razonamiento. En ese sentido, dichas instituciones podrían haber dado garantía a las normas consuetudinarias basadas en los principios generales del DIH. Por ello, la violación de la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años por parte de las fuerzas o los grupos armados, reinterpretado en el artículo 3 común a partir del artículo 4 del PA II (ver capítulo 1), reforzado con los avances en materia de responsabilidad penal en los CANI, podría generar una responsabilidad penal individual.

Por otro lado, el TPIY complementó su análisis con la referencia a los dos elementos de la costumbre. Como demostración de la práctica estatal, el TPIY empleó un caso ante el Tribunal Supremo de Nigeria, las legislaciones nacionales de Yugoslavia y Bélgica, y los manuales militares

²³⁰ Op. cit., CAMERON, y otros, párr. 514.

²³¹ Op. cit., TPIY, párr. 102.

²³² *Ibid.*, párr. 119.

²³³ MERON, Theodor. “Customary Humanitarian Law Today: From the Academy to the Courtroom”. En: CLAPHAM y GAETA, op. cit, p. 41.

correspondientes.²³⁴ Mientras tanto, para la *opinio iuris*, destacó las resoluciones 793 de 1992 y la 814 de 1993 del Consejo de Seguridad. Sin embargo, llama la atención que el TPIY no haya usado otras evidencias de la práctica estatal, porque, como señaló Perna, los Estados iniciaron procesos por las violaciones a las normas del DIH²³⁵ desde 1980.

En suma, es importante resaltar que el TPIY reafirmó la existencia de la responsabilidad penal individual por las violaciones al artículo 3 común en contextos de CANI sobre la base de la costumbre internacional; y, a su vez, agregó dos componentes: la justicia y equidad. Ello resulta particularmente evidente cuando el TPIY afirma:

El derecho internacional consuetudinario impone una responsabilidad penal para las violaciones graves al artículo 3 común, complementado por otros principios y normas generales sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, y para los ataques contra algunos principios y normas fundamentales relativas a los medios y métodos de combate en los conflictos civiles. [...] La idea de que las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario que regula los conflictos armados internos conllevan la responsabilidad penal individual se justifica también plenamente desde el punto de vista básico de la justicia y equidad.²³⁶

Específicamente, el TPIY indicó que las violaciones graves al artículo 3 común pueden deberse a la falta de protección a las víctimas o por transgredir las reglas sobre los medios o métodos de combates; sin embargo, en ambos casos se genera una responsabilidad penal.²³⁷ Asimismo, añadió el elemento de la justicia, la cual se refleja en la no afectación de los valores fundamentales que la comunidad protege. Este criterio resulta trascendental porque, como indicaron Henckaerts y Doswald-Beck, la violación a la norma del DIH no necesariamente

²³⁴ Op. cit., TPIY, párr. 118.

²³⁵ Op. cit., PERNA, p. 144.

²³⁶ Op. cit., TPIY, párr. 134-135.

²³⁷ GUTIÉRREZ, Hortensia. "La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales". En: *International Review of the Red Cross*, n°. 861, marzo 2006, p.13.

debe producir la muerte o las lesiones físicas, aunque sí origine angustia y ansiedad en las víctimas.²³⁸

No obstante, la posibilidad de penalizar las violaciones del artículo 3 común conlleva a la necesidad de indicar criterios para ello. En consecuencia, la Sala de Apelaciones del TPIY estableció cuatro requisitos para enjuiciar el artículo 3 común en virtud del artículo 3 de su estatuto:

- 1) La violación debe constituir una violación de una norma de DIH;
- 2) la norma debe ser de naturaleza consuetudinaria o convencional;
- 3) la violación debe ser “grave”, es decir, una violación que atente contra los valores que la comunidad internacional protege y que acarree graves consecuencias para la víctima;
- 4) la violación de la norma debe generar una responsabilidad penal individual según el derecho consuetudinario o convencional.²³⁹

De esta forma, el TPIY no solo reconoce la posibilidad de criminalizar ciertos actos que violen el artículo 3 común y las normas de derecho internacional consuetudinario en los CANI, donde el análisis depende de cada caso en concreto, sino que se establece un procedimiento para operativizar su juzgamiento.

En relación con el cuarto requisito, la Sala indicó que la división entre los regímenes jurídicos aplicables para los CAI y CANI ha quedado obsoleta;²⁴⁰ sin embargo, dada la falta de regulación convencional para la penalización de las violaciones graves en contextos de CANI, como indicó Meron, el TPIY apuntó a asentar dicha base sobre el marco del derecho consuetudinario, aunque lo sujetó al respeto del principio de legalidad.²⁴¹ En una sección posterior se profundiza en este tema.

²³⁸ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Comité Internacional de la Cruz Roja - CICR, 2007, p. 645.

²³⁹ Op. cit., TPIY, párr. 94.

²⁴⁰ *Ibid.*, párr. 97-98.

²⁴¹ MERON, Theodor. “Customary Humanitarian Law Today: From the Academy to the Courtroom”. En: CLAPHAM y GAETA, op. cit., p. 43.

En consecuencia, desde el punto de vista de la jurisprudencia del TPIY, se puede confirmar que las violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra generan una responsabilidad penal individual en virtud del derecho internacional consuetudinario sobre la base de un razonamiento al cual las cortes nacionales pudieron haber recurrido antes de la sentencia de Tadic para sustentar las consecuencias penales. El enjuiciamiento y la sanción a los actos prohibidos del artículo 3 común se justifican por el principio de humanidad o el respeto a la dignidad humana que preexiste a los tratados; más aún, la jurisprudencia del TPIY reafirma los elementos de la base consuetudinaria de la responsabilidad penal individual al analizar el pronunciamiento de los Estados, sus manuales militares y, de forma complementaria, las decisiones judiciales.

Teniendo en cuenta lo anterior, y siguiendo la posición, antes desarrollada, de que las garantías fundamentales para los niños y niñas están cubiertas por el artículo 3 común, la jurisprudencia del TPIY sirve para confirmar la responsabilidad penal de su violación. Los menores han gozado de esa protección al menos, según el derecho internacional consuetudinario, desde finales de los 70 e inicios de los 80, como se demostró en el capítulo 1.

2.2.1.2.2 La responsabilidad penal individual por la violación del artículo 4 del PA II según el TPIR

El TPIR fue creado mediante la Resolución 955 del Consejo de Seguridad el 8 de noviembre de 1994. En su estatuto, se estableció la competencia para juzgar, por la comisión de genocidio (artículo 2), los crímenes contra la humanidad (artículo 3) y las violaciones del artículo 3 común y del PA II (artículo 4).²⁴² Estos fueron llevados a cabo en el territorio de Ruanda entre el 1 de enero de 1994 y

²⁴² Artículo 4 del Estatuto del TPIR: El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves del Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas en tiempos de guerra, y al protocolo adicional II a dichas Convenciones del 8 de junio de 1977. Tales violaciones comprenden sin ser taxativa: a) Los atentados contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, en particular el asesinato, así como los tratamientos crueles como la tortura, las mutilaciones o toda forma de castigos corporales; b) Los castigos colectivos; c) La toma de rehenes; d) Los actos de terrorismo; e) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratamientos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor; f) El pillaje; g) Las condenas excesivas y las ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal constituido regularmente y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. h) Las amenazas de cometer los actos precitados.

el 31 de diciembre de 1994.²⁴³ Como sostuvieron Alexander Zahar y Göran Sluter, este Tribunal también prefirió aplicar el derecho internacional consuetudinario²⁴⁴.

Para empezar, el TPIR concuerda con la afirmación del TPIY en cuanto a que las prohibiciones del artículo 3 común forman parte del derecho consuetudinario. Sin embargo, el TPIR precisó que el artículo 4 del PA II, al complementar el artículo 3 común, también tiene lugar en la costumbre internacional. Al respecto, en el caso Akayesu, la Sala de Apelaciones manifestó:

All of the guarantees, as enumerated in article 4 reaffirm and supplement common article 3 and, as discussed above, common article 3 being customary in nature, the Chamber is of the opinion that these guarantees did also at the time of the events alleged in the indictment form part of existing international customary law.²⁴⁵

Ahora bien, para fundamentar la responsabilidad penal individual por la violación del artículo 4 del PA II, se recurre al derecho consuetudinario. La Sala de Apelaciones del TPIR afirmó:

[...] La lista de violaciones graves que se proporciona en el artículo 4 del estatuto se toma del artículo 3 común, que contiene prohibiciones fundamentales como un mínimo humanitario de protección para las víctimas de la guerra, y el artículo 4 del Protocolo Adicional II, que describe igualmente las "garantías fundamentales". La lista en el artículo 4 del estatuto comprende, por lo tanto, violaciones graves de las garantías humanitarias fundamentales que, como se ha dicho anteriormente, se reconocen como parte del derecho internacional consuetudinario. En

²⁴³ El TPIR también tenía competencia para juzgar a los ciudadanos ruandeses por genocidio u otras violaciones de esa naturaleza que podrían cometer en los Estados vecinos. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución S/RES/955*, Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994.

²⁴⁴ ZAHAR, Alexander y SLUITER, Göran. *International Criminal Law. A critical introduction*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 88.

²⁴⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA - TPIR. *Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu. Case No. ICTR-96-4-T, Judgement*. 2 september 1998, párr .610.

opinión de la Sala, está claro que los autores de tales violaciones atroces deben incurrir en responsabilidad penal individual por sus actos.²⁴⁶

Lo anterior se condice con el hecho de que el artículo 3 común ya era considerado de naturaleza consuetudinaria, y su violación genera una responsabilidad penal individual por atentar contra valores fundamentales que conllevan a graves consecuencias para las víctimas. En esa línea, el secretario general sostuvo:

En este último contexto [el conflicto en Ruanda], el Consejo de Seguridad ha decidido adoptar un criterio más amplio para la elección del derecho aplicable que el adoptado en el caso del estatuto del Tribunal para Yugoslavia y ha incluido en la competencia del Tribunal para Ruanda en razón de la materia instrumentos internacionales, [...] y, por primera vez, tipifica los actos enumerados en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.²⁴⁷

Los actos prohibidos en el artículo 3 común se desarrollan con mayor detalle en el artículo 4 del PA II.²⁴⁸ Con respecto de este último, incluso antes de la sentencia de Akayesu, parte de la doctrina ya afirmaba:

[E]l respeto de las garantías fundamentales del Protocolo Adicional II implica una conducta individual y obviamente es una cuestión de preocupación fundamental. Se sugería que un tribunal penal internacional podría aplicar las disposiciones del Protocolo II como derecho penal".²⁴⁹

²⁴⁶ Traducción de la autora. El texto original dice: "(...) The list of serious violations which is provided in Article 4 of the Statute is taken from Common Article 3 - which contains fundamental prohibitions as a humanitarian minimum of protection for war victims - and Article 4 of Additional Protocol II, which equally outlines "Fundamental Guarantees". The list in Article 4 of the Statute thus comprises serious violations of the fundamental humanitarian guarantees which, as has been stated above, are recognized as part of international customary law. In the opinion of the Chamber, it is clear that the authors of such egregious violations must incur individual criminal responsibility for their deeds". TPIR. *Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu. Case No. ICTR-96-4-T, Judgement*. 2 september 1998, para. 616.

²⁴⁷ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *Informe presentado por el Secretario General en cumplimiento del párrafo 5 de la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad. Resolución S/1995/134*. Naciones Unidas, 13 de febrero de 1995, párr. 12.

²⁴⁸ Op. cit., KOLB y HYDE, p. 262.

²⁴⁹ Theodor Meron citado en UNIVERSITY OF TORONTO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC AND INTEREST INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS ORGANIZATIONS. *Amicus Curiae Brief*, p. 22.

En ese sentido, la sentencia de Akayesu podría entenderse como el corolario de los desarrollos en la doctrina sobre la posibilidad de que tribunales internacionales puedan aplicar el PA II como derecho penal.

Asimismo, como indicó Meron, el artículo 4 del Estatuto de Ruanda no crea una nueva categoría de violaciones. Por el contrario, cuando se trata de una prohibición con carácter inequívoco de la comisión de actos graves y la afectación de valores fundamentales que la comunidad internacional salvaguarda, la criminalidad de dichos actos no debería ponerse en duda.²⁵⁰ Como se observa, la posibilidad de juzgar las violaciones del DIH en un CANI queda esclarecida gracias a la creación de los tribunales ad hoc.²⁵¹ En esa misma línea, el Consejo de Seguridad consideró que podía aplicarse el principio de jurisdicción universal a las violaciones graves del DIH en un CANI.²⁵²

Ahora bien, la protección de los niños y niñas en situación de reclutamiento está incluida en el artículo 4 del PA II de forma general y especial. Dado que su violación genera una responsabilidad penal individual, según el derecho internacional consuetudinario, la transgresión de dicha prohibición también conlleva dicha responsabilidad. En otras palabras, la “prohibición del reclutamiento constituye una garantía fundamental y aunque no esté enumerada en los estatutos del TPIY y TPIR, comparte la misma gravedad que las violaciones allí enumeradas”.²⁵³

Así, los fallos de los tribunales ad hoc refuerzan la naturaleza de crimen de guerra del reclutamiento en un CANI, puesto que, como se recuerda, tanto el PA II como la CDN regulan la prohibición del acto. Más aún, con la adopción de la CDN en 1989 se reconoce la necesidad de aprobar medidas legislativas y administrativas para respetar los derechos de los niños y niñas (artículo 4), incluida la criminalización del reclutamiento.²⁵⁴

Lo dicho hasta aquí supone que la violación de la prohibición del reclutamiento de niños y niñas en un CANI incluye una responsabilidad penal individual, es

²⁵⁰ Op. cit., MERON, p. 562.

²⁵¹ Op. cit., PÉREZ-LEÓN, p.455.

²⁵² *Ibid.*, p. 455.

²⁵³ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE - SCSL. *Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (Child recruitment)*. Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), 31 may 2004, párr. 39.

²⁵⁴ UNICEF. *Amicus Curiae Brief*, p. 4.

decir, se trata de una prohibición de carácter penal aplicable a un CANI. La criminalidad de la norma que prohíbe el reclutamiento calza dentro de los parámetros establecidos para la criminalidad del artículo 3 común y del artículo 4 del PA II, lo cual fue confirmado por los tribunales ad hoc en virtud del derecho consuetudinario. En ese sentido, no hay que perder de vista que, desde inicios de los 80 en adelante, existía una base legal para sancionar el reclutamiento; esto fue corroborado por la jurisprudencia del TESL.

2.2.1.3 El primer juzgamiento del reclutamiento de niños y niñas conforme al TESL

El TESL fue creado el 16 de enero de 2002 por un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona, a pedido de este último.²⁵⁵ El TESL tenía competencia para enjuiciar a las personas que habían cometido crímenes de lesa humanidad o violado el artículo 3 común o el PA II, entre otras graves violaciones al DIH. De hecho, fue el primer tribunal en incluir bajo su jurisdicción, de manera explícita, el delito de reclutar y usar a menores de 15 años en fuerzas o grupos armados.²⁵⁶ Así, el artículo 4, literal C de su estatuto establece lo siguiente: “Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities”.

Uno de los casos sobre reclutamiento de menores presentados fue el de Sam Hinga Norman; este fue el primer acusado del crimen de reclutamiento de niños menores de 15 años. Antes del comienzo del juicio, la defensa presentó una moción preliminar donde se alegaba que el TESL no tenía jurisdicción para juzgar al acusado por el crimen de reclutamiento de niños.²⁵⁷ La defensa presentó los siguientes argumentos: a) el crimen del reclutamiento de menores no formaba parte del derecho consuetudinario en el momento en que presuntamente se habían cometido los hechos; b) el artículo 4 del estatuto violaba el principio *nullum crimen sine lege*; y c) el Estatuto de Roma de la CPI tipificaba un nuevo delito de reclutamiento, pero no codificaba el derecho

²⁵⁵ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *S/RES/1315*, Naciones Unidas, 14 de agosto de 2000.

²⁵⁶ Traducción de la autora. El texto original del artículo 4 del Estatuto de Sierra Leona dice: “Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities”.

²⁵⁷ Op. cit., SCSL, párr. 1.

internacional consuetudinario. No obstante, la Sala de Apelaciones del TESL no aceptó los argumentos de la defensa. A continuación, se pasa a examinar cada uno de ellos.

Para refutar el primer argumento dado por la defensa, el TESL tenía que resolver la cuestión acerca de que el reclutamiento definido en el artículo 4.C de su estatuto era considerado un crimen bajo el derecho consuetudinario y estaba incluido dentro de la jurisdicción temporal del Tribunal, es decir, a partir del 30 de noviembre de 1996. Aquí cabe mencionar los precedentes que tomó este Tribunal para juzgar las normas del DIH según el derecho consuetudinario. De manera especial, se debe resaltar la autoridad y la importancia de las sentencias del TPIY, pues evidencia la influencia de este último sobre los tribunales posteriores como el TESL. Sin duda, se ha constatado una conexión entre el TPIY, el TPIR y el TESL.

Precisamente, la Sala de Apelaciones del TESL encontró que se cumplieron los cuatro requisitos establecidos en la jurisprudencia del TPIY sobre el juzgamiento y la sanción de una violación a la norma de DIH.²⁵⁸ En cuanto al primer requisito, se señaló que la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años por parte de las fuerzas o los grupos armados era una norma de DIH, consagrada explícitamente en el artículo 4 del PA II. No obstante, según el caso, esta también puede calzar dentro de la protección brindada por el artículo 3 común²⁵⁹, como se aprecia en el capítulo precedente.

En relación con el segundo requisito, en tanto que la norma debía tener naturaleza consuetudinaria o convencional, la Sala de Apelaciones señaló que, en virtud del cumplimiento de los instrumentos y convenios internacionales, se había generado una práctica estatal y un sentido de obligación que formaban una norma consuetudinaria que prohibía el reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años antes de 1996. Como ejemplo, se demostró la cantidad de

²⁵⁸ Como desarrollamos anteriormente, los cuatro requisitos son: 1) la violación debe constituir una violación de una norma de DIH; 2) la norma debe ser de naturaleza consuetudinaria o convencional; 3) la violación debe ser “grave”, es decir, una violación que atente contra los valores que la comunidad internacional protege y debe acarrear graves consecuencias para la víctima; 4) la violación de la norma debe generar una responsabilidad penal individual según el derecho consuetudinario o convencional .

²⁵⁹ Op. cit., SCSL, párr. 28.

Estados partes de los Convenios de Ginebra y del PA II, así como las ratificaciones de la CDN para ese entonces.²⁶⁰

Para el tercer requisito, en cuanto a si se trataba de una violación que atentara contra los valores protegidos por la comunidad internacional, la Sala de Apelaciones del TESL consideró que los delitos cometidos por Tadic eran igual de graves que el reclutamiento de niños y niñas. Al respecto, se afirmó que la protección de estos es de suma importancia, pues acarrea las consecuencias más atroces para ellos y ellas. Precisamente, el trato humano previsto para los menores en contextos de conflictos armados, o en el curso de un reclutamiento, está comprendido en el artículo 3 común.²⁶¹

Por último, el cuarto requisito, referido a la generación de una responsabilidad penal individual por la violación de la norma de DIH, según el derecho consuetudinario o convencional, la Sala de Apelaciones del TESL identificó que la ratificación generalizada de la CDN; la legislación que prohíbe y criminaliza el reclutamiento de niños; el informe de Machel; y el juzgamiento de las violaciones al artículo 3 común y al PA II por parte del TPIY y el TPIR eran evidencias suficientes para cumplir con este requisito.²⁶²

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede apreciar que el TESL argumentó la existencia de una responsabilidad penal individual por el reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años en un periodo anterior a su creación. Además, si bien se determinó su jurisdicción a partir de 1996 por una decisión política,²⁶³ lo cierto es que evidenció que para antes de 1996 ya existía una costumbre que

²⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 17-18.

²⁶¹ *Ibíd.*, párr. 28.

²⁶² Traducción de la autora. El texto original dice: "A norm need not be expressly stated in an international convention for it to crystallize as a crime under customary international law. What, indeed, would be the meaning of a customary rule if it only became applicable upon its incorporation into an international instrument such as the Rome Treaty? Furthermore, it is not necessary for the individual criminal responsibility of the accused to be explicitly stated in a convention for the provisions of the convention to entail individual criminal responsibility under customary international law". *Ibíd.*, párr. 38.

²⁶³ A pesar que el conflicto armado en Sierra Leona inició el 23 de marzo de 1991, el Secretario General propuso que el TESL tuviera jurisdicción desde el 30 de noviembre de 1996, ya que buscaba una fecha que no tenga connotaciones políticas, pero que abarque los crímenes más graves que se han cometido por todas las partes involucradas. Asimismo, fue un día en la que se firmó el Acuerdo de Paz de Abidján, el primer acuerdo entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido (RUF), el principal grupo armado de ese país. Véase en: MCDONALD, Avril. "Sierra Leone's shoestring Special Court". En: *IRRC March*, vol. 84, n.º. 845, 2002, p. 128.

permitía la criminalización de estos hechos. Puesto en un contexto más amplio, dicha determinación fue respaldada posteriormente en el Informe del Secretario General sobre el establecimiento del TESL. Así, se señaló lo siguiente:

The subject-matter jurisdiction of the Special Court comprises crimes under international humanitarian law and Sierra Leonean law. It covers the most egregious practices of mass killing, [...] abduction of thousands of children and adults, hard labour and forced recruitment into armed groups, looting and setting fire to large urban dwellings and villages. In recognition of the principle of legality, in particular *nullum crimen sine lege*, and the prohibition on retroactive criminal legislation, the international crimes enumerated, are crimes considered to have had the character of customary international law at the time of the alleged commission of the crime.²⁶⁴

De este modo, el TESL afirma que el juzgamiento del reclutamiento de niños y niñas ya formaba parte de la costumbre internacional a mediados de los años 90. Para ello, dicho Tribunal no solo se sirve de la práctica estatal y la *opinio iuris*, sino de la jurisprudencia de otros tribunales ad hoc. Se refleja, una vez más, que el TESL basa su postura al seguir el razonamiento de los tribunales que lo preceden. En relación con el segundo argumento de la defensa, esto es, que el artículo 4 del estatuto viola el principio *nullum crimen sine lege*, la Sala de Apelaciones del TESL afirmó:

Una norma no necesita estar expresamente establecida en una convención internacional para que cristalice como delito en virtud del derecho internacional consuetudinario. De hecho, ¿cuál sería el significado de una norma consuetudinaria si solo fuera aplicable después de su incorporación en un instrumento internacional como el Estatuto de Roma? Además, no es necesario para la responsabilidad penal individual del acusado esté explícitamente declarada en una convención para que

²⁶⁴ Op. cit., CONSEJO DE SEGURIDAD ONU, párr. 12.

las disposiciones de la convención impliquen responsabilidad penal individual bajo derecho internacional consuetudinario.²⁶⁵

Cabe agregar que la Sala de Apelaciones afirmó que la comunidad internacional tomó consciencia sobre la problemática de los niños soldados alrededor de los años 80. Asimismo, señaló que la mayoría de los Estados penalizaron la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años entre 1994 y 1996.²⁶⁶

Con respecto al tercer argumento de la defensa, es decir, la creación de un nuevo derecho por parte del Estatuto de Roma, la Sala de Apelaciones afirmó que este codifica las normas consuetudinarias y no crea una nueva norma, como se evidencia en los trabajos preparatorios²⁶⁷. En la sección “La CPI: situación actual del crimen de reclutamiento de niños y niñas y su participación en las hostilidades”, se profundiza sobre este punto.

En suma, la Sala de Apelaciones del TESL identificó a la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, a las resoluciones del Consejo de Seguridad –que condena la práctica de reclutamiento–, a la legislación nacional que prohíbe y criminaliza el reclutamiento, y al debate para incluir el delito de reclutamiento de menores de 15 años en el Estatuto de la CPI como pruebas suficientes para cumplir con los criterios y determinar la responsabilidad penal individual. Resulta difícil negar el impacto que la jurisprudencia de este Tribunal ha tenido en el desarrollo del derecho internacional, incluido lo relativo a la criminalización del reclutamiento de menores. En definitiva, el TESL reafirma la criminalización de la norma que prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años por parte de las fuerzas o los grupos armados según el derecho consuetudinario.

Lo expuesto hasta aquí contribuye a reconocer que el reclutamiento de niños menores de 15 años ya se constituía como una conducta punible, como un crimen de guerra, según el derecho consuetudinario. En la década de los 90, la

²⁶⁵ Traducción de la autora. El texto original dice: “A norm need not be expressly stated in an international convention for it to crystallize as a crime under customary international law. What, indeed, would be the meaning of a customary rule if it only became applicable upon its incorporation into an international instrument such as the Rome Treaty? Furthermore, it is not necessary for the individual criminal responsibility of the accused to be explicitly stated in a convention for the provisions of the convention to entail individual criminal responsibility under customary international law”. Op. cit., SCSL, párr. 38.

²⁶⁶ *Ibíd.*, párr. 50.

²⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 33.

base jurídica que posibilitaba reprimir penalmente a los que reclutaban apareció estaba consolidada. La jurisprudencia de los tribunales ad hoc, así como del TESL, representó un insumo para que las cortes nacionales pudieran juzgar y sancionar a los perpetradores que reclutaban a menores de 15 años como miembros de fuerzas o grupos armados.

2.2.1.4 El respeto al principio de legalidad en el derecho internacional

El principio de legalidad de los delitos (*nullum crimen sine lege*) es un principio del derecho penal que significa que para sancionar una conducta como un ilícito penal esta debe que estar tipificada en una ley como delito.²⁶⁸ Este principio abarca el derecho internacional, convencional o consuetudinario, y el nacional; en ese sentido, varios autores consideraron que la formula debería ser “*nullum crimen sine iure*”, dado que refleja más el alcance del mencionado principio.²⁶⁹ En palabras de Olásolo:

No debe ser un tipo específico de norma (en particular, una norma escrita con rango de ley) la que determine el carácter punible de una conducta; antes de su comisión solo exige que la misma sea constitutiva de delito conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del derecho penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional de que se trate.²⁷⁰

Como afirmó Bassiouni, el vocablo *iure* comprende “toda norma jurídica positiva”; así, los tribunales militares de Núremberg y Tokio influenciaron el reconocimiento y el contenido de este principio.²⁷¹ De esta manera, con el TMN, el principio de legalidad se tradujo en un principio de justicia y, posteriormente, se configuró como un derecho subjetivo individual, como se entiende hasta el día de hoy.²⁷²

²⁶⁸ Op. cit., CIJ, p. 412.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 415.

²⁷⁰ OLÁSULO, Héctor. “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”. En: *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1, 2013, p. 18.

²⁷¹ CASSESE, Antonio, GAETA, Paolo y JONES, Paola (editores). *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Oxford: University Press, 2002, pp. 733-743; PEZZOT, Romina. “Es la costumbre internacional una fuente tabú en el derecho internacional penal? Propuesta de un método de constatación de la costumbre internacional general de naturaleza penal”. En: *Derecho Penal*, vol. 4, n°. 7, 2018, p. 158.

²⁷² Op. cit., OLÁSULO, pp.22-25.

A nivel internacional, este principio fue positivizado en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 15 del PIDCP, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en otras normas internacionales.²⁷³ En el caso del artículo 15 del PIDCP, esta disposición señala lo siguiente:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Como se indica, el comportamiento puede ser ilícito según el derecho internacional o nacional; la doctrina señala que el inciso 2 de este artículo se centra en los crímenes internacionales: genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra y otras violaciones graves de derechos humanos, los cuales se encuentran proscritos por el derecho internacional consuetudinario.²⁷⁴ Aunque no resultaría difícil reconocer la ilicitud de una conducta mediante el derecho internacional de carácter convencional, es interesante plasmar cómo se establece dicha ilicitud a través del derecho internacional consuetudinario, a fin de no afectar el principio de legalidad.

²⁷³ Artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 99 del Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra de 1949 (III Convenio); artículo 67 del Convenio de Ginebra relativo a la protección Debida a las personas civiles en Tiempo de Guerra (IV Convenio), artículo 75.4.c del Protocolos Adicional I a los Convenios de Ginebra; artículo 6.2.c del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra; artículo 6.c del Estatuto del Tribunal de Núremberg; artículo 13 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996); artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; y artículo 12 de la Regulación No. 2000/15 de 6 de junio de 2000, sobre el establecimiento de paneles con jurisdicción exclusiva sobre las más serias ofensas criminales de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET)

²⁷⁴ Op. cit., CIJ, p. 422.

Como indicó Pezzot, existe un tabú en relación con la costumbre internacional como una fuente creadora de tipos penales, puesto que por “tratarse en esencia de una norma jurídica no escrita, es precisamente su propia naturaleza la que origina desconfianza e incertidumbre respecto de su verdadero carácter de derecho positivo”.²⁷⁵ Como se sabe, los tribunales ad hoc, al igual que el TESL, fueron creados de manera posterior a la comisión de los delitos sobre los que tuvieron jurisdicción; sin embargo, tales delitos tuvieron como fuente legal la costumbre internacional, y las defensas no pudieron alegar exitosamente la violación del principio *nullum crimen sine iure*.

Por otro lado, el TPIY afirmó que “el concepto de derecho internacional consuetudinario implica que sus reglas son jurídicamente vinculantes por ellas mismas y que no requieren que hayan sido explícitamente adoptadas por los Estados”.²⁷⁶ Asimismo, este resaltó que los modos de incriminación son diferentes en los sistemas penales nacionales e internacionales; en ese sentido, el TPIY valida la costumbre como fuente para ejercer su jurisdicción, de ahí que “la costumbre internacional es la única fuente de derecho internacional que permite cumplir con las exigencias del principio *nullum crimen sine iure*”.²⁷⁷ Para ampliar este aspecto, Mattarollo explicó:

El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional parte de una distinción fundamental entre la norma de comportamiento y la norma de represión. La costumbre puede dar nacimiento a la norma de comportamiento: un comportamiento se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica. [...] Dicho principio exige un texto, pero solamente para la norma de comportamiento y como prueba de la existencia de la costumbre. Esto es necesario para definir este comportamiento como criminal y no solo como ilícito, distinción que la costumbre no formulada en un texto, no siempre hace aparece en forma clara. Pero la norma de represión es una consecuencia de la norma

²⁷⁵ Op. cit., PEZZOT, p. 165.

²⁷⁶ Sala de 1ra. Instancia (II). Decisión sobre excepciones preliminares de 26 de mayo de 2004, El Fiscal c. Vojislav Seselj, Caso No. T-03-67-PT, párr. 15 citado en COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS - CIJ. *Derecho Internacional y Lucha contra la impunidad. Guía para profesionales No. 7*. Ginebra: CIJ, 2014, p. 438.

²⁷⁷ Op. cit., OLÁSULO, p. 31.

consuetudinaria de comportamiento. Exigir identificar de la misma forma una norma consuetudinaria de represión equivaldría a exigir una costumbre de la transgresión.²⁷⁸

En vista de ello, la identificación de la norma de comportamiento es más necesaria que la norma de represión; por ejemplo, la Sala de Apelaciones del TPIY, en el caso Galic, referida a una condena por aterrorizar a la población civil, determinó que la conducta en cuestión estaba claramente prohibida por el derecho internacional consuetudinario en el momento de su comisión; esto, tras examinar los trabajos preparatorios de los protocolos adicionales, las normas de *soft law*, los pronunciamientos oficiales y los manuales militares de los Estados.²⁷⁹

En suma, a pesar de que los tratados solo estipulan la prohibición de una conducta y no necesariamente definen su penalización, el derecho internacional consuetudinario ayuda a definir los elementos de la penalización.²⁸⁰ En palabras de Meron, los tribunales pueden aplicar un principio del derecho consuetudinario, pero no pueden crear nuevas prohibiciones penales.²⁸¹

En esa línea, el accionar de los tribunales se encuentra limitado por el principio de legalidad. La Sala de Apelaciones del TPIY, en el caso de Aleksovski, recalcó que el principio de legalidad “no impide que un tribunal, ya sea a nivel nacional o internacional, determine un problema a través de un proceso de interpretación y aclaración de los elementos de un particular crimen; ni impide que un tribunal confíe en decisiones anteriores que reflejan una interpretación sobre el significado que debe atribuirse a los ingredientes particulares de un delito”.²⁸²

En el caso de la penalización de las violaciones del artículo 3 común, como se vio, el TPIY reconoce la naturaleza consuetudinaria de las prohibiciones

²⁷⁸ MATTAROLLO, Rodlfo. “La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad” citado en COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS - CIJ. *Derecho Internacional y Lucha contra la impunidad. Guía para profesionales No. 7*. Ginebra: CIJ, 2014, p. 416.

²⁷⁹ ICTY. *Prosecutor v Stanislav Galic* (Judgment). ICTY-98-29-A, 30 November 2006 citado en MERON, Theodor. “Customary Humanitarian Law Today: From the Academy to the Courtroom”. En: CLAPHAM y GAETA, op. cit., p. 43.

²⁸⁰ *Prosecutor v Stanislav Galic*, párr. 83, citado en MERON, op. cit., p. 43.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 45.

²⁸² INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA - ICTY. *Aleksovski*, Appeals Chamber Judgment, IT-95-14/1-A, 24 March 2000, párr. 127 citado en *Amicus Curiae Brief*, op. cit., p.25.

previstas en dicho artículo; además, este determina su penalización al argumentar que dicho artículo recoge el principio de humanidad, el cual es un principio fundamental del DIH consuetudinario.

En ese sentido, el principio de legalidad se ve respetado ante la penalización de alguna conducta, según el artículo 3 común; de acuerdo con esta postura, el reclutamiento forzoso de niños y niñas menores de 15 años también podría encontrarse prohibido dentro del artículo 3 común tras la reinterpretación del artículo 4 del PA II, aunque tampoco habría afectado el principio de legalidad.

El TPIR también aplicó el derecho consuetudinario para la penalización del artículo 4 del PA II, la cual fue entendida como una extensión del artículo 3 común. De esa forma, el presunto autor del delito no puede sostenerse en el principio de legalidad, porque el reclutamiento de niños se establecía como un acto ilegal en el PA II de 1977. El mismo TPIR, en el caso *Prosecutor vs. Hadzihasanovic*, sostuvo:

[...] Para que el principio de legalidad sea respetado, basta que el potencial criminal haya conocido y podido prever que su conducta era punible en el momento de los hechos. Es irrelevante en este contexto que este comportamiento hubiera sido castigado como un acto o una omisión.²⁸³

Además, en el caso *Norman*, el TESL afirmó que el principio *nullum crimen sine iure* requiere los siguientes elementos: a) accesibilidad, pues cuando se ejecuta la conducta prohibida, la norma consuetudinaria que la declara punible debe ser suficientemente accesible para el imputado; y b) previsibilidad, dado que el imputado debe prever que podría incurrir en una responsabilidad penal si desarrolla su conducta. En ese orden de ideas, se debe traer a colación lo señalado por el Tribunal Especial para el Líbano (TSLI), el cual fue creado de conformidad con la ONU y la República Libanesa, a fin de juzgar a los presuntos

²⁸³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA - TPIY. *El Fiscal c. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura*. Decisión de 12 de noviembre. Caso No. IT-01-47-PT, párr. 62 citado en CIJ, op. cit., p. 439.

criminales del atentado de 14 de febrero de 2005 en Beirut.²⁸⁴ Entonces se señaló:

Al determinar la cuestión de la previsibilidad de un delito, [...] el derecho internacional consuetudinario no codificado puede dar a un individuo un aviso razonable de que una conducta podría comprometer su responsabilidad penal. Esta faceta del principio *nullum crimen* no debe sorprender: los crímenes internacionales son aquellos delitos que se consideran tan atroces y contrarios a los valores universales que toda la comunidad los condena a través de normas consuetudinarias.²⁸⁵

Por otra parte, el TSLI agregó:

[...] Aunque la inmoralidad o el carácter atroz de un acto no es un factor suficiente para justificar su tipificación como delito según el derecho internacional consuetudinario, no obstante, se puede utilizar para refutar cualquier reclamo de la defensa de que no conocía de la naturaleza criminal.²⁸⁶

En esa misma línea, Chistopher Greenwood afirmó lo siguiente:

Ese principio [de legalidad] no excluye todo desarrollo del derecho penal a través de la jurisprudencia de los tribunales y cortes, siempre que esos desarrollos no penalicen la conducta que, en el momento en que se cometió, podría haberse considerado razonablemente legítima. Ese principio no se infringe cuando la conducta en cuestión se reconocería universalmente como ilícita y solo existían dudas con respecto a si constituía un delito en virtud de un sistema jurídico particular.²⁸⁷

Al volver a lo desarrollado por el TESL, se reconoce que la prohibición y la punición del reclutamiento de niños y niñas ya formaba parte de la costumbre internacional en la década de los 90; y se debe añadir el deber fundamental de

²⁸⁴ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 1757 de 30 de mayo de 2007. Naciones Unidas, 2007.

²⁸⁵ Tribunal Especial para El Líbano. Sala de Apelaciones. Decisión interlocutoria relativa al derecho aplicable de 16 de febrero de 2011. Caso STL-11-O1/I, párr. 134.

²⁸⁶ Tribunal Especial para El Líbano. Sala de Apelaciones. Decisión interlocutoria relativa al derecho aplicable de 16 de febrero de 2011. Caso STL-11-O1/I, párr. 136.

²⁸⁷ GREENWOOD, Chistopher. "International Humanitarian Law and the Tadic case". En: *European Journal of International Law*, vol. 7, n°. 2, 1996, p. 281.

proteger los grupos vulnerables, en especial a los niños y niñas en los conflictos armados. Por tanto, la invocación al principio de legalidad era inadecuada, porque la penalización y el enjuiciamiento eran tan accesibles como previsibles.

2.2.2 El rol de la ONU en el marco de la criminalización del reclutamiento

En el marco de las organizaciones internacionales, las resoluciones también son pruebas de la existencia de una costumbre internacional; en este caso, se busca recoger el valor de las resoluciones de la ONU que reforzaron y ofrecieron pruebas con respecto a la criminalización del reclutamiento de niños y niñas. Asimismo, se debe reconocer que las resoluciones de las conferencias internacionales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja también demuestran la voluntad normativa de los Estados.

2.2.2.1 El trabajo de la AG

Las resoluciones de la AG cumplen un rol primordial en la determinación de la costumbre; estas pueden servir como “prueba del derecho internacional consuetudinario o para darle impulso”.²⁸⁸ Así, se concuerda con Chamberlain cuando este afirmó que las:

[...] Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas reflejan algunas cuestiones en las que existe un acuerdo internacional y un consenso sobre las obligaciones de los Estados y otros actores internacionales y nacionales, y por lo tanto la *opinio juris* [...].²⁸⁹

De esta forma, se pasa a constatar el rol activo que ha tenido la AG en relación con la criminalización del reclutamiento y el uso de niños soldados. En 1994, la AG, mediante su Resolución 48/157, *Protection of children affected by armed conflicts*, exhortó a los Estados miembros a respetar las disposiciones de los

²⁸⁸ Op. cit., WOOD, p. 36.

²⁸⁹ Traducción de la autora. El texto original dice: “Most importantly, these UNGA Resolutions reflect some issues in which there is international agreement and consensus on the obligations of States and other international and national actors, and thus *opinio juris*, in relation to children’s rights but also as regards States’ obligation to cooperate with the ICC”. CHAMBERLAIN, Cynthia. *Children and the International Criminal Court: analysis of the Rome Statute through a children’s rights perspective*. [Tesis doctoral]. 2014, p.81.

Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, así como la CDN.²⁹⁰ Más adelante, en 1996, la AG le recomendó al Secretario General de la ONU que nombrara a un experto independiente para que estudiara el impacto de los conflictos armados en los niños y niñas. Así, la Sra. Graça Machel, experta independiente, realizó este estudio y presentó su informe a la AG, el cual fue titulado *Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*.²⁹¹

Este fue el primer informe detallado sobre el fenómeno del niño soldado y los medios y métodos usados para violar sus derechos en contextos de conflictos armados. En el informe, se hizo un llamado para que los Estados brindaran un mayor grado de protección a los derechos de los niños y niñas mediante la adopción de diversas medidas. Una de estas últimas fue la promoción de medidas legislativas nacionales que garantizaran la aplicación de las disposiciones contenidas en los tratados referidos a la protección de los niños amenazados por conflictos armados.²⁹² Además, la experta advirtió que los Estados debían tipificar la violación sexual de niñas como un crimen de guerra, y juzgar y sancionar a los responsables civiles y militares.²⁹³

Igualmente, se mencionó que se debían establecer programas de apoyo y asesoramiento para las víctimas sobre sus derechos; y, por otro lado, se reiteró que la comunidad internacional debía censurar y calificar como deplorable cualquier justificación de la vulneración de sus derechos por parte de gobiernos o grupos opositores.²⁹⁴ No cabe duda de que el estudio de Machel permitió tener un panorama más claro de lo que acontecía, y este le dio un empujón a la adopción de medidas necesarias, a fin de detener la problemática de la participación de niños y niñas en los conflictos armados.

Posteriormente, la AG recomendó que el Secretario General nombrara a un Representante Especial encargado de este tema;²⁹⁵ por ello, en septiembre de 1997, el Secretario General nombró al Sr. Olara Otunnu como Representante

²⁹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución Aprobada por la Asamblea General. Protección de los niños afectados por los conflictos armados*. Resolución A/RES/48/157. Naciones Unidas, 7 de marzo de 1994.

²⁹¹ Op. cit., Resolución A/51/306,.

²⁹² Op. cit., Resolución A/51/306, párr. 240.

²⁹³ *Ibíd.*, párr. 110.

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 67

²⁹⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos del niño*. Resolución 51/77. Naciones Unidas, 20 de febrero de 1997.

Especial del Secretario General para los niños y los conflictos armados. Este se encargó de elaborar un plan de acción para enfrentar y combatir el reclutamiento de niños soldados. El 29 de junio de 1998, el Consejo de Seguridad se reunió para abordar el tema de los niños y los conflictos armados, y se invitó al Sr. Otunnu, quien expuso la trágica situación que los niños vivían por las guerras y propuso tomar medidas de prevención, protección y recuperación.

Como resultado de ello, los Estados miembros del Consejo de Seguridad coincidieron en que el uso de niños y niñas en las guerras significaba una violación al derecho internacional y, por lo tanto, debían reunir esfuerzos para garantizar que tales derechos se respetaran y que los crímenes cometidos contra ellos no quedaran impunes. Los primeros llamados para brindar protección a los menores en todas las circunstancias son los gobiernos de cada país, los cuales deben promulgar leyes no solo para prohibir su participación en los conflictos armados, sino para rehabilitarlos y reintegrarlos a la sociedad.²⁹⁶

Asimismo, la AG ha continuado instando a que los Estados respeten y apliquen las disposiciones de los instrumentos internacionales de los que son parte²⁹⁷. En particular, cabe resaltar su exhortación a que se adopten medidas para proteger a los menores de los efectos de los conflictos armados, incluso mediante el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones graves al DIH.²⁹⁸ Teniendo eso en cuenta, las resoluciones mencionadas deben resultar cruciales para evidenciar la *opinio juris* de los Estados sobre la existencia de la obligación de proteger a los niños en conflictos armados, la cual se incluye a través de la represión y el juzgamiento de quienes cometen los actos que violan las normas que los protegen.

2.2.2.2 Las resoluciones del Consejo de Seguridad

El 30 de agosto de 1996 se llevó a cabo la sesión 3694 del Consejo de Seguridad, en la cual se reunieron los Estados miembros para tratar la situación

²⁹⁶ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. 3696ª sesión. Orden del día: *Los niños y los conflictos armados*. S/PV.3694, 29 de junio de 1998.

²⁹⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos del niño*. Resolución A/RES/53/12. Naciones Unidas, 23 de febrero de 1999.

²⁹⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos del niño*. Resolución A/RES/54/149, 25 de febrero de 2000.

del conflicto armado en Liberia.²⁹⁹ Uno de los temas que se debatió fue la práctica del reclutamiento y el uso de los niños y niñas en situaciones bélicas.

Al respecto, la representación de Italia la calificó como un “crimen imperdonable”, con lo que se manifestó que se debía poner fin a ese comportamiento³⁰⁰. El representante de Guinea-Bissau también condenó el uso de niños en las guerras y lo consideró una acción repugnante³⁰¹. Del mismo modo, las delegaciones de Polonia y Chile estuvieron de acuerdo con reunir esfuerzos para cesar esta “práctica inhumana”³⁰². De otra parte, la delegación de los Estados Unidos también condenó el reclutamiento de niños³⁰³.

Este debate conllevó a que el Consejo de Seguridad aprobara la Resolución 1071 del 30 de agosto de 1996, donde se condenó la práctica de reclutamiento, adiestramiento y despliegue de niños en situaciones de combate. Posteriormente, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1083 del 27 de noviembre de 1996, que condenó, una vez más, el reclutamiento de menores de edad y exigía poner fin a esta práctica en Liberia.

Más adelante, el Consejo de Seguridad siguió pronunciándose con respecto a la situación de niños soldados mediante diversas resoluciones; así, la Resolución 1261 del 30 de agosto de 1999 condenó el reclutamiento y la utilización de niños en conflictos armados en violación del derecho internacional.³⁰⁴ Igualmente, se instó a que las partes involucradas en el conflicto armado cumplieran las obligaciones establecidas por los Protocolos Adicionales de 1977 y la CDN de 1989, y a que los Estados enjuiciaran a los responsables de las violaciones de los Convenios de Ginebra.³⁰⁵

²⁹⁹ En esta sesión, los Estados tuvieron que decidir sobre la prórroga del mandato de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en Liberia (UNOMIL por sus siglas en inglés) por un periodo de tres meses más, la cual tiene como mandato, entre otros, investigar sobre las violaciones del acuerdo de alto al fuego, así como verificar el cumplimiento del Acuerdo de Paz. LIBERIA-UNOMIL MANDATE. Disponible en: <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/unomilM.htm>

³⁰⁰ Op. cit., S/PV.3694, 30 de agosto de 1996, p. 6.

³⁰¹ *Ibíd.*, pp. 14-15.

³⁰² *Ibíd.*, p. 15.

³⁰³ *Ibíd.*, p. 16.

³⁰⁴ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *Resolución S/RES/126*. Naciones Unidas, 30 de agosto de 1999, párr. 2.

³⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 3.

La Resolución 1379 del 20 de noviembre de 2001 del Consejo de Seguridad estableció lo siguiente: “las partes de un conflicto armado tienen que respetar lo dispuesto en las normas internacionales, así como los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos Adicionales de 1977, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y su Protocolo Facultativo del 25 de mayo de 2000 y el Convenio 182 de la OIT”³⁰⁶ (párrafo 8). Además, se promovió a los Estados miembros a que enjuiciaran a los responsables de crímenes de guerra, y a que los abusos graves cometidos contra los niños fuera una temática abordada en los procesos de la verdad y la reconciliación.³⁰⁷

De esta forma, como lo demuestra la postura de los Estados, mediante sus votaciones en los órganos de la ONU para mediados de los años 90, existía una aceptación mayoritaria de que el reclutamiento y el uso de niños y niñas en un conflicto armado era un acto criminal y una violación al DIH y, por ende, no podía quedar impune.

En consecuencia, las resoluciones de la AG, del Consejo de Seguridad y de las conferencias internacionales son prueba del derecho consuetudinario. Como se observa, se trata de resoluciones emitidas a mediados de los años 90, las cuales evidencian que, para entonces, el reclutamiento y el uso de niños soldados ya se consideraba una violación al derecho internacional y, por tanto, los Estados tenían la obligación de castigar a los responsables. Todo ello también forma parte de la base jurídica existente para penalizar el reclutamiento y el uso de los menores en las hostilidades desde el derecho consuetudinario.

2.2.3 Resoluciones de conferencias internacionales: Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

Con respecto a las resoluciones de conferencias internacionales, si bien no cuentan con el mismo peso que las de la AG, también tienen una importancia considerable para la formación y la determinación de normas consuetudinarias³⁰⁸. Teniendo eso en cuenta, en el marco del DIH, cabe resaltar

³⁰⁶ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *Resolución S/RES/1379*. Naciones Unidas, 20 de noviembre de 2001, párr. 8.

³⁰⁷ *Ibíd.*, párr. 9.

³⁰⁸ Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial Relator Especial para la Identificación de la Costumbre Internacional de

las conferencias internacionales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Se trata de un espacio único internacional que junta los componentes de dicho movimiento con los Estados Partes en los Convenios de Ginebra para debatir y decidir sobre asuntos de carácter humanitario que afectan a todo el mundo. De ahí que las decisiones adoptadas sean relevantes, puesto que contribuyen a la consolidación del régimen jurídico del DIH.³⁰⁹

En ese sentido, se debe traer a colación la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 1995. En esta reunión, participaron los Estados Partes de los Convenios de Ginebra, el CICR, la FICR y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, entre otros actores dedicados a la tarea humanitaria. Uno de los asuntos que se abordó fue la condena del alistamiento y el reclutamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas o los grupos armados, pues se alegó que ello constituía una violación al DIH y, por ello, los responsables de tales actos debían ser castigados.³¹⁰

Asimismo, en 1999, se celebró la XXVII conferencia, donde los Estados acordaron implementar medidas, incluidas las penales, con la finalidad de acabar con el reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos armados. De esta forma, los Estados actúan en consonancia con sus obligaciones de DIH.³¹¹ En consecuencia, las resoluciones de las conferencias de la Cruz Roja y la Media Luna Roja en torno al DIH también forman parte de la determinación de la costumbre. Por tanto, cuando se realizaron las conferencias a mediados de los 90, la idea de la penalización del reclutamiento de menores de 15 años ya estaba consolidada.

la Comisión de Derecho Internacional. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución A/CN.4/682. Naciones Unidas, 2015, pp. 35-36.

³⁰⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA – CICR. “La Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, 16 de noviembre de 2015. En: <https://www.icrc.org/es/document/la-conferencia-internacional-de-la-cruz-roja-y-de-la-media-luna-roja>

³¹⁰ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. IHL *Database Customary IHL*. En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136

³¹¹ *Ibíd.*

2.3 La CPI: situación actual del crimen de reclutamiento de niños y niñas y su participación en las hostilidades

El Estatuto de Roma es un tratado internacional que entró en vigor el 1 de julio de 2002, al contar con un mínimo de 60 Estados Partes (artículo 26, numeral 1 del Estatuto de Roma).³¹² Efectivamente, este tratado crea la CPI, la cual fue instalada el 11 de marzo de 2003 en La Haya y cuenta con 18 jueces elegidos por la asamblea de los Estados Partes.³¹³ Cabe precisar que la CPI tiene una competencia complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (artículo 1 del Estatuto de Roma).

Asimismo, a diferencia de los tribunales penales internacionales ad hoc, los cuales han actuado con el rol auxiliar de los Estados, la CPI ejerce su jurisdicción ante la falta de actuación de los tribunales estatales.³¹⁴ Precisamente, se trata del primer tratado multilateral que tipifica el reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años y el uso de estos para participar activamente en las hostilidades como un crimen de guerra. Mediante el análisis de los trabajos preparatorios, se explica cómo el Estatuto de Roma se concreta, con lo que se codifica dicha práctica.

2.3.1 Del derecho consuetudinario a la codificación del crimen de reclutamiento en el Estatuto de Roma en un CANI

Para entender los orígenes del Estatuto de Roma, es necesario traer a colación el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (o simplemente Código de Crímenes) y el proyecto del Estatuto de la CPI (en adelante, proyecto de Estatuto). Luego de los juicios de Núremberg, en 1947, la AG encomendó a la CDI, mediante la Resolución 177 (II), la elaboración de un proyecto de Código de Crímenes. En 1954, la CDI presentó su primer proyecto, donde se establecieron como crímenes contra la paz y la seguridad los actos que violaban las leyes o costumbres de la guerra; sin embargo, este no abarcó

³¹² Artículo 126 numeral 1 del Estatuto de la CPI

³¹³ BURNEO, José. *Derecho Penal Internacional. Genealogía de los crímenes internacionales más graves*. Lima: Fondo editorial PUCP, 2017, p.104.

³¹⁴ *Ibíd.*, p. 120.

el tema de la aplicación de penas ni la jurisdicción internacional.³¹⁵ Así, tal propuesta no fue convincente, y la labor de la CDI se postergó; más aún si se considera que, en ese entonces, la situación internacional marcada por la Guerra Fría impidió el avance.³¹⁶

Acabada la Guerra Fría en 1989, la AG solicitó a la CDI que se ocupara del establecimiento de una CPI (Resolución 44/39 del 4 de diciembre de 1989); entonces, la CDI siguió con los trabajos de ambos pedidos en paralelo: el proyecto de Código de Crímenes y el proyecto de Estatuto. Para el desarrollo del primero, se presentaron proyectos en 1991 y 1994, pero fue en 1996 cuando la CDI adoptó el texto final del mencionado proyecto; en la versión de este, se reconocieron explícitamente las violaciones del DIH en un CANI y se incluyeron las vulneraciones del artículo 3 común y del artículo 4 del PA II.³¹⁷ Específicamente, en el artículo 20³¹⁸, se mencionaron varios actos que

³¹⁵ BURNEO, José. *Derecho penal internacional. Selección de textos*. Lima: Facultad de Derecho, PUCP, 2007; Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 1954. Disponible en: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_3_1954.pdf&lang=EF

³¹⁶ LIROLA, Isabel y MARTÍN Magdalena M. *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*. España: Ariel, 2001, p. 46.

³¹⁷ Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996. Artículo 20 f.

³¹⁸ Artículo 20: Cualquiera de los siguientes crímenes de guerra constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad

Cuando se comete de manera sistemática o en gran escala:

(a) cualquiera de los siguientes actos cometidos en violación del derecho internacional humanitario: (i) el asesinato voluntario; (ii) la tortura o el trato inhumano, incluidos los experimentos biológicos; (iii) causando deliberadamente grandes sufrimientos o lesiones graves al cuerpo o la salud; (iv) la extensa destrucción y apropiación de bienes, no justificada por la necesidad militar y llevado a cabo ilegalmente y sin sentido; (v) obligar a un prisionero de guerra u otra persona protegida a servir en las fuerzas de un poder hostil; (vi) privar voluntariamente a un prisionero de guerra u otra persona protegida de los derechos de justicia y prueba regular; (vii) deportación ilegal o transferencia de confinamiento ilegal de personas protegidas; (viii) toma de rehenes;

(b) cualquiera de los siguientes actos cometidos voluntariamente en violación del derecho internacional humanitario y causando la muerte o lesiones graves al cuerpo o la salud: (i) hacer que la población civil o los individuos civiles sean objeto de ataques; (ii) lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil u objetos civiles en el conocimiento de que tal ataque causará la pérdida excesiva de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos civiles; (iii) lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas en el conocimiento de que tal ataque causará la pérdida excesiva de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos civiles; (iv) convertir a una persona en objeto de ataque sabiendo que está fuera de combate; (v) el uso péfido del emblema distintivo de la cruz roja, la media luna roja o el león rojo y sol o de otros signos protectores reconocidos;

(c) cualquiera de los siguientes actos cometidos voluntariamente en violación del derecho internacional humanitario: i) la transferencia por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa; (ii) demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o civiles;

constituían crímenes de guerra; y, aunque no mencionaron el reclutamiento de niños y niñas y su participación en las hostilidades, esa lista no fue exhaustiva.

Sobre el proyecto de Estatuto, el proceso fue complejo: en 1992, la CDI creó un “grupo de trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional”, el cual hizo un primer proyecto. Después de examinar las propuestas, en 1994, en la sesión 46 de la CDI, finalmente se adoptó el proyecto del Estatuto de una CPI. El artículo 20, literal C, establecía que dicho Tribunal tendría jurisdicción sobre las “graves violaciones a las normas y costumbres aplicables a los conflictos armados”, así como las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y al PA I. La cuestión no se agotó allí, pues más adelante la AG reabrió el debate y convocó a un comité ad hoc para ahondar asuntos sustantivos y administrativos y continuar con el trabajo hacia el establecimiento de un tribunal penal internacional, el cual tenía como base el proyecto de Estatuto de la CDI.³¹⁹

Posteriormente, la AG decidió establecer un comité preparatorio encargado de la redacción de un texto para una convención sobre un tribunal penal

(d) Indignaciones por la dignidad personal en violación del derecho internacional humanitario, en particular trato humillante y degradante, violación, prostitución forzada y cualquier forma de ataque indecente;

(e) cualquiera de los siguientes actos cometidos en violación de las leyes o costumbres de la guerra: (i) el empleo de armas venenosas u otras armas calculadas para causar daños innecesarios

sufrimiento; (ii) destrucción gratuita de ciudades, pueblos o aldeas, o devastación no justificada por necesidad militar; (iii) ataque, o bombardeo, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios o de zonas desmilitarizadas; (iv) incautación, destrucción o daño deliberado de instituciones dedicadas a la religión, la caridad y la educación, las artes y las ciencias, los monumentos históricos y las obras de arte y ciencia; (v) saqueo de propiedad pública o privada;

(f) cualquiera de los siguientes actos cometidos en violación del derecho internacional humanitario aplicable en conflicto armado no de carácter internacional: (i) Violencia a la vida, salud y bienestar físico o mental de las personas, en particular el asesinato, así como los tratos crueles, como la tortura, la mutilación o cualquier forma de castigo corporal; (ii) los castigos colectivos; (iii) toma de rehenes; (iv) actos de terrorismo; (v) indignaciones por la dignidad personal, en particular el trato humillante y degradante, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de asalto indecente; (vi) pillaje; (vii) la aprobación de sentencias y la ejecución de ejecuciones sin previo juicio pronunciada por un tribunal constituido regularmente, que ofrece todas las garantías judiciales que son generalmente reconocido como indispensable; (g) en el caso de conflicto armado, utilizando métodos o medios de guerra no justificados por necesidades militares con la intención de causar daños generalizados, a largo plazo y severos al medio ambiente natural y, por lo tanto, perjudica gravemente la salud o la supervivencia de la población y se produce ese daño.

³¹⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución A/RES/49/53*. Naciones Unidas, 9 de diciembre de 1994.

internacional que podría ser adoptado por los Estados.³²⁰ En las sesiones de 1996, mediante un informe de dicho comité, se indicó que varias delegaciones habían coincidido en que el estatuto del tribunal penal codificara el derecho internacional consuetudinario; de hecho, se debía destacar la naturaleza consuetudinaria de los crímenes recogidos.³²¹

Al respecto, las delegaciones expresaron que dentro de la lista de delitos debían figurar, además de las violaciones al Convenio de la Haya de 1907 y 1954, aquellas infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del PA I, así como otras faltas graves de normas que formaban parte del derecho consuetudinario.³²²

Luego, en la sesión de febrero de 1997, el comité debatió sobre la definición del crimen de guerra. Se presentaron dos propuestas: una de la delegación de Estados Unidos, y otra de Nueva Zelanda y Suiza; ambas incluían las disposiciones de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común. Sin embargo, la propuesta de Nueva Zelanda-Suiza también incluía las disposiciones del PA II.³²³

El comité sostuvo varias reuniones para discutir las propuestas. Cabe mencionar que Alemania tuvo como iniciativa presentar un documento al “Grupo de trabajo encargado de las definiciones y elementos de los crímenes”, donde se proponía una lista de “other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely”; y en ella se incluía “forcing/recruiting children under the age of fifteen years to take direct part in hostilities”.³²⁴

³²⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución A/RES/50/46*. Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1995.

³²¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Volumen I (Actuaciones del Comité Preparatorio en los períodos de sesiones de marzo y abril y agosto de 1996). Suplemento N° 22. A/51/22. Nueva York, 13 de setiembre de 1996, párr. 54. En: <https://www.legal-tools.org/doc/76664a/pdf>

³²² *Ibíd.*, párr. 81.

³²³ VON HEBEL, Herman y ROBINSON, Darryl. “Crimes within the Jurisdiction of the Court” En: LEE, Roy S. (editor). *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 106.

³²⁴ WORKING GROUP ON DEFINITIONS AND ELEMENTS OF CRIMES. Reference Paper on War Crimes submitted by Germany, 12 diciembre de 1997. En: <http://iccnow.org/documents/GermanStatementonWarCrimes.pdf>

Así, el comité envió un proyecto de convención de 116 artículos, en el cual se incluía el delito de reclutamiento en la sección de “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”. Esto, teniendo en cuenta ciertas variantes: a) obligar a niños menores de 15 años a participar directamente en las hostilidades; b) reclutar a niños menores de 15 años en fuerzas o grupos armados o utilizarlos para que participaran activamente en las hostilidades; y c) reclutar a niños menores de 15 años en fuerzas o grupos armados o permitir que participaran en las hostilidades.³²⁵

Por otro lado, si se considera que el objetivo de la CDI era incluir los crímenes de carácter consuetudinario, se podría colegir que, al incluir el reclutamiento de menores de 15 años por parte de las fuerzas o los grupos armados, así como su participación en las hostilidades, el comité debía tener claro que tal delito gozaba en aquel momento de dicha naturaleza consuetudinaria y, por ende, dentro del marco del derecho internacional.

De otro lado, pese a las diferentes formas de tipificar el reclutamiento, se debe apreciar el consenso con respecto a que los menores de 15 años no debían ser reclutados o usados para participar en las hostilidades, aunque las posiciones cambiaban en cuanto a elevar la edad a 18 años. Al respecto, resulta revelador lo manifestado por Hernan Von Hebel y Darryl Robinson, quienes fueron representantes de las delegaciones de los Países Bajos y Canadá, respectivamente, en la Conferencia de Roma:

[...] Estados Unidos, en particular, consideró que no reflejaba el derecho internacional consuetudinario y era más una disposición de derechos humanos que una disposición de derecho penal. Sin embargo, la mayoría sentía firmemente que la conclusión estaba justificada por la aceptación casi universal de la norma, la violación de la cual justificaba la desaprobación más fundamental. Algunas delegaciones sugirieron elevar la edad relevante de 15 a 18 años, pero esto fue rechazado porque no

³²⁵ Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. A/CONF.183/2/Add.1, 14 DE ABRIL DE 1998, pp. 22-23.

había un apoyo adecuado para esto en el derecho internacional consuetudinario.³²⁶

Una vez concluidos dichos debates, en diciembre de 1997, la AG impulsó la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la ONU sobre el establecimiento de una CPI para realizarse del 15 de junio al 17 de julio de 1998. En esta conferencia participaron 160 Estados miembros de la ONU.³²⁷ Allí, se presentó el proyecto de Estatuto realizado por el comité, donde finalmente se acordó incluir el crimen del reclutamiento de niños como un crimen de guerra en los CAI³²⁸ y los CANI.

En el caso de un CANI, el delito se incluyó en el artículo 8.2.e en los siguientes términos: “conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities”. Como señalaron Von Hebel y Robinson, las disposiciones en la sección “e” están respaldadas en el PA II; incluso, la palabra *grupos* se basa en el lenguaje del artículo 4.3.C de este³²⁹. En otras palabras, se interpreta que las disposiciones señaladas hacen referencia a normas consuetudinarias;³³⁰ así, puede entenderse que el crimen de reclutamiento de niños como parte del derecho consuetudinario fue codificado en el Estatuto de la CPI.

Igualmente, con la finalidad de contribuir a la aplicación y la interpretación de la competencia de la CPI, se discutieron los elementos del crimen, adoptados en 2000. En relación con los elementos del delito del reclutamiento, se indicó lo siguiente: a) el perpetrador reclutó o alistó a una o más personas en fuerzas

³²⁶ Op. cit., VON HEBEL y ROBINSON, pp. 117-118. Traducción de la autora. El texto original dice: “ A few states serious misgivings about this provision. The United States in particular took the view that it did not reflect customary international law and was more a human rights provision than a criminal law provision. However, the majority felt strongly, that the inclusion was justified by the near-universal acceptance of the norm, the violation of which warranted the most fundamental disapprobation. A few delegations suggested raising the relevant age from 15 to 18, but this was rejected because there was not adequate support for this in customary international law”.

³²⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 52/160 de 15 de diciembre de 1997. Naciones Unidas, 1997.

³²⁸ En este caso, el artículo 8.2.b. xxvi establece: “Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities”. Esta disposición se basó en el artículo 77. 2 del Protocolo Adicional y el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Op. cit., VON HEBEL y ROBINSON, p. 118.

³²⁹ *Ibid.*, p. 119.

³³⁰ WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Internacional Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011, p. 349.

armadas o grupos armados para participar activamente en las hostilidades; b) la o las personas eran menores de 15 años; c) el perpetrador conocía o debía conocer que tales personas eran menores de 15 años; d) la conducta se desarrolló y estuvo asociada a un CANI; y e) el perpetrador tenía presente las circunstancias fácticas que establecían la existencia de un conflicto armado³³¹.

2.3.2 Fallos de la CPI sobre el reclutamiento de niños y niñas

Como se vio, el Estatuto de la CPI tipifica el reclutamiento, el alistamiento de menores de 15 años en las fuerzas o los grupos armados, y el uso de estos niños para participar activamente en las hostilidades en un CANI (artículo 8.2.E viii). Esto quiere decir que el crimen de reclutamiento se establece de tres maneras: “conscription, enlistment and active participation”. Aquí vale la pena aclarar que el delito abarca tanto reclutamiento forzoso (“conscription”) y voluntario (“enlistment”).³³² En español, la norma sí indica la palabra “reclutamiento” para referirse al tipo forzoso, de esta manera: “Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”.

El primer fallo de la CPI en torno al reclutamiento de menores fue en el caso de Thomas Lubanga Dylo. Lubanga fue encontrado culpable por reclutar a menores de 15 años en las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) y usarlos para participar activamente en las hostilidades entre septiembre de 2002 y agosto de 2003, según el artículo 8.2.E. vii del Estatuto de Roma. En este caso, la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP) aclaró que “conscripting and enlisting” son dos formas de reclutamiento; *conscripting* hace referencia a un reclutamiento forzoso por parte de un grupo armado, mientras que *enlisting* alude a la incorporación voluntaria a un grupo armado.³³³

³³¹ UN DOC. ICC-ASP/1/3

³³² ALFONSO, César. “El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional” En: AMBOS, Kai, MARINO, Ezequiel y STEINER, Christian (editores). *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El caso Lubanga*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2014, p. 157.

³³³ CORTE PENAL INTERNACIONAL - CPI. *Situation in Democratic Republic of Congo in the Case of Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges* (Pre Trial Chamber I), ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero de 2007, párr. 246-247.

Al respecto, la SCP sostuvo que no se crea un nuevo crimen al incluir tanto el reclutamiento forzoso como el voluntario, dado que el “principio de no reclutamiento también prohíbe el alistamiento voluntario”.³³⁴ Esto se fundamenta sobre la base de los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales de 1977, los cuales disponen que todo menor de 15 años tiene protección bajo las normas del DIH.³³⁵ De todos modos, como afirmó Ambos, “[...] la interacción entre alistamiento (voluntario) y reclutamiento (forzoso) evita cualquier laguna de punibilidad ya que, independientemente de la forma en la cual el niño llega a formar parte de un grupo armado (voluntaria o no), está cubierta por el delito”.³³⁶

En ese sentido, se corrobora una vez más que, con respecto al crimen de reclutamiento, “the drafters of the Rome Statute did not intend to establish new crimes, but rather to structure the possibility of prosecuting those crimes which international custom already considered to be violations of humanitarian law”.³³⁷ Asimismo, en cuanto a la participación activa en las hostilidades, la SCP también hizo un gran aporte al señalar que no solo se trata de una participación directa, sino que esta implica el desarrollo de “actividades relacionadas con el combate”,³³⁸ por ejemplo, cuando los menores son usados para espionaje o sabotaje, para proteger objetivos militares o para servir como escudos humanos.³³⁹ Sin embargo, la SCP señaló que la prohibición no se aplica al uso de menores para la entrega de alimentos o como personal doméstico.

No obstante, dado que el objetivo es proteger a los niños y niñas menores de 15 años de toda actividad directa o indirecta que los exponga a riesgos, y al tratarse de un grupo vulnerable, la “participación activa” debe abarcar ambas actividades.³⁴⁰ En ese orden de ideas, la Sala de Primera Instancia expresó:

[...] Todas estas actividades, que cubren tanto la participación directa como la indirecta, tienen una característica subyacente común: el niño afectado es, por lo menos, un blanco potencial. En consecuencia, el factor

³³⁴ *Ibíd.*, párr. 298.

³³⁵ *Ibíd.*, párr. 308.

³³⁶ AMBOS, Kai. “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”. En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 2, 2021, p. 21.

³³⁷ *Op. cit.*, párr. 298.

³³⁸ *Ibíd.*, párr. 261.

³³⁹ *Ibíd.*, párr. 263.

³⁴⁰ *Op. cit.*, AMBOS, p. 24.

determinante en la decisión de si un rol “indirecto” debe ser tratado como participación activa en hostilidades es si el apoyo prestado por el niño a los combatientes lo expuso a él o ella a un peligro real como un blanco potencial.³⁴¹

En ese sentido, el Estatuto de Roma podría considerarse como un instrumento más que fortalece una interpretación amplia de la prohibición de la participación de menores de 15 años en las hostilidades. Ello no contraviene lo regulado en el artículo 4 del PA II, el cual regula la prohibición de una participación sin diferenciar las formas directas o indirectas. Cabe advertir que en la jurisprudencia del TESL también se había abordado esta “participación activa”; el cual sostuvo que la participación implica cualquier conducta que ponga directamente en riesgo la vida de los niños, y no la limita únicamente a la intervención en el combate. Por ejemplo, adquirir alimentos o municiones, llevar mensajes o actuar como escudos humanos se incluyen dentro de una participación activa³⁴².

Ahora bien, en cuanto a las tareas encomendadas a las niñas reclutadas, incluidos el trabajo doméstico o la esclavización sexual, una perspectiva que debería tomarse en cuenta es la indicada por la jueza Odio Benito. Esta afirmó que, para evaluar la participación activa, no solo se debe tener en cuenta el peligro real de enfrentar al enemigo, sino a los riesgos dentro de la misma fuerza o grupo armado. En sus propias palabras:

[...] 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, it is crucial to determine that, regardless of the specific task carried out by that child, he or she can suffer harm inflicted by the armed group that recruited the child illegally (for example, for the purposes of supporting the combatants through the use of their bodies for sexual violence).³⁴³

³⁴¹ Op. cit., ICC-01/04-01/06, párr. 628.

³⁴² SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE - SCSL. *Judgement against Alex Tamba BRIMA, Brima Bazzy KAMARA and Santigie Borbor KANU*. Case No. SCSL- 04-16-T, 20 june 2007, párr. 736-737.

³⁴³ Op. cit., ICC-01/04-01/06-2842 14, párr. 18.

Si bien en el caso Lubanga no se sentenció por delitos sexuales cometidos contras las niñas soldado, la interpretación de la jueza planteó una protección real a las niñas y niños. Al respecto, Radhika Coomaraswamy, ex Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, sugirió que la participación de estas fuera analizada individualmente para determinar si se trataba de una función de apoyo a la fuerza o al grupo armado. Dentro de las funciones, se identificaron los papeles de cocineros, mensajeros, operadores de radio, y los usos con fines sexuales.³⁴⁴

En relación con la intención y el conocimiento del delito, la Sala enfatizó que la falta de una razón específica para reclutar o de la consciencia de la edad de los menores no significa que el acusado se exima de la responsabilidad penal. La SCP planteó que el crimen de guerra de reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años es un “delito de intención general y no requiere una intención específica”.³⁴⁵ En ese sentido, no hay necesidad de que el perpetrador haya ideado y planificado al detalle el reclutamiento; de hecho, este puede implicar la comisión de otros delitos. Además, con respecto a la consciencia de la edad, la SCP afirmó que basta con el hecho de que esta se debió haber conocido.

Otra de las contribuciones fue el reconocimiento de que tanto el reclutamiento forzoso como el voluntario son delitos permanentes; es decir, estos se cometen mientras los menores permanezcan en las fuerzas o los grupos armados, y terminan cuando los niños abandonan dichos grupos o alcanzan los 15 años.³⁴⁶

Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Sala de Primera Instancia VI de la CPI emitió otra sentencia condenatoria contra Bosco Ntaganda, quien fue declarado culpable por crímenes de guerra, como el reclutamiento de niños y niñas y la violación y la esclavización sexual. Ntaganda se desempeñó como comandante del grupo armado Union des Patriotes Congolais - Forces Patriotiques pour la Libération du Congo durante el conflicto armado en la República del Congo,

³⁴⁴ *Lubanga Case* ‘Annex A of Submission of the Observations of the Special Representative of the Secretary General of the United Nations for Children and Armed Conflict pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence’, par.23. En: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2008_01287.PDF

³⁴⁵ GROOME, Dermot y SHAVÉR, Donald. “International Criminal Law”. En: *The International Lawyer*, vol. 42, n°. 2, 2007, p. 403.

³⁴⁶ Op. cit., ICC-01/04-01/06-803, párr. 248.

específicamente en la provincia de Ituri, entre el 2002 y el 2003.³⁴⁷ En dicha sentencia, además, se hizo hincapié en que el reclutamiento forzoso o voluntario de un menor de 15 años por sí solo era suficiente como delito, y no era necesario que este fuera reclutado y usado para que participara activamente en las hostilidades.³⁴⁸

En resumen, los trabajos preparatorios permiten evidenciar que la tendencia era penalizar aquellas violaciones de las normas que formaban parte del derecho consuetudinario. En el caso del reclutamiento de menores de 15 años por parte de las fuerzas o los grupos armados, así como su participación en las hostilidades, se tiene que su inclusión en el Estatuto no deja dudas, puesto que su prohibición ya se encontraba en el PA II e, incluso, a modo de protección por pertenecer a la población civil, en el artículo 3 común. Mientras tanto, en cuanto al enjuiciamiento por violar la prohibición de la participación activa en las hostilidades, este no se concibe como un nuevo delito. Si bien la CPI brinda un mayor alcance sobre esta figura, no contraviene lo ya establecido por las normas del DIH; así, según el comentario al artículo 4 del PA II, se prohíbe una participación que abarca tanto la directa como la indirecta.

En consecuencia, el crimen de guerra de reclutamiento forzoso o voluntario de niños menores de 15 años y su participación activa en las hostilidades, como se establece en el Estatuto de Roma, tiene una naturaleza consuetudinaria. Como sostuvo Cynthia Chamberlain, dicho crimen no es nuevo, sino que forma parte del derecho internacional consuetudinario, el cual se codifica por primera vez en un tratado internacional. En suma, ni el mencionado estatuto ni los elementos del crimen realmente definen la conducta criminal, sino que es a través de los tratados internacionales (desarrollados en el primer capítulo) que se puede conocer la definición del delito de reclutamiento de niños y niñas.³⁴⁹

³⁴⁷ CORTE PENAL INTERNACIONAL - CPI. *Situation in the Democratic of the Congo in The Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda (Judgment)*. No. ICC-01/04-02/06. 8 julio de 2019.

³⁴⁸ *Ibíd.*, par.1104.

³⁴⁹ *Op. cit.*, p. 117.

2.4 A modo de conclusión: ¿El reclutamiento de niños y niñas en un CANI es un crimen de guerra según el derecho internacional consuetudinario?

El análisis del reclutamiento como un crimen de guerra en un CANI implicó recurrir al derecho internacional consuetudinario, especialmente, porque las violaciones graves al DIH en un CANI, es decir, los crímenes de guerra no estaban regulados en algún tratado antes del Estatuto de Roma. Si bien hoy no se discute que los crímenes de guerra se cometen tanto en un CAI como en un CANI (norma 156 del Estudio de normas consuetudinarias del DIH), es necesario profundizar en el desarrollo de los crímenes de guerra, específicamente el reclutamiento de niños en un CANI, a efectos de su utilidad para la realidad peruana.

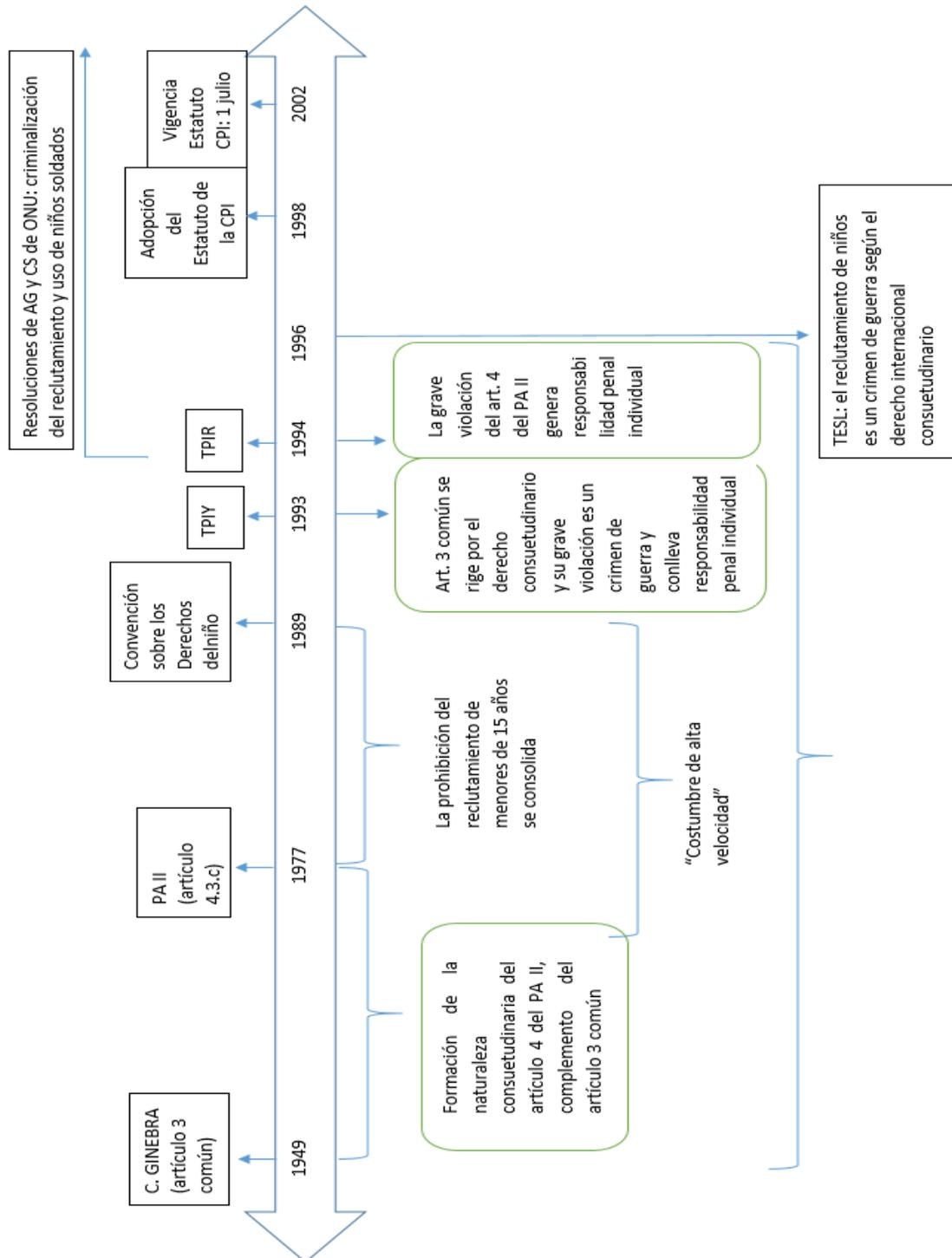
En los años 80, la prohibición del reclutamiento y la utilización para la participación de menores de 15 años por parte de las fuerzas armadas y grupos armados organizados en un CANI se había constituido en un acto condenable. Desde que el PA II afirma que el artículo 4 es un complemento del artículo 3 común, se comprueba que ambas disposiciones se amparan en el principio de humanidad sin perjuicio de la lista de actos prohibidos que pueden contener. Como se vio, en el DPI, se exige la norma de comportamiento para que sea condenable. Así, la norma consuetudinaria de comportamiento había sido precisamente la prohibición del reclutamiento y la utilización para participar en las hostilidades de menores de 15 años por parte de las fuerzas armadas o grupos armados. De ahí que, el reclutamiento ha resultado ser un acto punible tanto si se juzga por medio del artículo 4 del PA II o del artículo 3 común mediante interpretación.

En la década de los 90, se tiene certeza del juzgamiento y sanción del reclutamiento como un crimen de guerra según el derecho consuetudinario. Con respecto a la práctica estatal, particularmente las legislaciones nacionales mostraron una tendencia a la penalización de crímenes de guerra en un CANI. En relación con la *opino iuris*, la jurisprudencia del TPIY, TPIR, TESL contribuye a reconocer la base para sustentar la criminalidad del acto de reclutamiento. El

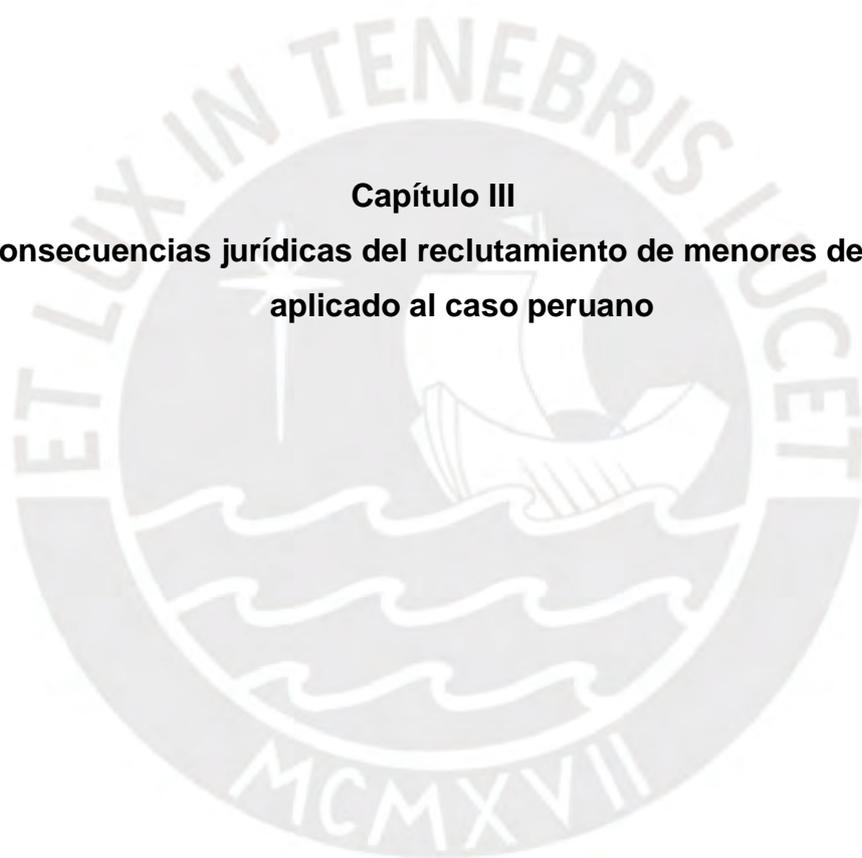
TPIY reafirma la responsabilidad penal individual por la violación del artículo 3 común con base en la costumbre internacional, ya que esta disposición se funda en las “consideraciones elementales de humanidad”. Por si fuera poco, el TPIR consagra que el juzgamiento a la violación al artículo 4 del PA II, el cual complementa el artículo 3 común, también se sostiene en la costumbre internacional. A su vez, estos insumos fueron utilizados por el TESL, el cual juzgó por primera vez el crimen de reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas armadas de los Estados o grupos armados organizados. De igual manera, se evidencia, el respeto por el principio de legalidad en el DPI, ya que el delito de reclutamiento tiene como fuente la costumbre internacional, y el PIDCP establece que nadie será juzgado por actos delictivos que no estén reconocidos por el derecho nacional o internacional (artículo 15).

Por lo tanto, había los insumos necesarios para poder juzgar y sancionar el reclutamiento antes de los tribunales ad hoc. En particular, desde un momento posterior a la configuración de la norma material; en otras palabras, después que el artículo 4 del PA II, disposición basada en el principio de humanidad, regula la prohibición explícita del reclutamiento de menores de 15 años. A partir de allí, es posible contar con una base jurídica que se construyó para juzgar violaciones graves al DIH en un CANI según el derecho internacional consuetudinario. Los tribunales ad hoc, precisamente, resuelven sobre la base de este derecho. Así era posible juzgar y sancionar la violación grave de la norma de DIH que prohíbe el reclutamiento, porque, finalmente, lo que estuvo y ha estado en juego es la naturaleza atroz y aborrecible del acto de reclutar que quiebra todo bienestar de humanidad y transgrede valores primordiales que la comunidad internacional protege.

Línea de tiempo 2. Criminalización del reclutamiento y utilización en las hostilidades de menores de 15 años



Capítulo III
Consecuencias jurídicas del reclutamiento de menores de edad
aplicado al caso peruano



Luego de haber analizado la prohibición y la criminalización del reclutamiento y utilización de menores de 15 años en un CANI conforme al derecho internacional consuetudinario, corresponde, en este capítulo, analizar las consecuencias jurídicas de la comisión de tal crimen aplicado al caso peruano. Por un lado, si bien la obligación de investigar y juzgar las violaciones al DIH es permanente una vez que un conflicto armado inicia, usualmente, es cuando las hostilidades concluyen, que las normas de DIH cumplen un rol fundamental. En particular, ante la comisión de crímenes de guerra, los Estados tienen la obligación de juzgar y sancionar esos crímenes. Por otro lado, tras la comisión del crimen, corresponde el derecho a la reparación a las víctimas. En el caso peruano, a pesar de que se cometió, durante el CANI entre 1980 y 2000, la práctica de reclutamiento –el cual aún se comete en la actualidad–, no existe una investigación judicial ni una sanción al respecto. Más aún, el tema ni siquiera está en agenda pública, por lo que la desprotección a los menores de edad y a las víctimas de reclutamiento persiste. En este capítulo se exponen los hechos ocurridos del reclutamiento y se analizan, desde un enfoque de justicia para las víctimas, la obligación del Estado peruano de investigar, juzgar y sancionar el crimen; y el derecho a la reparación.

3.1 Reclutamiento de niños y niñas en el caso peruano

La sociedad peruana vivió una época de CANI entre 1980 y 2000, la cual se desató entre las Fuerzas Armadas Nacionales y los grupos armados organizados, el Partido Comunista del Perú - SL y el MRTA. En el 2003, la CVR, órgano creado para investigar y dar a conocer lo ocurrido, fue la primera en señalar la existencia de un CANI en el país y la aplicación de las reglas del DIH en los años de conflicto.³⁵⁰ A la fecha, se han sumado ciertas investigaciones a nivel jurídico para afirmar fehacientemente que lo ocurrido en el país fue un CANI.³⁵¹ En ese sentido, esta investigación parte de la noción de la existencia

³⁵⁰ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Capítulo 4 La Dimensión Jurídica de los Hechos. 2003, p. 204.

³⁵¹ SALMÓN, Elizabeth. “El reconocimiento del conflicto armado en el Perú. La inserción del Derecho Internacional Humanitario en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”. En: *Derecho PUCP*, n°. 57, 2004, pp. 79-102; op. cit., GURMENDI. En el caso de Gurmendi, si bien plantea que hay un conflicto armado, la duración varía entre 1983 y 1997.

de un contexto de CANI en el Perú, donde pueden haber coexistido, por lo menos, dos conflictos distintos: Estado vs. SL y Estado vs. MRTA.

Los actores del conflicto cometieron crímenes internacionales y violaciones a los derechos humanos, como asesinatos, secuestros, torturas, desapariciones, violaciones sexuales y reclutamientos forzados; en este contexto, los niños, niñas y adolescentes fueron víctimas de los actos mencionados. El reclutamiento forzado de menores de edad fue el acto que mayor número de víctimas menores de edad acarreó: según cifras recogidas en el informe de la CVR, este representó casi el 40 % de las víctimas en este sector de la población³⁵². En las líneas siguientes, se aborda el problema del reclutamiento forzoso por parte de las Fuerzas Armadas Nacionales y, por otro lado, por parte de los grupos armados SL y MRTA.

La información se tomó del informe de la CVR y del RUV, instrumento público que contiene la inscripción de todas las personas y comunidades cuyos derechos humanos fueron vulnerados durante el periodo de violencia entre mayo de 1980 y noviembre de 2000³⁵³. Esta fuente ha permitido precisar los casos y contar con un panorama más objetivo de lo sucedido.

a) Las Fuerzas Armadas Nacionales

Las Fuerzas Armadas Nacionales fueron uno de los actores que participaron en el conflicto armado.³⁵⁴ Desde el inicio, existieron registros de la ejecución de actividades que se realizaron sin respetar las normas del DIH; uno de los actos que se cometieron contra los adolescentes fue el reclutamiento forzoso mediante la práctica de la leva. En otras palabras, los jóvenes eran forzados a prestar el servicio militar y lo hacían en condiciones degradantes; ser levado implicaba recibir malos tratos, ser torturados o humillados. Un testimonio cuenta lo siguiente:

³⁵² Op. cit., COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Capítulo sobre Violencia contra niños y niñas, p. 586.

³⁵³ CONSEJO DE REPARACIONES. Registro Único de Víctimas. Disponible en: <http://www.ruv.gob.pe/registro.html>

³⁵⁴ Esta investigación toma en cuenta la participación de las FFAA desde que Belaúnde Terry dispuso su ingreso el 29 de diciembre de 1982 y se centrará, especialmente, en los militares, dado que las referencias históricas-jurídicas hacen alusión mayoritariamente a ese grupo de actor. Sin perjuicio de ello, la Policía Nacional del Perú también participó como parte de las fuerzas del orden.

Una vez, cuando yo estaba de paseo, nos agarraron a todos. Éramos un grupo de jóvenes que no habíamos hecho nada; ni siquiera estábamos tomados, nada; sanamente nos estábamos divirtiendo. Nos agarraron y nos metieron al cuartel; allí nos maltrataron [...] te patean en la espalda o te meten con la culata del rifle en la espalda. Eso causa mucho dolor.³⁵⁵

En definitiva, las lesiones físicas y psicológicas que recibieron los adolescentes levados atentaban contra su vida y su integridad personal. Más aún, varios testimonios señalan que, dentro del servicio, no recibían la capacitación correspondiente; por el contrario, eran golpeados y torturados. Se trataba de un espacio de supervivencia donde no se respetaban sus derechos.

Los jóvenes levados, principalmente, pertenecían a los sectores populares o eran estudiantes de institutos. Eran detenidos incluso al tener sus documentos en regla; y, si protestaban, eran golpeados. Luego, eran internados en algún cuartel para ser enviados a lugares alejados.³⁵⁶ La CNDDHH presentó un informe el 12 de septiembre de 1997, donde se indicaban los casos de levadas que se habían llevado a cabo; para el caso de Lima, se señaló que los reclutamientos forzosos se realizaban en numerosos distritos: Comas, San Martín, Independencia, Ate, Vitarte, Santa Anita, San Juan, Villa María y Villa El Salvador, entre otros.

Si bien Ley del servicio militar obligatorio (el Decreto Legislativo 264³⁵⁷ del 08 de noviembre de 1983) establecía que la edad para que los varones realicen servicio militar era entre los 18 y 50 años; y para las mujeres, entre los 18 y 45 años, en la práctica tales las disposiciones no se cumplían. Según, Ronald Gamarra, una de las razones se debía a que no existía una fiscalización pertinente por parte de las Juntas de Calificación y Selección; por ejemplo, se constató una incorporación masiva de jóvenes de 17 años a pesar de no estar aptos por razones médicas.³⁵⁸ Asimismo, los jóvenes de 16 o 17 años que

³⁵⁵ VILLARÁN, Susana. "La leva y el servicio militar en zonas de emergencia". En: *Idee*, n°. 113, noviembre de 1998, p. 116.

³⁵⁶ Op. cit., COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, p. 4.

³⁵⁷ Decreto Legislativo 264. En:

http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPperuhistorico/coleccion00000.htm/tomo00185.htm/a%C3%B1o21542.htm/mes21881.htm/dia21894.htm/sector21895.htm/sumilla21896.htm#JD_salas1493

³⁵⁸ GAMARRA, Ronald. *Servicio Militar en el Perú. Historia, Crítica y Reforma Legal*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2000, pp.85-86.

estaban indocumentados eran coaccionados a subir a vehículos militares y trasladados a los cuarteles. En Jaén y San Ignacio, los efectivos militares se vestían de civil y alquilaban “combis” para reclutar jóvenes, quienes se subían a dichos vehículos pensaban que brindaban servicio público y así dirigirse directamente al cuartel³⁵⁹. Como se percibe, no había reclutamiento de menores de 15 años con lo cual no estaba afectando la norma consuetudinaria que prohibía el reclutamiento de menores con esa edad. Aunque hoy en día, el PFCDN prohíbe el reclutamiento de menores de 18 años por parte de las fuerzas armadas.

b) MRTA

El grupo armado organizado MRTA también cometió vulneraciones de derechos humanos contra los niños, niñas y adolescentes. Según el informe de la CVR, la cifra constituye el 1,63 % del total de casos³⁶⁰ de violación de los derechos cometidos contra ellos y ellas. Sin embargo, llama la atención el hecho de que, del total de estos actos, el reclutamiento forzado y el secuestro representen el 47,8 %³⁶¹; es decir, fueron actos que se cometieron en mayor medida con respecto a otros.

Los niños eran reclutados mediante coacción y amenazas, los obligaban a adherirse al grupo, porque, de lo contrario, eran amenazados de muerte. En el camino, les propiciaban golpes a quienes se arrepentían y avanzaban con miedo.³⁶² En 1990, un menor fue reclutado en el centro poblado de Alto Pumpuriani, distrito de Perené, provincia de Chanchamayo, en Junín; él estuvo tres años bajo amenazas de muerte para que no se fuera. En noviembre de 1993 logró escapar y retornó a su casa; no obstante, los emerretistas volvieron a su casa, lo capturaron y lo llevaron hacia Alto Pumpuriani, donde fue asesinado.³⁶³

El MRTA utilizó a los niños para que participaran de manera directa o indirecta en las hostilidades; por un lado, para que cometieran actos criminales, como el

³⁵⁹ COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *El problema de las “levas” y maltratos durante el servicio militar obligatorio*. En: <https://www.derechos.net/cnddhh/informes/levas.html>, p. 4.

³⁶⁰ Op. cit., COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Capítulo sobre La violencia contra los niños y las niñas, p. 618.

³⁶¹ *Ibíd.*, p. 617.

³⁶² Testimonio 456676 recogido por la CVR. Un padre narra el reclutamiento de sus hijos de 17 y 18 años de edad, por parte del MRTA en el distrito de Pongo de Caynarachi, provincia de Lamas, departamento de San Martín.

³⁶³ Caso extraído del Registro Único de Víctimas

asesinato de policías o militares. El siguiente testimonio narra: “me habían enseñado a agarrar armas... primerito matábamos a los guardias sin que sientan nada... si se presentaban los militares, tenías que matarlos, si no podías, tenías que pelear [...]”.³⁶⁴ Por otro lado, servían como transportistas de armas, cargadores de alimentos; y, en el caso de las niñas, para cocinar, o con fines sexuales.

c) SL

SL reclutó a niños, niñas y adolescentes para llevar a cabo su guerra popular. Los senderistas los consideraban como su mayor reserva humana para seguir combatiendo en la guerra interna. Los menores podían ser reclutados para formar el Ejército Guerrillero Popular³⁶⁵ (Fuerza Principal), encargado de realizar los ataques contra los militares, policías o ronderos; o de realizar otro tipo de labores encomendadas.

Asimismo, SL contaba con tres mandos: el político, encargado del grupo guerrillero; el militar, que gestionaba las cuestiones de estrategia; y el logístico, el cual se ocupaba de conseguir alimentos³⁶⁶. Los niños, incluso, podían ser nombrados para encargarse de algún mando; tal fue el caso de Román Tobías, reclutado en Puerto Ocopa a la edad de 10 años. Estuvo en cautiverio en el campamento senderista por 24 meses, y así perdió rastro de su familia. A la edad de 12 años, fue nombrado al mando logístico de un grupo de 20 niños, a quienes tenía que cuidar para que limpiaran bien las casas y cumplieran las tareas que el partido asignaba³⁶⁷.

³⁶⁴ Op. cit., COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Capítulo sobre La violencia contra los niños y las niñas, p. 619

³⁶⁵ El Ejército Guerrillero Popular fue creado en el segundo periodo denominado “La militarización del conflicto (enero de 1983-junio de 1986)”. En: COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Hatun Willakuy. Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú*. Lima: Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2004, p. 67.

En 1983, el PCP-SL estaba constituido de la siguiente manera: en primer lugar, se encontraban las “masas”; en segundo lugar, un grupo conformaba la “fuerza territorial” que actuaba como un tipo de servicio de inteligencia en las comunidades y ciudades; en tercer lugar, estaba la “fuerza local”, encargada de contactar con la masa y, finalmente, “la fuerza principal” que era el grupo guerrillero armado que realizaba ataques contra los militares, policías y ronderos”. En: GAVILÁN, Lurgio. *Memorias de un soldado desconocido*. 2a. Ed. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2017, p. 20.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 20.

³⁶⁷ LA REPÚBLICA. *Subversivos enrolan a niños asháninkas*. Noticia del 13 de noviembre de 1991.

Una de las formas más comunes de reclutamiento era sacarlos de las escuelas con amedrentamientos y amenazas. En ciertos casos, los senderistas seleccionaban a los niños entre 10 y 12 años; y, si el maestro se oponía, era ejecutado. Más aún, cuando los menores salían del colegio y se dirigían a sus casas, durante el trayecto, eran irrumpidos por los senderistas, y eran reclutados forzosamente. Asimismo, ingresaban de forma violenta a los domicilios y se llevaban a los niños a la fuerza.

A inicios de los 90, SL buscó afianzar nuevas bases de apoyo en la selva central, con lo que llegaron a la provincia de Satipo, departamento de Junín³⁶⁸; con esto, se logró el control absoluto sobre la cuenca del río Ene y parte del río Tambo. Igualmente, se volvió común el “arrasamiento” de comunidades nativas asentadas en esta zona; es decir, se reclutaban forzosamente a familias enteras, incluidos menores de edad, especialmente asháninkas. Por ejemplo, el 22 de septiembre de 1989, miembros de SL capturaron al adolescente Juan Beto, de 15 años, en la comunidad de Cushiviani (Satipo)³⁶⁹. Otro caso que consta en el RUV es el que tuvo lugar el 3 de abril de 1988, en el centro poblado Unión Asháninka, distrito de Río Tambo, cuando miembros de SL incursionaron y reclutaron alrededor de 20 familias, con niños de entre 1 y 6 años. Así, se calcula que, en 1991, entre 3500 y 4500 niños asháninkas menores de 12 años habían sido reclutados a la fuerza por militantes de SL³⁷⁰.

Una vez reclutados, se los llevaban a los montes de las zonas, donde permanecían en cautiverio por años, realizando las tareas que los senderistas les repartían. De esta manera, los senderistas lograban tener el control de todas las comunidades de los alrededores de una zona determinada; y, cuando tenían un gran número de militantes, conformaban bases de apoyo o comités populares

³⁶⁸ Op. cit., COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Hatun Willakuy*, p.94.

³⁶⁹ Juan Beto era hijo de Luzmila Chiricente, presidenta de la Federación regional de mujeres ashaninka, nommatsiguenga y kakinte, así como miembro del Consejo de Reparaciones que se encarga del Registro Único de Víctimas. Durante los años noventa, L. Chiricente ha contribuido con organizaciones estatales y privadas tales como el CAAP, IDL, Cruz Roja, Caritas, incluso, acompañó al representante de la ONU, Francis Deng, durante su visita a la selva central en 1995. En VILLASANTE, Mariella. *La violencia senderista entre los ashaninkas de la selva central. Datos intermediarios de una investigación de antropología política sobre la guerra interna en el Perú (1980-2000)*. Seminario sobre la violencia política entre los Ashaninka del 30 de abril de 2014.

³⁷⁰ CEAPAZ. *La violencia armada en el Perú y su impacto en la situación de niños y adolescentes*. Lima: CEAPAZ, 1999, p. 24.

que operaban en los campamentos³⁷¹. Estas bases estaban conformadas por miembros de diversas comunidades³⁷².

Por otra parte, la participación en las hostilidades y la utilización de niños, niñas y adolescentes para distintos roles era frecuente. Estos podían cumplir una función continua de combate o formar parte del ala armada, pero también eran condicionados a realizar otros tipos de actividades. Todo ello, sin lugar a dudas, los ponía en riesgo; incluso los llevaba a perder su estatus de protección frente al DIH, dadas las acciones que les obligaban a cumplir.

En primer lugar, los menores de edad eran usados como “niños-bomba”. Tenían que transportar cartuchos de dinamitas o granadas para que fueran lanzados en establecimientos policiales³⁷³ e, incluso, en mercados³⁷⁴. Sin embargo, en la mayoría de casos, la bomba explotaba en la mano de los menores, antes de que pudieran ser lanzadas. Estos ataques implicaban la muerte del menor de edad y, en muchos casos, del resto de civiles.

En segundo lugar, también servían como escudos humanos. Según un testimonio recogido en el RUV, en 1985, en el distrito de Vilcabamba, un niño fue reclutado para participar en una incursión en la mina de sal de Cachimic; este fue puesto delante, a fin de proteger a los cabecillas. En estos casos, los menores no podían considerarse personas conscientes de sus actos, pues se encontraban privados de su libertad al momento de realizar dichas acciones³⁷⁵. Dadas las circunstancias, lo que correspondía eran brindarles protección contra los ataques directos.

Finalmente, los niños también servían de soporte logístico, especialmente los que pertenecían a la Fuerza Principal y tenían menos de 12 años; estos formaban parte de la “masa” y se encargaban de las tareas de vigilancia,

³⁷¹ *Ibíd.*, p. 23.

³⁷² ESPINOSA, Óscar. “Las rondas asháninka y la violencia política en la selva central”. En: *América Indígena*, n.º. 4, pp. 79-101.

³⁷³ VALENCIA, Alberto. *Los crímenes de Sendero Luminoso en Ayacucho*. Editorial Impacto, 1992, p. 44.

³⁷⁴ *Ibíd.*, p. 12.

³⁷⁵ MELZER, Nils. *Guía para interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja - CICR, 2010, p. 60.

mensajería, provisión de alimentos, traslado de banderas y municiones³⁷⁶. A este grupo también se le conocía como la “organización de los niños pioneros” o los “pioneros rojos”. En estos casos, los menores no formaban parte del ala armada; no tenían una función continua de combate, pero tenían una participación indirecta en las hostilidades.

Por otro lado, las niñas y adolescentes eran reclutadas de manera forzosa no solo para obligarlas a cumplir con labores domésticas, sino porque servían como objeto sexual. Sin embargo, cuando lograban huir de SL, también sufrían la estigmatización a consecuencia de haber sido reclutadas; y las fuerzas del orden, en algunas ocasiones, también cometían violencia sexual contra ellas.

Los casos de reclutamiento y utilización de niños y niñas menores de 15 años para su participación en la función continua de combate, o de forma indirecta cuando cumplían tareas de logística o doméstica, que tuvieron lugar entre 1980 y 2000, ya se encontraban prohibidos por el derecho convencional y consuetudinario. A pesar de esa prohibición, los grupos armados, como SL y el MRTA, efectuaron dicho reclutamiento. Ello constituyó una violación grave a las normas de DIH, pues se incurrió en la comisión de crímenes de guerra; frente a ello, existe la obligación de investigar, juzgar y sancionar. No obstante, estas violaciones no fueron investigadas, juzgadas ni sancionadas, y esta situación aún persiste, como se observa a continuación.

3.1.1 Situación actual

Lamentablemente, el reclutamiento y la utilización de niños soldados, casi en su totalidad de manera forzada, no son hechos del pasado, pues todavía ocurren en el país. Es necesario ahondar en la práctica de estos delitos, cometidos por remanentes senderistas en el VRAEM. En la actualidad, los senderistas cuentan con un ejército de menores, y han estado reclutando niños no solo para empuñar armas, sino para cumplir otros roles: vigilantes, cargadores, escudos humanos, etc.; y, en el caso de las niñas, como objetos sexuales. Es notable la presencia de niños soldados en el VRAEM. En esta región viven alrededor de 467 010

³⁷⁶Op. cit., COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Capítulo sobre Violencia contra niños y niñas, p. 615.

habitantes (1,6 % de la población total del país);³⁷⁷ sin embargo, en los últimos años, el índice de pobreza en esa región ha superado el 58 %.³⁷⁸ Desde inicios de la década de 2000, la región se encuentra en estado de emergencia, debido al escenario de violencia que se vive allí, la cual es originada por grupos senderistas.³⁷⁹

Tras la caída de Abimael Guzmán, el líder del comité central de SL, Óscar Ramírez Durand, alias “Feliciano”, tomó el mando del grupo, pero este fue capturado en 1999. Así las cosas, los senderistas se trasladaron por la cuenca del río Huallaga (norte) y la cuenca del río Ene (sur). En el Huallaga, el mando pasó a manos de Florindo Eleuterio Flores Hala, alias “Artemio”; y en el Ene, los hermanos Víctor y Jorge Quispe Palomino tomaron el liderazgo.³⁸⁰ No obstante, “Artemio” fue capturado en el 2012, con lo que quedaron a cargo los Quispe Palomino.

Estos últimos abandonaron los postulados iniciales de SL y fundaron el Militarizado Partido Comunista del Perú (MPCP).³⁸¹ Con ello, desde finales de la década de los 90, han ejecutado varios atentados terroristas y son responsables de asesinatos de militares y civiles;³⁸² esto ha ocasionado el desplazamiento forzoso de familias de la zona, según testimonios recogidos por fuentes periodísticas.³⁸³ Asimismo, desde el 2000, la actividad principal del MPCP se ha

³⁷⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - INEI. *Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro- VRAEM: Perfil sociodemográfico. Sobre la base de los resultados de los Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. INEI, 2017, p. 12.

³⁷⁸ EL COMERCIO. “Vraem: el 58% de sus habitantes vive bajo una situación de pobreza, 11 de junio de 2018”. En: <https://elcomercio.pe/peru/vraem/vraem-58-habitantes-vive-situacion-pobreza-noticia-526775-noticia/?ref=ecr>

³⁷⁹ TAFUR, Andrea y QUESADA, Diego. “El estado de emergencia en el Perú democrático posconflicto: Un estudio preliminar de las normas de emergencia”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 16, n°. 2, 2020, p. 217.

³⁸⁰ GURMENDI, Alonso. “‘Si Vis Pacem’: La aplicación del Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional (LADI)*, n°. 7, p. 114.

³⁸¹ AGUIRRE, Amet. “Tres presuntos narcoterroristas que portaban armas y panfletos son capturados en el Vraem”. 2 de junio de 2020. En: <https://peru21.pe/politica/sendero-luminoso-quispe-palomino-ayacucho-tres-presuntos-narcoterroristas-que-portaban-armas-y-panfletos-son-capturados-en-el-vraem-noticia/?ref=p21r>

³⁸² VERA, Enrique. “Mueren tres militares tras enfrentamiento con terroristas en el Vraem”. 26 de junio de 2019. En: <https://elcomercio.pe/peru/vraem/mueren-tres-soldados-enfrentamiento-terroristas-vraem-noticia-649359-noticia/?ref=ecr>

³⁸³ VERA, Enrique. “Testimonios desde el destierro”. 2019. En: <https://especiales.elcomercio.pe/?q=especiales%2Ftestimonios-desde-el-destierro%2Findex.html&fbclid=IwAR1RU61Mw7saCpc8kV0k8Yh3OUVjyhavvryltirgH7m3CTy4Pw4TjbRCFY4>

vinculado con el tráfico de drogas; esta abarca la producción, el traslado y la comercialización. Por otro lado, los remanentes senderistas “poseen sus propios campos de cultivos de coca, sus propias pozas de maceración, protegen a los mochileros en el traslado de la droga y enfrentan a las Fuerzas Armadas por el control de las rutas de salida de la droga”.³⁸⁴ De este modo, el MPCP utiliza a la población para conseguir sus objetivos ilícitos: reclutan y utilizan a niños, niñas y adolescentes para conformar su ejército de “sicarios del narcotráfico”. Los menores de edad reclutados cumplen principalmente tres funciones:

- a) Para preparar la incursión de senderistas: para lo cual recogen información de la zona, la preparan logísticamente (trasladando, por ejemplo, municiones), hacen una tarea de reglaje a los efectivos de la policía, fuerzas armadas o autoridades que van a ser victimadas, etc.;
- b) para colocar minas en caso de emboscadas; y,
- c) para ultimar a las víctimas.³⁸⁵

En otras palabras, utilizan a los menores para participar en los operativos armados de defensa y protección del narcotráfico. El factor pobreza y el escenario de enfrentamientos con las fuerzas del orden son elementos que propician la utilización de niños soldados. En unos casos, los padres entregan a sus hijos a los mandos senderistas a cambio de recibir un pago; en otras ocasiones, los mismos padres senderistas toman la decisión de involucrar a sus hijos en una preparación militar a una temprana edad.³⁸⁶

De otra parte, el funcionamiento de las escuelas populares continúa; en estas se forman a los “pioneritos”, quienes reciben adoctrinamiento. Según los testimonios de “Quilincho”, quien formó parte del grupo de seguridad de Víctor Quispe Palomino y desertó, las mencionadas escuelas sirven para adoctrinar a niños de entre 3 y 8 años. Son niños de extrema pobreza, a quienes reclutan para convertirlos en los futuros combatientes o cabecillas de Sendero Rojo (también llamado MPCP). Además, gracias a lo señalado por él, se han podido

³⁸⁴ NOVAK, Fabián, NAMIHAS, Sandra, HUAMÁN, Milagros y GARCÍA-CORROCHANO, L. *Niños, niñas y adolescentes en las zonas cocaleras del VRAE y el Alto Huallaga*. Lima: IDEI, 2011, p. 62.

³⁸⁵ *Ibíd.*, p. 63.

³⁸⁶ *Ibíd.*, p. 64.

ubicar varias escuelas populares, las cuales albergaban alrededor de 230 niños, entre los 3 y los 12 años.³⁸⁷ En suma, la presencia de niños en los grupos senderistas tiene origen en dos casos: los que nacen en cautiverio y los que son reclutados de las localidades aledañas. “Quilincho” narró que en cada jornada de reclutamiento se suelen reunir entre 15 y 20 niños, quienes son trasladados en fila india hasta los campos de concentración.³⁸⁸

Igualmente, existen casos de menores de edad y jóvenes que desertan de las filas de sendero; por ejemplo, en 1992, un niño asháninka de siete años fue reclutado y llevado a las “escuelas populares”, donde fue adoctrinado. De adolescente, fue incorporado al grupo de guardaespaldas de alias “Jose”, Víctor Quispe Palomino. No obstante, este huyó en el 2002 y, posteriormente, se convirtió en soldado.³⁸⁹

El reclutamiento y el uso de niños, niñas y adolescentes para participar en las hostilidades por parte de senderistas es una práctica que persiste hasta la actualidad. Como se analiza posteriormente, en el VRAEM existe un CANI manifestado por el propio Estado peruano. En ese sentido, la obligación de investigar, juzgar y sancionar el crimen de reclutamiento es aplicable no solo para lo ocurrido durante el CANI 1980-2000, sino para lo que acontece actualmente. En el VRAEM, zona ocupada por los remanentes senderistas, aún existen niños soldados, quienes son adoctrinados para integrar el cuerpo militar de SL. Los más pequeños empiezan con labores domésticas, como cargar agua y recoger leña; los mayores empuñan armas y cometen atrocidades. Todo ello repercute en la integridad física y mental del menor de edad; frente a ello, urge dejar en claro que el Estado tiene la obligación de sancionar a todo aquel que recluta y usa niños, así como brindar reparación y rehabilitación para los menores rescatados o desertores.

³⁸⁷ EXPRESO. “Pioneros son la ‘guardia dorada’ de Quispe Palomino”. 22 de abril de 2019. En: <https://www.expreso.com.pe/politica/pioneros-son-la-guardia-dorada-de-quispe-palomino/>

³⁸⁸ *Ibíd.*

³⁸⁹ EL COMERCIO. “Policías y militares buscan al menos 10 terroristas armados que desertaron en el VRAEM”. 13 de febrero de 2020. En: <https://elcomercio.pe/peru/policias-y-militares-buscan-a-al-menos-10-terroristas-armados-que-desertaron-en-el-vraem-noticia/?ref=ecr>

3.2 Obligación del Estado peruano de investigar, juzgar y sancionar el reclutamiento de niños y niñas en el CANI 1980-2000 y en la actualidad

Como se mencionó, frente a la violación grave de una norma que prohíbe el reclutamiento y que constituye un crimen de guerra, el Estado tiene el deber de investigar, juzgar y sancionar. Se trata de una obligación en el marco del derecho internacional que amerita ser cumplida en respuesta a la situación de las víctimas, la cual no debe pasar desapercibida. Es necesario indagar en cuanto a lo ocurrido –lo que sigue ocurriendo–, así como impulsar procesos judiciales para conocer y especificar a los perpetradores. En esta sección, se muestra en qué consiste tal obligación y los alcances desde el derecho nacional para cumplirla.

3.2.1 Obligación del Estado peruano de investigar por la comisión de reclutamiento

Debido al derecho de las víctimas a recibir justicia, el Estado está obligado a investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores, a fin de evitar impunidad. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha contribuido a precisar el contenido de dicha obligación. Cabe recalcar que su pronunciamiento se refiere a la especificación de la obligación estatal, mas no busca evaluar la responsabilidad individual. Así, la Corte IDH señala:

La obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados [...]. Por ende, basta reiterar que las investigaciones y procesos abiertos [...] deben ser realizados por todos los medios legales disponibles y culminar o estar orientados a la determinación de toda la verdad y la persecución y, en su caso, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos.

Asimismo, en esa línea, la obligación estatal también se encuentra respaldada por los Estados de la región. De esa forma, la AG de la OEA ha reiterado la

necesidad de sancionar a los responsables de crímenes internacionales.³⁹⁰ En la Resolución 2575 (XL-O/10) del 8 de junio de 2010 se afirmó:

En los casos de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario que constituyen crímenes de conformidad con el derecho internacional, los Estados tienen la obligación primordial de investigar y, si existe evidencia suficiente, la obligación de iniciar un proceso penal a la persona presuntamente responsable de tales violaciones, y si se determina su culpabilidad, la obligación de castigarlo, incluso, cuando sea aplicable, mediante la imposición de sanciones penales con el propósito de impedir la impunidad y evitar futuras violaciones.³⁹¹

Estas resoluciones de la AG de la OEA se han ido repitiendo; por ejemplo, en la resolución AG/RES. 2959 (L-O/20) de 21 de octubre de 2020, se reafirma la necesidad de que los Estados adecúen su legislación doméstica para la debida aplicación del DIH, incluso si se tiene que imponer sanciones a quienes incurran en violaciones graves a las normas humanitarias.³⁹²

A nivel del DIH consuetudinario, los Estados deben investigar las graves violaciones, es decir, los crímenes de guerra cometidos por sus ciudadanos o fuerzas armadas en su territorio y acusarlos, en caso de que ello proceda (norma consuetudinaria 158).³⁹³ Esta obligación no depende de la “condición de poder del perpetrador o de la voluntad de las víctimas”,³⁹⁴ sino del hecho de estar consagrada en una norma internacional consuetudinaria, la cual es vinculante para todos los países, independientemente de las normas convencionales que formalmente hayan adquirido.

Al respecto, conviene decir que la obligación de investigar la comisión de violaciones graves al DIH emana de la obligación general de respetar y hacer

³⁹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución 1944 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003.

³⁹¹ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución 2575 (XL-O/10) del 8 de junio de 2010.

³⁹² ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución 2959 (L-O/20) del 21 de octubre de 2020.

³⁹³ Op. cit., HENCKAERTS y DOSWALD-BECK, p. 687.

³⁹⁴ SALMÓN, Elizabeth. “Algunas reflexiones sobre Derecho Internacional Humanitario y Justicia Transicional: Lecciones de la experiencia latinoamericana”. En: REÁTEGUI, Félix (editor). *Justicia Transicional: Manual para América Latina*. Brasil: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011, p. 241.

respetar el DIH; si bien esta se encuentra regulada en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, se trata de un principio general del DIH que se aplica tanto en un CAI como en un CANI.³⁹⁵ Cabe aclarar que esta obligación consta de varios aspectos:

(1) Un *deber negativo* de abstenerse de cometer cualquier violación intencional del DIH [por parte de las fuerzas armadas y por toda la población sobre la que el Estado ejerce autoridad]; (2) un *deber positivo interno* de garantizar la implementación y la aplicación del DIH; y (3) un *deber positivo externo* por parte de los Estados de ejercer presión bilateral o multilateral en otros Estados o partes beligerantes para que respeten el DIH.³⁹⁶

Es precisamente dentro del deber de implementar y aplicar el DIH que los Estados tienen la obligación de adoptar diferentes medidas de prevención, control y punición;³⁹⁷ de ahí que, frente a la violación grave de una norma del DIH, estos también deban investigar y reprimir penalmente una conducta prohibida. Siguiendo esa línea, las Cortes nacionales han desarrollado y manifestado de manera más específica el contenido de dicha obligación. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia estableció:

[...] La obligación general de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario se manifiesta en varios deberes específicos. Entre ellos se cuentan: [...] (2) el deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos en el curso de conflictos armados internos, deber que compete en principio a los Estados por mandato del derecho internacional consuetudinario, pues son estos a través de sus autoridades legítimamente establecidas quienes deben hacer efectiva la responsabilidad penal individual por las infracciones serias del Derecho Internacional Humanitario –sin perjuicio del principio de jurisdicción

³⁹⁵ CAMERON, Lindsey, LA HAYE, Eve, NIEBERGALL-LACKNER, Heike, HENCKAERTS, Jean-Marie y DEMEYERE, Bruno. "Comentario actualizado del I Convenio de Ginebra: una nueva herramienta para fomentar el respeto del derecho internacional humanitario". En: *International Review of the Red Cross*, vol. 97, n°. 900, 2015, p. 7.

³⁹⁶ Op. cit., MELZER, p. 293.

³⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 293 y 298.

universal respecto de la comisión de este tipo de crímenes, que hoy en día goza de aceptación general– [...].³⁹⁸

Por otra parte, en el caso de Costa Rica, con respecto a una consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del Estatuto de Roma de la CPI, se indicó:

Tanto la prevención como la represión de [los] delitos [de genocidio, lesa humanidad y guerra], ha sido y es un deber nacional respecto del cual ha existido conciencia plena aún desde antes de la suscripción del Estatuto [de la Corte Penal Internacional], como también desde tiempos históricos se tomó conciencia en nuestro país de la obligación de sancionar todo tipo de prácticas que sean contrarias a la dignidad humana; obligación que, sin duda alguna, ha sido asumida por el Estado costarricense no solo a nivel interno, sino también frente a la comunidad internacional, y que resulta ser, en definitiva, una manifestación ineludible del carácter democrático que debe imperar en el Estado de derecho.

Todo ello, se resume en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Estos fueron aprobados mediante la Resolución del 16 de diciembre de 2005 de la AG. En el principio III, inciso 4, se estableció:

4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. [...]

Esto significa que las graves violaciones del DIH, como la comisión de los crímenes de guerra, deben investigarse. El Perú, como Estado Parte de los Convenios de Ginebra, así como de los protocolos adicionales, tiene la

³⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999. Sentencia C-291/07 de 25 de abril de 2007. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#_ftn74

obligación de respetar y hacer respetar las normas humanitarias. Si bien el crimen de reclutamiento de niños y niñas ocurrido durante el CANI no está tipificado en el Código Penal, lo cual contraviene la práctica internacional, el Estado peruano no puede abstenerse de su obligación de investigarlo y juzgarlo, pues este se constituye bajo las normas consuetudinarias. El mismo Tribunal Constitucional, en esa línea, resolvió:

El Estado peruano no debe tolerar la impunidad de [...] graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la comunidad internacional. En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del derecho internacional. Estas normas se derivan del derecho internacional, de los derechos humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional.³⁹⁹

Teniendo eso en cuenta, aunque hoy se conocen los hechos pasados del reclutamiento gracias al informe de la CVR y a las diversas fuentes históricas y sociológicas, hasta la fecha no se sabe de alguna investigación judicial sobre la violación grave al DIH al reclutar a menores de 15 años durante el conflicto armado. La judicatura peruana nunca ha sentenciado por este delito, y ello ha repercutido en la continuidad de la impunidad, dado que tal sanción podría desincentivar la comisión de tal delito.

3.2.2 La obligación de juzgar y sancionar por el reclutamiento de niños y niñas

Las normas internacionales convencionales y consuetudinarias que prohíben y criminalizan el reclutamiento y el uso de niños soldados son vinculantes para el Estado peruano. Sobre la prohibición, las normas convencionales aluden a los Convenios de Ginebra (artículo 3 común) y el PA II (artículo 4, inciso 3) en un CANI. El Perú es Estado Parte de los Convenios de Ginebra desde 1956 (Resolución Legislativa 12412 del 31 de octubre de 1955); en el caso del PA II,

³⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Gabriel Orlando Vera Navarrete. Exp. No. 2798-04-HC/TC. Sentencia de 9 de diciembre de 2004, párr. 5-6.

el Perú firmó este instrumento en 1977, pero fue ratificado el 14 de julio de 1989. El retraso de dicha vinculación al PA II se debió, sobre todo, a asuntos políticos y al desconocimiento del tema.⁴⁰⁰

No solo existen normas convencionales, sino consuetudinarias; estas prohíben el reclutamiento y el uso de niños y niñas para que participen en las hostilidades. De acuerdo con el informe del CICR sobre el derecho consuetudinario, esto se encuentra establecido en las normas 135,⁴⁰¹ 136⁴⁰² y 137 del DIH;⁴⁰³ de ahí que, en los años en que ocurrió el CANI peruano⁴⁰⁴, los Convenios de Ginebra (artículo 3 común) y las normas consuetudinarias que prohibían el reclutamiento estuvieran vigentes para el Perú (ver capítulo 1).

Del mismo modo, con respecto a la criminalización del reclutamiento y el uso de niños soldados, en los años en que se desarrolló el CANI peruano, tal criminalización ya formaba parte de la costumbre internacional, la cual también sería codificada en el Estatuto de Roma (ver capítulo 2). En ese sentido, el Estado peruano también está obligado a cumplir la norma que criminaliza tales hechos.

3.2.2.1 Alcances del derecho nacional para juzgar el reclutamiento

Ahora bien, cuando un Estado está obligado a cumplir con un tratado o una norma internacional consuetudinaria, no puede alegar la aplicación del derecho interno en desmedro del internacional, porque eso conllevaría a una responsabilidad internacional.⁴⁰⁵ En ese sentido, el Estado peruano no puede sustraerse de sus obligaciones internacionales con respecto a la prohibición y la

⁴⁰⁰ Op. cit., GURMENDI, pp. 88-91.

⁴⁰¹ Norma 135. Los niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales. HENCKAERTS y DOSWALD-BECK.

⁴⁰² Norma 136. Las fuerzas armadas o los grupos armados no deberán reclutar niños. Op. cit., HENCKAERTS y DOSWALD-BECK.

⁴⁰³ Norma 137. No se permitirá que los niños participen en las hostilidades. *Ibíd.*

⁴⁰⁴ Cabe señalar que las características del conflicto armado interno que se desató en el país, se corresponden con la aplicación del artículo 3 común, Al respecto, Salmón indica que se aplica el artículo 3 común y no el PA II, debido a que no se presentan características de un “conflicto de alta intensidad”, el cual exige un control territorial o capacidad de sostener operaciones militares. Op. cit., SALMÓN, pp. 84-85.

⁴⁰⁵ Artículo 1: Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. AG/56/83.

criminalización del reclutamiento de niños y niñas al alegar la falta de regulación en su ordenamiento interno.

En efecto, para implementar las disposiciones del derecho internacional en un ordenamiento jurídico interno, los Estados deben decidir de qué manera han de cumplir con sus obligaciones internacionales. Así, la incorporación de estas al ordenamiento nacional ha estado marcada por dos teorías: el dualismo y el monismo. El primero parte de la idea de que el derecho internacional y el derecho interno son ordenamientos jurídicos con características distintas; por tanto, la incorporación del primero en el segundo requiere de un mecanismo especial aparte de la ratificación o la adhesión al tratado.⁴⁰⁶

Por otra parte, el monismo plantea la unidad de ambos sistemas, por lo que la integración de la norma internacional en el sistema estatal no necesita de un acto expreso de la voluntad del Estado.⁴⁰⁷ La Constitución peruana expresa un modelo monista, su artículo 55 establece que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Es decir, los tratados internacionales son incorporados al derecho interno de forma inmediata, luego de haber cumplido con el proceso de ratificación y la entrada en vigor, sin que sea necesario realizar otro acto.

Asimismo, los Estados tienen la facultad de determinar el rango jerárquico de las normas internacionales. Se ha determinado que los tratados de derechos humanos, al igual que las disposiciones del DIH que buscan proteger la dignidad humana, tienen rango constitucional. En ese sentido, aunque la Constitución de 1993 no lo señala de manera explícita, ello se explica a nivel jurisprudencial; de esa forma, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 00022-2011-PI/TC del 8 de julio de 2015, ha interpretado:

Las normas del DIH conforman nuestro ordenamiento jurídico –parte del bloque de constitucionalidad internacional–, convirtiéndose en parámetro normativo y de interpretación para el desarrollo del derecho interno y el control de los actos o decisiones que tienen lugar en las situaciones de conflicto y que afectan a las personas que no participan en las hostilidades

⁴⁰⁶ SALMÓN, Elizabeth. *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: PUCP, 2014, p. 273.

⁴⁰⁷ *Ibíd.*, p. 274.

o que han dejado de hacerlo, así como en lo relativo a los medios y métodos de los enfrentamientos.⁴⁰⁸

En principio, las normas del DIH (artículo 3 común, artículo 4 del PA II y las consuetudinarias) forman parte del ordenamiento jurídico peruano automáticamente; sin embargo, su aplicabilidad depende de si se trata de una norma autoaplicativa (*self-executing*) o no autoaplicativa (*non-self-executing*). Así, las normas autoaplicativas no requieren de otras para hacer cumplir la norma internacional en el ordenamiento interno; en cambio, las no autoaplicativas sí necesitan de una norma interna que permita la aplicación y la ejecución de la norma internacional.⁴⁰⁹ En ese sentido, la doctrina considera que las normas internacionales de carácter incriminatorio son no autoaplicativas, especialmente en virtud de las exigencias del principio de legalidad penal.⁴¹⁰ Finalmente, como se ha demostrado, las normas que prohíben el reclutamiento y el uso de niños son de naturaleza incriminatoria y, por tanto, no autoaplicativas.

Para superar esta barrera, se suele recurrir a la implementación previa de las normas no autoaplicativas en códigos penales; no obstante, esa no es la realidad del ordenamiento jurídico peruano. Los códigos penales de 1924 y 1991 corresponden al periodo en que se desarrolló el conflicto armado peruano; sin embargo, ni el primero ni el segundo tipifican el reclutamiento de menores de 15 años como un crimen de guerra. A pesar de que el Estado peruano ratificó los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales I y II de 1977, así como el Estatuto de Roma, los crímenes de guerra no se encuentran implementados al día de hoy.

Cabe mencionar que hubo un intento desacertado de tipificar normas de DIH; esto, a través del Código de Justicia Militar Policial (CJMP), aprobado por el Decreto Legislativo (DL) N° 961. En este, se establecieron los delitos contra el DIH. Así, el CJMP recogía el asesinato, la tortura, la violación e, incluso, el reclutamiento de niños como delitos de función (artículo 90); sin embargo, este

⁴⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia N° 00022-2011-PI/TC, 8 de julio de 2015, párr. 334.

⁴⁰⁹ SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 106.

⁴¹⁰ MONTOYA, Iván. "El derecho internacional y los delitos". En: MACED, Francisco (coordinador). *Los Caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2007, p. 43.

artículo fue declarado inconstitucional por el TC, toda vez que los bienes jurídicos de la "vida" y la "integridad física" no eran bienes particulares de las Fuerzas Armadas Nacionales (fundamento 74).⁴¹¹ Se trata de bienes comunes y deben ser protegidos por la legislación penal ordinaria y no por el CJMP.

Posteriormente, se promulgó el Código Penal Militar Policial el 31 de agosto de 2010, mediante el DL N°1094. En este, se incluyó el delito del reclutamiento y la utilización de menores de 18 años en las hostilidades como delito de función (artículo 38 - *Delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario*)⁴¹², lo cual ya había sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en el 2006.

Asimismo, se promulgó el DL N° 1095, el cual estableció las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas Nacionales en el territorio nacional;⁴¹³ en este, se reiteró que las conductas ilícitas en las que incurre el personal militar corresponden a la jurisdicción y la competencia del Fuero Militar Policial (artículo 27). Sin embargo, no todas las conductas ilícitas cometidas por militares y policías son delitos de función, pues las conductas que contravengan bienes jurídicos civiles no pueden constituirse como tal.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia N° 00022-2011-PI/TC del 8 de julio de 2015, determinó la interpretación del artículo 27 conforme al artículo 173 de la Constitución y los elementos del delito de función. Así, se sostuvo que el delito de función debe cumplir con tres características: que el sujeto activo sea un militar en actividad (elementos subjetivos); que el delito se haya cometido en acto de servicio (elemento funcional); y que se vean afectados bienes jurídicos propios y particulares de las Fuerzas Armadas Nacionales (elemento objetivo).⁴¹⁴

⁴¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia N° 0012-2006-PI/TC de 15 de diciembre de 2006.

⁴¹² DL N° 1094. Artículo 88.- Delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario: El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, utilice a menores de dieciocho años en las hostilidades, deporte o traslade forzosamente personas o tome como rehén a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

⁴¹³ El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1095 se promulgó mediante Decreto Supremo N° 003-2020-DE el 15 de marzo de 2020.

⁴¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia N° 00022-2011-PI/TC, 8 de julio de 2015, párr. 77 – 97.

Aquí es importante mencionar que el Tribunal Constitucional también se pronunció sobre el artículo 3. F⁴¹⁵ y 5.1⁴¹⁶ en relación con el “grupo hostil”. En la referida sentencia, el organismo sostuvo que este debía interpretarse conforme el DIH, según lo dispuesto en el artículo 1.1 del PA II y el artículo 3 común con respecto a lo que se denominaba un “grupo armado”. En otras palabras, el DL N° 1095 debe ajustarse al derecho internacional.⁴¹⁷

Después de esta sentencia, se han publicado decretos supremos cada 60 días, aunque algunos de ellos han tenido características que valen la pena resaltar. El primero fue el Decreto Supremo 047-2015-PCM que declaró un estado de emergencia y solo advirtió que "la intervención de las Fuerzas Armadas se efectuará conforme a lo dispuesto en el DL N° 1095" (artículo 4). No obstante, fue a partir del Decreto Supremo 076-2016-PCM del 5 de octubre de 2016 que se señaló explícitamente que "la actuación de las Fuerzas Armadas se rige por las normas del Derecho Internacional Humanitario, conforme a lo establecido en el DL N° 1095" (artículo 4). De hecho, es relevante traer a colación la exposición de motivos del Decreto Supremo 076-2016-PCM, referido a la aplicación del DIH:

Así, es importante señalar que en el marco del Derecho Internacional Humanitario, en el cual se basa lo dispuesto en el Título I del Decreto Legislativo N°1095, en la zona del VRAEM se actúa en un conflicto no internacional que, de acuerdo a lo señalado en el Protocolo Adicional II de

⁴¹⁵ Artículo 3 literal f del Decreto Legislativo N° 1095: “Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización” (*)

(*) De conformidad con el Numeral 2.6 del Numeral 2 del Expediente N° 00022-2011-PI-TC, publicado el 22 agosto 2015, se dispone INTERPRETAR el presente literal, en el extremo que se refiere al “grupo hostil”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del “grupo armado”.

⁴¹⁶ Artículo 5.1 del Decreto Legislativo N° 1095: Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario.

(*)

(*) Numeral reafirmado como CONSTITUCIONAL por el Numeral 1.2 del Numeral 1 del Expediente N° 00022-2011-PI-TC, publicado el 22 agosto 2015.

(*) De conformidad con el Numeral 2.6 del Numeral 2 del Expediente N° 00022-2011-PI-TC, publicado el 22 agosto 2015, se dispone INTERPRETAR el presente artículo, en el extremo que se refiere al “grupo hostil”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del “grupo armado”.

⁴¹⁷ Op. cit. GURMENDI, p. 122.

los Convenios de Ginebra, lo describe como aquel que se desarrolla en el territorio de una alta parte contratante entre sus Fuerzas Armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, en el cual estas últimas deben estar bajo la dirección de un mando responsable, que les permita ejercer sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. En estas operaciones, los integrantes de las fuerzas armadas disidentes son considerados objetivos militares en combate, no habiendo restricciones para la actuación de las Fuerzas Armadas en el empleo de sus armas respetando lo dispuesto en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. En este caso el militar actúa tal cual fue formado, es decir como soldado.⁴¹⁸

Esto es de suma importancia para sancionar el reclutamiento que aquí se aborda. Si el Estado plantea la existencia de un CANI en la zona del VRAEM, no puede más que cumplir con la aplicación del DIH y regular toda la situación de acuerdo con ello, de forma que se generen obligaciones tanto para las Fuerzas Armadas Nacionales como para los grupos armados que operan allí. En ese sentido, el DIH debe estar presente no solo para el tema de la conducción de las hostilidades, sino también cuando se protege a personas y bienes civiles. Así, corresponde proteger a los niños de ser reclutados o de su participación en las hostilidades; de lo contrario, la comisión de esos actos implicaría la sanción como un crimen de guerra para ambas partes.

Este alcance del mismo derecho nacional sirve como punto de partida legal para ahondar en la criminalización del reclutamiento. Aunque ha habido intentos fallidos de tipificar el reclutamiento y el uso de niños en un CANI, y a pesar de que hasta la fecha hay una ausencia de tipificación en el Código Penal, ello no exonera al Estado peruano de su obligación de investigar, juzgar y sancionar los delitos vigentes a nivel internacional. Es necesario recalcar que la ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado peruano representa un avance en la lucha contra la impunidad; se advierte, sin embargo, que la investigación, el juzgamiento y el castigo de crímenes empieza por las cortes nacionales. De esta

⁴¹⁸ Exposición de Motivos del Decreto Supremo 076-2016-PCM. En: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Octubre/06/EXP-DS-076-2016-PCM.pdf>

manera, la judicatura peruana debe tomar en cuenta la norma consuetudinaria que criminaliza el reclutamiento de niños y niñas en un CANI, a fin de juzgar y sancionar los actos cometidos en el pasado y el presente.

3.2.2.2 Aplicación de la doble subsunción: camino de solución para el juzgamiento y sanción de reclutamiento

La práctica nacional revela que no existe un amplio conocimiento especializado en cuanto a la aplicación del derecho internacional, especialmente del DIH, cuando se han cometido graves violaciones a sus normas por particulares o agentes del Estado peruano; así, solo en contados casos, las cortes nacionales se han atrevido a resolver las acusaciones al emplear categorías internacionales. En realidad, la única sentencia penal a la que se ha podido tener acceso que examina la violación al DIH es la referida a la denuncia penal contra Abimael Guzmán Reynoso y otros 22 miembros de SL,⁴¹⁹ por los crímenes cometidos en el contexto del conflicto armado peruano. Para ello, la Sala Penal Nacional aplica, entre otras categorías, las normas del DIH, aunque la condena no sigue la lógica de las violaciones graves a las normas del DIH.

Para el análisis del juzgamiento, la Sala recurre no solo a las normas del derecho interno, sino a las internacionales, convencionales y consuetudinarias. Por un lado, al seguir lo señalado por la CVR, la Sala confirmó que el derecho aplicable al conflicto armado peruano es el artículo 3 común; y, por otro lado, esta reconoció que es posible aplicar "[...] algunas disposiciones de dicho protocolo [Protocolo II] que han alcanzado el carácter de normas consuetudinarias o reflejan principios de alcance universal, que deben aplicarse a cualquier situación de conflicto armado, más allá de su caracterización jurídica".⁴²⁰ De acuerdo con Salmón:

⁴¹⁹ Los otros acusados fueron: Elena Albertina Yparraguirre Revoredo, Óscar Alberto Ramírez Durand, Margi Eveling Clavo Peralta, María Guadalupe Pantoja Sánchez, Laura Eugenia Zambrano Padilla, Osmán Roberto Morote Barrionuevo, Margot Lourdes Liendo Gil, Victoria Obdulia Trujillo Agurto, Martha Isabel Huatay Ruíz, Víctor Zavala Cataño, Angélica Salas de la Cruz, Rómulo Misaico Evanan, Carlos Espinoza Ríos, Gerardo Saenz Román, Judith Ramos Cuadros, Ostap Arturo u Ostaf Morote Barrionuevo, Juana Teresa Durand Araujo, Hildebrando Pérez Huarancca, Víctor Quispe Palomino o Glicerio Alberto Aucapoma Sánchez, Gilber Curitomay Allauca, Raúl Allcahuaman Arones y Félix Quichua Echejaya.

⁴²⁰ Sala Penal Nacional. *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Expediente acumulado 560-03. Fundamento 8vo.

Lo primero [...] convalida en sede judicial lo dicho por una comisión que, si bien fue creada oficialmente, no tenía funciones orientadas a establecer proposiciones jurídicas. Lo segundo es importante porque reconoce la relevancia del artículo 3 común como estándar exigible a las partes enfrentadas, pero también, y esto resulta particularmente excepcional en el marco de la jurisprudencia nacional, afirma la aplicabilidad de normas consuetudinarias internacionales; es decir, normas que resultan de la práctica estatal y no de tratados que adquieren, por esta vía, carácter obligatorio incluso para aquellos que no sean partes de ellos.⁴²¹

En ese sentido, se reitera la aplicación de ciertas disposiciones del PA II que han alcanzado el carácter de norma consuetudinaria; esto conlleva a recordar el análisis desarrollado en los capítulos previos, donde se explica, precisamente, que una de estas disposiciones, la prohibición del reclutamiento y la utilización de menores de 15 años (artículo 4 del PA II) goza de naturaleza consuetudinaria, cuya violación genera responsabilidad penal. Se trata pues de una provisión que complementa el principio de humanidad regulado en el artículo 3 común.

La sala, sin embargo, a pesar de usar las normas del DIH para el razonamiento y señalar que "[...] los integrantes, y en especial sus dirigentes, del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso llevaron a cabo u ordenaron la realización de atentados y acciones armadas al margen del Derecho Internacional Humanitario e incurrieron en la violación sistemática del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra",⁴²² no utiliza como parámetro interpretativo de su sentencia los crímenes de guerra. En todo caso, aunque se condenó por los delitos de terrorismo y homicidio calificado según el derecho interno, se les podría haber calificado también como crímenes de guerra en el marco del derecho internacional consuetudinario; esta, sin duda, fue una oportunidad valiosa, pero desaprovechada por la judicatura peruana.

⁴²¹ SALMÓN, Elizabeth. "La calificación del conflicto armado interno y el postulado de la prohibición del terrorismo en el derecho internacional humanitario. La Sala Penal Nacional y su innovadora aproximación al Derecho Internacional Humanitario. IDEHPUCP". En: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/la%20sala%20penal%20nacional%20y%20su%20innovadora%20aproximacion%20al%20derecho%20internacional%20humanitario.pdf>

⁴²² SALA PENAL NACIONAL. *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Expediente acumulado 560-03. Fundamento 8vo.

Sin perjuicio de ello, el aporte que se puede extraer de esta sentencia a nivel interno en relación con el tema de la criminalización de los delitos internacionales es la confirmación de que el derecho aplicable también puede ser una norma internacional consuetudinaria. Si se considera que esta es precisamente la prohibición del reclutamiento, cuya violación genera responsabilidad penal, cabe la posibilidad de alegar válidamente la sanción penal del reclutamiento de menores como un crimen de guerra, independientemente de si fue cometido en el pasado como los del presente.

Queda, sin embargo, la cuestión de la no tipificación de dicho crimen en el ordenamiento jurídico interno. Al respecto, actualmente existe una práctica que apunta a armonizar el principio *nullum crimen sine lege* del derecho interno con las obligaciones del derecho internacional. Según este método, los hechos son calificados con los tipos penales del derecho interno vigente y, al mismo tiempo, se reconoce si estos constituyen crímenes internacionales; ello, de acuerdo con el DPI, es decir, las normas de naturaleza consuetudinaria o de *ius cogens*.⁴²³

En efecto, la aplicación de esta modalidad no es algo nuevo para el tribunal peruano, puesto que se ha recurrido a ella para perseguir crímenes internacionales; principalmente, el crimen de lesa humanidad. A modo de ejemplo, la sentencia contra el expresidente Alberto Fujimori por la matanza en Barrios Altos (1991)⁴²⁴ y La Cantuta (1992)⁴²⁵ constituye una clara manifestación de la sanción de los hechos según los tipos penales existentes en el momento en que ocurrieron y la calificación de crimen internacional. Así, tras comprobarse los hechos, el 7 de abril de 2009, la Sala Penal Especial le impuso una condena de 25 años de prisión al expresidente Fujimori.⁴²⁶

La Sala Penal también fundamentó que, al no existir al momento de la comisión de los hechos (1991 -1992) una figura penal en el ordenamiento punitivo peruano que justificara que se trataba de un crimen internacional, se debía recurrir al derecho interno y justificar que los ataques que habían causado las muertes y

⁴²³ Op. cit., BURNEO, p. 228.

⁴²⁴ El caso Barrios Altos refiere al asesinato de 15 personas por parte de agentes adscritos al Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) un 3 de noviembre de 1991

⁴²⁵ El caso La Cantuta trata sobre el secuestro y asesinato de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta el 17 de julio de 1992.

⁴²⁶ El Ministerio Público inició las investigaciones de estos dos casos en 2001. El juicio oral inició el 10 de diciembre de 2007 y culminó el 7 de abril de 2009.

lesiones graves de 29 personas se configuraran como delitos de homicidio calificado y lesiones graves, según los artículos 45 y 46 del Código Penal. No obstante, la Sala no deja de reconocer que tales delitos también se configuran como crímenes contra la humanidad de acuerdo con el DPI.⁴²⁷

Asimismo, se argumentó que no se puede recurrir a una norma convencional para justificar un crimen internacional, dado que esta no existe; pero sí se puede aplicar la norma internacional consuetudinaria. Para ello, la Sala Penal se basó en disposiciones que forman parte del derecho internacional consuetudinario: la Declaración del 28 de mayo de 1915 de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia; la Conferencia Preliminar de Paz de enero de 1919; el Estatuto del TMIN; el Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente; el artículo 5 del Estatuto del TPIY; el artículo 3 del TPIR; y el artículo 7 del Estatuto de la CPI. Esto, a fin de justificar que tales disposiciones se aplicaran a los hechos ocurridos.⁴²⁸

Precisamente, lo anterior sirve para sustentar que, aunque entre 1980 y 2000 se cometieron reclutamientos y se utilizaron menores de 15 años en el CANI peruano, no existía una norma internacional convencional que criminalizara dicha conducta (el Estatuto de Roma entró en vigencia en el 2002). Aun así, se podía invocar la norma consuetudinaria que criminalizaba tales actos; más aún, para el juzgamiento de los casos de reclutamiento actuales, la base jurídica no solo está asentada en una norma consuetudinaria, sino en una convencional: el Estatuto de Roma que la codificó.

De esta forma, la sentencia contra Fujimori demuestra la aplicación del método de la doble subsunción; es decir, por un lado, la aplicación de tipos penales ordinarios vigentes al momento de cometerse los hechos y, por otro, la calificación jurídica de tales conductas como crímenes internacionales. La Sala Penal lo manifestó de manera expresa:

Las disposiciones indicadas [...], bajo el ámbito esencial del Estatuto de Núremberg, en tanto forman parte del derecho internacional

⁴²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL ESPECIAL. Caso Alberto Fujimori Fujimori. Sentencia Ex. N° A. V. 19-2001, 7 de abril de 2009, párr. 711

⁴²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL ESPECIAL. Caso Alberto Fujimori Fujimori. Sentencia Ex. N° A. V. 19-2001, 7 de abril de 2009, párr. 710.

consuetudinario y se configuraron antes de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, son plenamente aplicables para la labor de subsunción.⁴²⁹

Para seguir con la práctica de la judicatura peruana, el reclutamiento de niños menores de 15 años por parte de las fuerzas y los grupos armados (SL y el MRTA) puede adecuarse a un tipo penal, como, por ejemplo, el secuestro vigente en la época en que ocurrieron los hechos, sin dejar de calificarse como un crimen de guerra según el derecho internacional consuetudinario.

3.2.2.3 Irretroactividad de la Ley Penal Nacional por crímenes internacionales y respeto del principio de legalidad

En el derecho nacional, el principio de legalidad se fundamenta en la necesidad de determinar las normas jurídicas, a fin de que el ciudadano conozca las conductas prohibidas para evitar arbitrariedades en la persecución de delitos.⁴³⁰ En ese sentido, este principio no se viola cuando se aplica un tipo penal previsto en el derecho interno; así, si el acto de reclutamiento es subsumido en el tipo penal de secuestro, no habría ninguna vulneración al principio de legalidad.

El delito de secuestro está tipificado en el artículo 152 del Código Penal, y se configura cuando una persona “sin derecho, motivo, ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o el tiempo que el agraviado sufra”. En ese sentido, el bien jurídico que se protege es la libertad. De igual modo, cuando un menor es reclutado y usado para participar en las hostilidades, la libertad es uno de los derechos vulnerados, e incluso, en ciertas circunstancias, la integridad o la vida.

En ese sentido, si las conductas ilícitas establecidas en el derecho internacional, aquellas consideradas como crímenes internacionales, no están tipificadas en la legislación nacional, ¿estas no podrían investigarse, juzgarse y sancionarse como tal? En lo absoluto. En ese sentido, el derecho internacional cumple un rol

⁴²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL ESPECIAL. Caso Alberto Fujimori Fujimori. Sentencia Ex. N° A. V. 19-2001, 7 de abril de 2009, párr. 711

⁴³⁰ Nota de prensa de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/84857-ministro-fernando-castaneda-se-compromete-a-impulsar-anteproyecto-de-ley-para-prevenir-y-sancionar-crimenes-internacionales>

fundamental como fuente legal para perseguir ciertas conductas: en cuanto a la propuesta de la doble subsunción, al momento de evaluar la conducta conforme al delito nacional, también se debe adecuar esta al derecho internacional para la calificación como un crimen internacional.⁴³¹

Así, el objeto del principio de legalidad es “permitir el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como criminales por los principios generales del derecho internacional, aun cuando estos actos no estaban tipificados al momento de su comisión ni por el Derecho Penal Internacional ni por el Derecho Penal Nacional”.⁴³² En esa línea, el artículo 15 del PIDCP establece que nada debe oponerse “al juicio ni a la condena por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Como se ha visto, tanto la costumbre como los principios son fuentes del derecho internacional. Las normas consuetudinarias del DIH son de vital importancia para fundamentar la responsabilidad penal individual cuando se cometen crímenes de guerra. Así las cosas, las normas internacionales consuetudinarias deben ser tomadas en cuenta para la persecución penal de crímenes internacionales, incluso cuando tales crímenes no estuvieran tipificados en el Código Penal al momento de su comisión.⁴³³ A modo de ilustración, la Fiscalía Suprema, frente al recurso de nulidad presentado por la defensa de Fujimori contra la sentencia condenatoria de la Sala Penal Especial, manifestó:

La amplitud de fuentes del derecho internacional no entra en contradicción con el principio de legalidad del derecho penal interno, puesto que no se exige del operador jurídico que “invente” un tipo penal, sino que aplique el que más se aproxime a la conducta prohibida internacionalmente.⁴³⁴

De igual manera, la Corte Suprema de Colombia afirmó que las investigaciones judiciales, así como la adaptación típica de la conducta, deben guiarse por los

⁴³¹ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington, D. C.: Fundación para el debido proceso legal, 2009, p. 179.

⁴³² *Ibíd.*, p. 170.

⁴³³ *Ibíd.*, p. 168.

⁴³⁴ FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL. Recurso de Nulidad. Expediente N° A.V. 19-2001-09, párr. 105.

“principios y mandatos superiores”.⁴³⁵ Posteriormente, en una sentencia de 2009, dicha Corte enfatizó:

Es obligación del Estado colombiano garantizar que las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario sean castigadas como lo que son, esto es, como atentados que no solo afectan la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad de las personas, entre otros bienes relevantes, sino que atentan contra valores fundamentales reconocidos por la humanidad entera y compilados en el conjunto de normas que conforman el llamado Derecho Internacional Humanitario.⁴³⁶

Por ello, siguiendo tales interpretaciones, la falta de tipificación del delito de reclutamiento de niños y niñas en la legislación nacional no puede ser un obstáculo para no cumplir con la obligación de investigar y juzgar a los responsables de la conducta ilícita; de hecho, dicho reclutamiento y la participación de los niños en las hostilidades constituyen conductas prohibidas y criminalizadas en el ámbito del derecho internacional consuetudinario. Por tanto, la base legal para perseguir penalmente a los perpetradores del reclutamiento se basa en un tipo penal del derecho doméstico, así como en una norma internacional consuetudinaria que sostiene el crimen internacional.

3.2.2.4 La imprescriptibilidad del reclutamiento como crimen de guerra

Como se vio en el capítulo anterior, antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, el reclutamiento de menores de 15 años en un CANI ya calificaba como un crimen de guerra, según el derecho internacional consuetudinario. Este crimen se sustenta en cuatro elementos: a) el quebrantamiento de valores que el derecho internacional protege y causa graves consecuencias a las víctimas; b) los valores contenidos en normas internacionales, ya sea por costumbre o tratado; c) la responsabilidad penal individual generada por la violación de dichas

⁴³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso contra Wilson Salazar Carrascal. Auto de 31 de julio de 2009. Radicado 32.539. Magistrado ponente: Augusto J. Ibañez Guzmán.

⁴³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 21 de setiembre de 2009, radicado No. 32022. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

normas internacionales; y d) el nexo con el conflicto armado.⁴³⁷ Ello fue reconocido en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda; específicamente, la vulneración del artículo 3 común y el artículo 4 del PA II, los cuales constituyen crímenes de guerra y deben ser investigados y sancionados.

La calificación de un acto como crimen de guerra tiene como consecuencia la imprescriptibilidad;⁴³⁸ es decir, no cabe una prescripción de una conducta, entendida como la extinción de una responsabilidad criminal en razón del tiempo transcurrido,⁴³⁹ que puede calificarse como crimen de guerra. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es un principio general consagrado en los principios del derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg.⁴⁴⁰ En suma, este principio de los crímenes internacionales ha sido reconocido por el derecho internacional convencional y consuetudinario.

Así, en 1968, entró en vigor la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual codificó el principio en cuestión.⁴⁴¹ Este instrumento confirma la aplicación universal del principio de imprescriptibilidad, incluso si los actos ilícitos se cometieron con anterioridad a su entrada en vigencia es decir, con una aplicación retroactiva.⁴⁴² Además, según el informe del CICR, la norma 160 del DIH consuetudinario

⁴³⁷ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. United States: Oxford University Press, 2003, pp. 47-49.

⁴³⁸ La primera vez que se hizo referencia a la imprescriptibilidad del crimen de guerra fue en el Derecho de Nuremberg mediante la Ley N°10, *Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y de Lesa humanidad del 20 de diciembre de 1945*. Artículo II.5: “En un causa o proceso instruido por uno de los delitos mencionados, el acusado no tendrá derecho al beneficio de la prescripción con respecto al periodo comprendido entre el 30 de enero de 1933 y el 1 de julio de 1945, y toda inmunidad, indulto o amnistía que se hubiere otorgado durante el régimen nazista no se admitirá como un impedimento para encausar o sancionar al responsable de una violación”.

⁴³⁹ Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional. Fundación para el debido proceso legal, p. 301.

⁴⁴⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Quincuagésima quinta reunión plenaria, RES/AG/95(I), 11 de diciembre de 1946.

⁴⁴¹ UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity. 26 de noviembre de 1968. En: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280034934&clang=_en

⁴⁴² Op. cit., CIJ. *Guía para profesionales No. 7*, p. 385.

también enuncia que “las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra”.⁴⁴³

Por otro lado, se ha sostenido que las disposiciones de dicha convención rigen a partir de su entrada en vigencia, una vez que un Estado lo haya ratificado. Este ha sido el caso del Estado peruano, el cual ratificó dicha convención en el 2003, según la Resolución Legislativa 27998 del 12 de junio. El Estado peruano planteó una reserva, la cual estableció en un artículo único:

De conformidad con el artículo 103 de su Constitución Política, el Estado peruano se adhiere a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, para los crímenes que consagra la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú.

En definitiva, se han generado diversos debates en torno a este tema; no obstante, hay razones suficientes para no estar de acuerdo con la reserva planteada. Se rescata la imprescriptibilidad en su calidad de principio del derecho internacional (fuente normativa)⁴⁴⁴, la cual puede aplicarse a los hechos acontecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho convenio para el país. En esa línea, a modo de ejemplo, en la jurisprudencia argentina se ha manifestado:

Esta convención solo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

En rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial “es proteger

⁴⁴³ Op. cit., HENCKAERTS y DOSWALD-BECK.

⁴⁴⁴ Artículo 38 del estatuto de la CIJ.

a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal” [...].

[...]

De acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado nacional como parte de la comunidad internacional.⁴⁴⁵

En ese sentido, todos los Estados, más allá de ser parte de dicha convención, están obligados a garantizar la no aplicación de normas de prescripción a los crímenes de mayor importancia para la comunidad internacional; de lo contrario, quebrantarían la obligación de investigar, juzgar y sancionar tales crímenes. En el caso peruano, el respeto del principio de imprescriptibilidad se ha visto fortalecido mediante instrumentos de derechos humanos. En ese sentido, Montoya afirmó que el principio de imprescriptibilidad es obligatorio para el Estado peruano, al menos desde la vigencia de la Convención Americana, de la cual el Perú es Estado Parte.⁴⁴⁶ Ello, debido a que dicho instrumento de derechos humanos también consagra el principio de imprescriptibilidad de las violaciones más graves de los mencionados derechos.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Recurso promovido por la querrela en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b), Considerandos 26-29, 31-33 citado en *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Fundación para el debido proceso legal, p. 309.

⁴⁴⁶ Op. cit., p. 53.

⁴⁴⁷ En efecto, la Corte IDH, estableció la aplicación del principio de imprescriptibilidad en el caso *Barrios Altos vs Perú*. Al respecto, señaló que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs Perú*. Interpretación de la sentencia de fondo. Sentencia del 3 de septiembre de 2001, párr. 15. Véase también CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benavides vs Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte IDH de 27 de noviembre de 2003, párr. 11

Pese a ello, en el caso peruano, se evidencia que durante la etapa posconflicto el acceso a la justicia se vio truncado por la creación de leyes que transgredían los derechos de las víctimas. Precisamente eran las leyes de amnistías (o autoamnistías, cuya denominación se debe a la CIDH) las que resultaban ser arbitrarias y propulsoras de la impunidad; así, por ejemplo, el Congreso emitió la Ley de Amnistía General, Ley No. 26479, el 14 de junio de 1995. Esta estaba destinada a conceder amnistía general a todo el personal militar, policial o civil involucrado en los delitos cometidos durante el conflicto armado, con lo que también invalidaba las investigaciones en curso para su archivo definitivo. Tal situación fue revertida con la sentencia del caso Barrios Altos del 14 de marzo de 2001 de la Corte IDH, la cual concluyó que dicha ley violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por tanto, carecía de efectos jurídicos.⁴⁴⁸

Esta jurisprudencia se consolidó con otras posteriores, como el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, y el caso Cantuta vs. Perú. En este último, la Corte IDH se pronunció específicamente acerca de la Convención sobre la Imprescriptibilidad, y afirmó:

Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

[...] Aun cuando [el Estado] no ha[ya] ratificado dicha convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de derecho internacional general (*ius cogens*), que no nace con tal Convención, sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, [el Estado] no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

⁴⁴⁸ Op. cit., CIDH, párr. 41 y 51.4.

De tal manera, en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan grave [...].⁴⁴⁹

En ese sentido, la Corte IDH no solo hacía mención a la imprescriptibilidad de las graves violaciones de derechos humanos, sino a los crímenes internacionales, como el de guerra. De hecho, esta jurisprudencia fue compartida y sostenida por el Tribunal Constitucional; al respecto, este órgano tuvo que pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del decreto legislativo que regulaba la aplicación de normas procesales por delitos que implicaban violación de derechos humanos, este es, el DL N° 1097.⁴⁵⁰ Asimismo, la primera disposición complementaria final de este recogía el artículo único de la Resolución Legislativa N° 27998, la cual contenía la reserva para aplicar la imprescriptibilidad a los hechos cometidos después del 2003. En efecto, dicho Tribunal declaró inconstitucional esta disposición complementaria, y consideró que la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad eran normas de *ius cogens*; por tanto, cualquiera que fuera la fecha en que se hubieran cometido, eran imprescriptibles.⁴⁵¹ En ese sentido, el Tribunal Constitucional resaltó:

La declaración aludida contraviene el objeto y fin de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de guerra, toda vez que este instrumento establece, en su artículo I, que los crímenes señalados son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido. En consecuencia, la declaración del Estado peruano de limitar la regla de imprescriptibilidad para los casos posteriores a la fecha de entrada en vigor de la convención (9 de noviembre de 2003), supone, además,

⁴⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs Perú*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162, párr. 225.

⁴⁵⁰ Actualmente derogado.

⁴⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Caso 25% del Número Legal de Congresistas*. Expediente N° 0024-2010-PI/TC. Sentencia del 21 de marzo de 2011, párrs. 67-68

interponer una reserva violatoria del derecho internacional que impide el esclarecimiento de crímenes de estas características que hayan tenido ocurrencia con fecha anterior al 9 de noviembre de 2003, deviniendo en un incumplimiento de sus obligaciones internacionales de investigar y sancionar a los responsables de estos crímenes.⁴⁵²

De ahí que la reserva acerca de la aplicación de imprescriptibilidad para los crímenes de guerra cometidos después del 9 de noviembre de 2003 fuera declarada inconstitucional; sin embargo, esta jurisprudencia ha entrado en contradicción con una posterior demanda de *habeas corpus* que tuvo que resolver el Tribunal Constitucional. El expresidente Francisco Morales planteó una demanda de *habeas corpus* para que se declare nula la investigación sobre el presunto delito de secuestro calificado como crimen de lesa humanidad contra el expresidente por los actos realizados como parte del llamado Plan Cóndor (1970-1980).

Al respecto, se tiene que el Tribunal Constitucional declaró fundado el *habeas corpus* del expresidente Francisco Morales. El principal argumento en cuanto a la imprescriptibilidad fue que los hechos imputados ocurrieron en 1978 y, por tanto, la Convención sobre la Imprescriptibilidad, vigente a partir del 2003 en el Perú, no se aplicaba al caso, toda vez que se hizo una reserva en relación con el carácter retroactivo del tratado.⁴⁵³ Al respecto, se considera que este fallo significa un retroceso, pues se había fundamentado que la convención estableciera que la comisión de los delitos no debía prescribir, sin importar la fecha en que hubieran ocurrido.

Por tanto, dado que los crímenes de guerra no prescriben, el reclutamiento de niños y niñas todavía goza de esa característica, según el derecho internacional consuetudinario. Así, sin importar el tiempo y el lugar donde tengan espacio, estos deben investigarse, juzgarse y, si corresponde, sancionarse.⁴⁵⁴

⁴⁵² *Ibíd.*, párr. 74.

⁴⁵³ Esta fue la postura de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada. Mientras que los magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera declararon improcedente la demanda de *habeas corpus*. Por una cuestión procedimental, finalmente, la decisión dirimente recayó en el vicepresidente del TC, Ferrero Costa. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Francisco Morales Bermúdez Cerrutti. Expediente N° 03206-2015-PHC/TC. Sentencia de 15 de setiembre de 2020,

⁴⁵⁴ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución 3074

3.3 Derecho a la reparación de las víctimas de reclutamiento

En el derecho internacional, la obligación de reparar tiene sus cimientos en una obligación interestatal por la realización de un hecho internacionalmente ilícito.⁴⁵⁵ Posteriormente, diversos instrumentos internacionales y regionales han servido para marcar esta obligación en el ámbito del DIDH, el DIH y el DPI. Así, la reparación es un derecho fundamental de la víctima cuando se han violado normas humanitarias o sus derechos humanos en particular. Según el derecho internacional, existen diversas formas de reparación incluidas en las categorías de restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición.⁴⁵⁶

En cuanto al DIDH, a nivel regional, la Corte IDH ha desarrollado una línea jurisprudencial que sigue lo regulado en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.⁴⁵⁷ En el DIH, la norma consuetudinaria 50 afirma que es deber del Estado reparar de manera integral el daño causado. Con respecto al DPI, la CPI reconoce el derecho a reparar en el artículo 75 de su estatuto:

La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en

⁴⁵⁵ Artículo 31 del P Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos: 1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

⁴⁵⁶ DE GREIFF, Pablo. “Introduction: Repairing the past: compensation for victims of human rights”. En DE GREIFF, Pablo. *The Handbook of reparation*. Oxford Scholarship, 2006, p.452.

⁴⁵⁷ Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada

su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda [...].⁴⁵⁸

A nivel universal, la reparación de las graves violaciones a los derechos humanos y las normas humanitarias fue perfeccionada en la resolución de la AG de la ONU de 2005, “Principios y Directrices sobre el Derecho de las Víctimas” (Principios y Directrices, en adelante); esta se trata de las violaciones manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del DIH para interponer recursos y obtener reparaciones. De otra parte, la AG recalcó que los Principios y Directrices básicos:

No entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido.⁴⁵⁹

Más aún, la CPI también se ha guiado por los Principios y Directrices, incluso por la jurisprudencia de la Corte IDH. A ellos, se han sumado la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder (1985) y las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos; estas fueron elaboradas por el Consejo Económico y Social (2005), la Declaración de Nairobi, los Principios de Ciudad del Cabo y los Principios de París. Sobre esta base, se ha concluido que el derecho a la reparación es un derecho humano básico.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Artículo 75 de la CPI:

1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. [...]

⁴⁵⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Preámbulo de la Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

⁴⁶⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL - CPI. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo*. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06, 7 august 2012, par. 185.

Así, ante la vulneración de normas humanitarias o derechos humanos en tiempos de paz o de guerra, se debe garantizar la reparación a las víctimas. Conforme a lo desarrollado en los capítulos previos, los agentes estatales y particulares tienen el deber de respetar las normas de DIH y DIDH, las cuales prohíben el reclutamiento y la utilización de menores de 15 años en las hostilidades. De este modo, la violación o el incumplimiento de dicha obligación conlleva a una necesaria reparación a las víctimas. Asimismo, la reparación debe ser “proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido”,⁴⁶¹ y la finalidad que se persigue es la realización del ser humano y la recuperación de su dignidad.⁴⁶²

3.3.1 Los menores reclutados y sus familiares como víctimas

Como se sabe, la reparación es un derecho que le corresponde a todas las víctimas en contextos de conflictos armados o de paz. Según los Principios y Directrices relacionados, se entiende por víctima:

Toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

De este modo, las víctimas en el DIH son aquellas que han sufrido afectaciones físicas o psicológicas por acciones u omisiones que constituyen graves violaciones del DIH. Asimismo, las víctimas pueden clasificarse como directas o

⁴⁶¹ Principio X. Reparación de los daños sufridos en *Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

⁴⁶² REVISAR Voto Conjunto de los Jueces A.A. Cañado Trindade y A. Abreu B., Caso Loayza Tamayo – reparaciones, párr. 17.

indirectas; estas últimas no han sufrido directamente las violaciones, pero están vinculadas a las víctimas directas. Los familiares, por otro lado, serían las víctimas indirectas, pues tienen derecho a una reparación no solo como derechohabientes, sino porque “son víctimas de otros derechos”;⁴⁶³ por ejemplo, cuando se comprueba que un familiar ha sufrido algún daño a su integridad física y psicológica. En ese sentido, las “Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”⁴⁶⁴ también recogen el derecho a la reparación de víctimas de familiares de los niños y niñas, o de quienes tienen potestad sobre ellos y ellas. Así, el párrafo 35 de tales directrices establece:

XIII. Derecho a la reparación

35. Siempre que sea posible, los niños víctimas y testigos de delitos deberán recibir reparación, a fin de conseguir su plena indemnización, reinserción y recuperación. Los procedimientos para obtener y hacer ejecutoria una reparación deberán ser fácilmente accesibles y adaptados a los niños.

Aunado a ello, los Principios y Directrices mencionados coinciden con las medidas a las que deben adaptarse las víctimas; ello, a fin de “garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias”.⁴⁶⁵ Por tanto, en el caso que compete, los niños y niñas reclutados por el Ejército peruano, el MRTA o SL se constituyen como víctimas directas, quienes sufren la degradación de su dignidad e integridad. De modo similar, sus familiares son víctimas indirectas, dado lo siguiente:

La visibilización de los niños, niñas y jóvenes como víctimas del delito de reclutamiento ilícito debe producirse a partir del reconocimiento de que la

⁴⁶³ JAVE, Iris. *Las reparaciones a las víctimas de la violencia en Colombia y Perú: retos y perspectivas*. Lima: IDEHPUCP, 2008, p.29

⁴⁶⁴ Las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos fueron aprobadas por el Consejo Económico y Social mediante resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005 con el objetivo de constituirse como un marco práctico, orientado a la protección especial de niños víctimas, dada su vulnerabilidad y los daños a los que son expuestos.

⁴⁶⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. *Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Principio 10 de la Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

familia y la comunidad a la que pertenecían al momento de ser vinculados al conflicto también son víctimas del delito.⁴⁶⁶

De igual manera, corresponde contrastar estos lineamientos con el tratamiento jurídico peruano con respecto a la obligación de reparar a las víctimas de reclutamiento. El 28 de julio de 2005 se promulgó la Ley N°28592 que crea el Plan Integral de Reparaciones (PIR); la creación de esta fue parte del proceso de reconciliación nacional planteado en el informe de la CVR. Un año después, se aprobó su reglamento mediante el Decreto Supremo 015-2006-JUS. El PIR establece quiénes son considerados víctimas y a quiénes se excluye. Asimismo, mediante el PIR, se creó el RUV (artículo 9). Finalmente, el PIR, en su artículo 3 de la ley y su artículo 45 del reglamento, señaló:

Para efecto de la presente ley son consideradas víctimas las personas o grupos de personas que hayan sufrido actos u omisiones que violan normas de los derechos humanos, tales como desaparición forzada, secuestro, ejecución extrajudicial, asesinato, desplazamiento forzoso, detención arbitraria, reclutamiento forzado, tortura, violencia sexual en sus diversas formas o muerte, así como a los familiares de las personas muertas y desaparecidas durante el periodo comprendido en el artículo 1 de la presente ley.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley 52 del reglamento excluye a “los miembros de organizaciones subversivas” como beneficiarios; de otro lado, la ley del PIR también determina quiénes son beneficiarios directos e indirectos. Según el artículo 6, las víctimas directas “comprende a aquellos desplazados, las personas inocentes que han sufrido prisión, los torturados, las víctimas de violencia sexual en sus diversas formas, los secuestrados [...]”. Llama la atención –y preocupa– que las víctimas de reclutamiento no estén consideradas como víctimas directas, toda vez que sus derechos se ven afectados de manera directa y permanecen mientras están en el grupo o la fuerza armada.

⁴⁶⁶JIMÉNEZ, Ana María, ARÉVALO, Liz y BONILLA, Margarita. *Delito invisible. Criterios para la investigación del delito del reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia*. Bogotá, D.C.: Comisión Colombiana de Juristas, 2009, p. 91.

En otras palabras, el PIR establece como víctimas a los que sufrieron de reclutamiento forzado, pero no los considera víctimas directas, lo cual no les permite beneficiarse de todos los programas de reparación, como se ve más adelante. A continuación, se desarrolla cada una de las formas de reparación y se analiza si estas se encuentran comprendidas en el PIR y si están dirigidas a las víctimas de reclutamiento en el caso peruano.

3.3.2 Formas de reparación

De acuerdo con Pérez-León Acevedo, en el ámbito del DIDH, se ha manifestado un desarrollo exhaustivo de la obligación de reparar, así como las distintas modalidades. En cambio, en el caso del DIH, dependiendo del tipo de conflicto armado, se han concretado ciertas reparaciones:⁴⁶⁷ dada la interacción entre ambas ramas, se rescatan los valores comunes que subyacen a tal obligación. En vista de ello, las referencias para las reparaciones a los niños y niñas víctimas de reclutamiento o a aquellos que sufren los impactos de la guerra son guiadas por los Principios y Directrices, y la jurisprudencia de la Corte IDH genera los lineamientos exigibles al Estado peruano conforme al control de convencionalidad.⁴⁶⁸

3.3.2.1 Restitución

La restitución permite “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del DIH” (Principio IX inciso 19).⁴⁶⁹ Esta puede manifestarse en medidas que restablezcan derechos como la libertad, la identidad, la ciudadanía y, en general, el disfrute de los derechos humanos. Sin embargo, hay casos donde es

⁴⁶⁷ PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo. "Las Reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional". En: *American University International Law Review*, vol. 23, 2007, pp. 48-49.

⁴⁶⁸ OLIVERA, Jean Franco. *La verdad como forma de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Aplicación a la Transición peruana*. [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 122-126.

⁴⁶⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147, 16 de diciembre de 2005. Ver también el Proyecto sobre Responsabilidad Internacional, en la cual se determina una obligación primaria, la *restitutio in integrum* o restitución, mediante la cual se busca restablecer la situación que acontecía antes de la comisión del hecho ilícito (artículo 35).

imposible la restitución, sobre todo cuando existe una imposibilidad material (por ejemplo, el homicidio) o jurídica (el derecho interno no lo permite)⁴⁷⁰.

De otro modo, se tiene la posibilidad de determinar ciertas medidas para garantizar los derechos vulnerados y reparar los efectos producidos. Así, según corresponda, el restablecimiento de derechos como la identidad, la vida familiar o la ciudadanía, los cuales se ven afectados en los menores cuando son reclutados, deben ser restituidos en el marco de un tratamiento y una protección especiales. En cuanto al PIR, se indica en el artículo 14 de su reglamento que “los beneficiarios del programa de restitución de derechos ciudadanos son todas aquellas personas inscritas en el libro primero del RUV”. No obstante, el RUV no incluye a las víctimas de reclutamiento forzoso como directas o indirectas; este solo señala que los menores de edad que integraron un comité de autodefensa son víctimas indirectas.⁴⁷¹

3.3.2.2 Indemnización

La indemnización debe concederse debido a todos los perjuicios económicos causados, en proporción a la gravedad de la violación y la particularidad de cada caso; por ejemplo: por el daño físico y psicológico, y por las pérdidas de oportunidades de empleo, educación y prestaciones sociales (principio IX, inciso 20).⁴⁷² A la vez, este tipo de reparación abarca tanto el daño material como el inmaterial: el primero comprende el menoscabo en los ingresos de las víctimas, los gastos realizados a raíz de los hechos y las consecuencias económicas causadas por gestiones administrativas o judiciales⁴⁷³; y el segundo solo aborda los sufrimientos causados a las víctimas.

Este último no tiene un equivalente monetario, por lo que puede ser indemnizado de dos maneras: a través del pago de dinero por concepto de arbitrio judicial y mediante la realización de actos u obras de repercusión pública que reconozcan la dignidad de las víctimas y muestren un compromiso con ellas. No obstante, el

⁴⁷⁰ PASTOR, José. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. 20ª. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 603.

⁴⁷¹ Registro Único de Víctimas.

⁴⁷² Op. cit., Resolución 60/147, principio 20.

⁴⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANO. *Caso Vargas Acero vs Paraguay*. Sentencia de 26 de setiembre de 2006, párr. 146.

daño inmaterial también se puede reparar con la satisfacción⁴⁷⁴, pues no se trata de probar con facturas, sino de plasmar una cifra simbólica y con un significado representativo⁴⁷⁵.

Ahora bien, el artículo 38 del reglamento del PIR establece una lista de los beneficiarios de la reparación económica, entre los que se encuentran las víctimas de asesinato, víctimas de ejecución arbitraria, víctimas extrajudiciales, víctimas de desaparición, víctimas con alguna discapacidad física o mental según el Consejo Nacional para la integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) y víctimas de violación sexual. Sin embargo, no se menciona a las víctimas de los casos de reclutamiento; esto resulta injusto, pues se dejan sin garantía los daños materiales e inmateriales a los que estuvo expuesto el menor y su familia, lo que propicia un mayor estado de vulnerabilidad.

En Colombia, por ejemplo, la entidad judicial o administrativa otorga la indemnización en favor del menor de edad mediante un encargo fiduciario (artículo 185 de la Ley 1448). Esto quiere decir que el dinero puede ser utilizado por el niño o la niña cuando sea mayor de edad; mientras tanto, este debe ser guardado en una cuenta especial a su nombre. El Estado colombiano incluso promueve la instrucción adecuada de los recursos de la indemnización en dirección a la formación educativa, las carreras profesionales o la adquisición o el mejoramiento de inmuebles.

3.3.2.3 Satisfacción

Las medidas de satisfacción tienen como finalidad reparar los perjuicios no materiales; dentro de esta modalidad, se encuentran la adopción de medidas para evitar la repetición de la violación, la revelación pública de los hechos, el castigo de los culpables y las disculpas públicas, entre otras prestaciones.⁴⁷⁶ La Corte IDH ha señalado, por ejemplo, la publicación y la difusión de la sentencia

⁴⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 383.

⁴⁷⁵ Ponencia de Diego García- Sayán en el Coloquio sobre las reparaciones a las víctimas de la violencia en Colombia y Perú: retos y perspectivas. Charasse, Pierre. *Las reparaciones a las víctimas de la violencia Colombia y Perú: retos y perspectivas*. Lima: IDEPUCP y Embajada de Francia, 2008, p. 27.

⁴⁷⁶ Op. cit., Resolución 60/147, principio 22. Ver también artículo 37 de Proyecto de la responsabilidad internacional, en el cual se señala que, si no puede reparar mediante restitución o indemnización, el Estado responsable está obligado a dar satisfacción.

emitida o la realización de alguna actividad en particular, como la construcción de un monumento; y hasta el otorgamiento de becas de estudio. De esta manera, se busca recuperar la dignidad de las víctimas. Así, conocer y difundir la verdad sobre lo sucedido también se constituye como una medida de satisfacción. En esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido:

[El] derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente su pasado no solo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones.⁴⁷⁷

En efecto, conviene precisar el derecho a saber la verdad sobre los hechos acontecidos: quién o quiénes fueron los autores, cuándo se cometió el crimen, cómo se produjo, a quiénes reclutaron, por qué se reclutó, etc. Esto implica un derecho individual para las víctimas y sus familiares, pero también es un derecho general para la sociedad.⁴⁷⁸ Cuando este se reconoce, se proporcionan herramientas de empoderamiento para reconocer y oponer resistencia a un posible retorno de prácticas ilegales.⁴⁷⁹ En el 2005, Diane Orentlicher elaboró un *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos contra la impunidad*, trabajo que aborda el derecho a saber mediante la preservación de los archivos para las investigaciones históricas.

Ahora bien, según Uprimny, la verdad se puede reconstruir mediante tres mecanismos: a) un mecanismo extrajudicial institucionalizado, como las comisiones de la verdad, que permite obtener la verdad histórica; b) un proceso judicial para alcanzar la verdad judicial; y c) las verdades sociales no

⁴⁷⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derecho a la verdad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2 de 13 agosto 2014, p. 59.

⁴⁷⁸ Principios 2, 3 y 4 del Conjunto de principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

⁴⁷⁹ VAN ZYL, Paul. "Promoviendo la Justicia Transicional en las sociedades post conflicto". En: En: Felix Reátegui (editor). *Justicia Transicional: Manual para América Latina*. Brasil: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011, p. 51.

institucionalizadas que reconstruyen la memoria colectiva mediante la historia, el periodismo, la literatura, etc. En el caso peruano, la verdad histórica se materializó en el informe final de la CVR; este estuvo conformado por 9 tomos y 12 anexos. Dicho documento busca explicar qué ocurrió, quiénes fueron los autores, cuáles fueron las causas y cuáles fueron las consecuencias en el contexto del CANI 1980-2000; y, asimismo, apunta a plantear un plan de reparaciones y reformas en el marco de una reconciliación. Dentro de la serie de violaciones, el reclutamiento de menores de edad fue uno de los hechos investigados; los testimonios de las víctimas conllevaron a evidenciar la comisión de este acto.

De este modo, el informe final de la CVR es una medida de satisfacción de las víctimas de reclutamiento, puesto que permite la divulgación pública de las violaciones a sus derechos en el conflicto armado peruano. A su vez, la construcción de la verdad histórica resulta útil, pues propicia el desarrollo de las investigaciones judiciales. Según Salmón, "las comisiones tienen por tanto un acercamiento mucho mayor a los aspectos sancionadores o punitivos del DIH, que a las normas que regulan las hostilidades y la protección de las víctimas de los conflictos armados".⁴⁸⁰ De igual modo, la verdad judicial proporciona evidencias necesarias que contribuyen a las demandas de reparación de las víctimas.⁴⁸¹

Con respecto a la verdad judicial, los hechos de reclutamiento no son materia de investigación judicial hasta hoy, ni hay sanción alguna para los responsables; por tanto, aún no se alcanza este tipo de verdad. Debido a esto, las víctimas tampoco han alcanzado plenamente la medida de satisfacción en cuanto al castigo de los perpetradores. Es momento de que los operadores de justicia, al contar con los elementos suficientes, investiguen, juzguen y sancionen el crimen de guerra del reclutamiento de niños.

Por otro lado, la reparación en educación también ha sido dispuesta como una medida de satisfacción por la Corte IDH mediante programas especiales de

⁴⁸⁰ Op. cit., pp. 262-263.

⁴⁸¹ Theo van Boven citado en GÓMEZ, Felipe. "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos". En: *El otro Derecho*, n.º. 37, 2007, p. 34.

educación para adultos o becas de estudio.⁴⁸² Esto, dado que las medidas educativas promueven un cambio en las circunstancias que originaron las violaciones; además, estas contribuyen a la construcción de nuevas oportunidades a nivel personal y social en la vida de las víctimas o los familiares.⁴⁸³

La educación fue uno de los derechos que más afectado se vio en cuanto a los niños y niñas víctimas de reclutamiento; así, la ley que crea el PIR establece un programa de reparación en educación (artículo 2 del PIR y artículo 17 del reglamento). A pesar de este mandato, la implementación de los programas educativos ha pasado por varias modificaciones en el camino; en un principio, los beneficiarios fueron: quienes interrumpieron sus estudios; los hijos e hijas de las víctimas directas e indirectas; y los menores de edad que integraron un comité de autodefensa (artículo 18 del reglamento).⁴⁸⁴ Sin embargo, mediante el Decreto Supremo N° 001-2016-JUS del 29 de enero de 2016, se modificó aquel artículo, con lo que se determinó que los beneficiarios a la reparación en educación serían los siguientes:

- a) Los beneficiarios individuales que por razón del proceso de violencia tuvieron que interrumpir sus estudios.
- b) Los hijos de la víctima fallecida o desaparecida.
- c) Los hijos producto de violación sexual de una víctima de violación sexual.

Los beneficiarios señalados en los literales del párrafo anterior pueden transferir el beneficio, por única vez y solo a un familiar en línea recta descendiente hasta el segundo grado de consanguinidad. La transferencia se efectuará a título gratuito y sustituye en todos los derechos que le corresponde al beneficiario que transfiere su respectivo beneficio.

⁴⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 144-148.

⁴⁸³ MARTÍN, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Instituto de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 315.

⁴⁸⁴ Artículo 18 del Reglamento Reglamento de la Ley No. 28592, Ley que crea el Plan Integral de Reparaciones. Aprobado por Decreto Supremo No. 015-2006-JUS.

El transferente y la persona a quien se transfiere el beneficio deben contar con inscripción en un registro especial de beneficiarios de reparaciones en educación a cargo del Consejo de Reparaciones, el mismo que adoptará las acciones y medidas correspondientes [...].⁴⁸⁵

En ese sentido, se recuerda que, según el artículo 6 de la ley creada por el PIR, se constituyen beneficiarios individuales los descritos a continuación:

- a) Los familiares de las víctimas desaparecidas o fallecidas: comprende al cónyuge o conviviente, a los hijos y a los padres de la víctima desaparecida o muerta.
- b) Víctimas directas: comprende a aquellos desplazados, las personas inocentes que han sufrido prisión, los torturados, las víctimas de violencia sexual en sus diversas formas, los secuestrados. También se consideran víctimas directas los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú e integrantes de los comités de autodefensa y autoridades civiles heridas o lesionadas en acciones violatorias de los derechos humanos durante mayo de 1980 a noviembre de 2000.
- c) Víctimas indirectas: comprende a los hijos producto de violaciones sexuales, a las personas que siendo menores de edad integraron un comité de autodefensa, a las personas indebidamente requisitorias por terrorismo y traición a la patria y a las personas que resultaron indocumentadas.

Siguiendo esta regulación, puede anotarse que las víctimas de reclutamiento entre 1980 y 2000 quedan excluidas de recibir la reparación en educación. Ahora, como adultos, tampoco se podría transmitir esta reparación a los hijos o hijas, nietos o nietas; por ello, urge incluir como beneficiarios directos a las víctimas reclutadas que vieron interrumpidos sus estudios.

Además, se debe advertir que, dentro de la categoría de víctimas indirectas, se incorpora a las "personas que siendo menores de edad integraron un comité de autodefensa"; esto significa que de algún modo se aborda una de las formas de reclutamiento que tuvo lugar dentro del conflicto armado. Si bien no se ha hecho

⁴⁸⁵ Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2016-JUS, publicado el 29 de enero de 2016.

un desarrollo de la comisión de este acto, sobre todo por centrar la investigación en los actores principales, estos son, las fuerzas y los grupos armados, el informe de la CVR constató esta práctica. Entonces no hay sustento para brindar la satisfacción de este derecho solo cuando se trata del reclutamiento realizado por el comité de autodefensa, y no cuando fue cometido por parte de las fuerzas o los grupos armados.

3.3.2.4 Rehabilitación

La rehabilitación implica la atención médica y psicológica a través de planes, programas o acciones, así como el ofrecimiento de servicios jurídicos a fin de reestablecer los estados físicos o psicológicos.⁴⁸⁶ En el caso de *Vargas Areco vs. Paraguay*, la Corte IDH determinó que tanto el menor reclutado como sus familiares debían recibir atención médica; esto, debido a los padecimientos físicos y psicológicos que habían sufrido.⁴⁸⁷

Asimismo, las medidas debían adecuarse a las necesidades de las víctimas; por ejemplo, para atender a las identidades culturales con perspectiva de género. En el caso peruano, el PIR contiene un programa de reparación en salud cuyas modalidades se basan en la atención integral individual y comunitaria y promocionada a través de la sensibilización (artículo 22 del reglamento).

Los objetivos de este programa son la recuperación de la salud mental y física, reconstitución de las redes de soporte social y fortalecimiento de las capacidades para el desarrollo personal y social. Constituyen modalidades del programa de reparaciones en salud, las siguientes:

- a) Atención integral en servicios públicos de salud, priorizando a niños, mujeres y ancianos.
- b) Recuperación integral desde la intervención comunitaria, que incluye:
 - b.1 Reconstrucción de las redes de soporte comunitario.
 - b.2 Recuperación de la memoria histórica.

⁴⁸⁶ Op. cit., Resolución 60/147, principio 21

⁴⁸⁷ Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2021, párr.159.

- b.3 Creación de espacios comunitarios para la recuperación emocional.
- c) Recuperación desde la intervención clínica, lo que implica el diseño de un modelo de atención clínica que se ajuste a las necesidades y recursos humanos de las diversas zonas del país.
- d) Promoción y prevención a través de la educación y sensibilización.
- e) Inclusión en las políticas públicas de salud.
- f) Mejora de la infraestructura de atención en los servicios de salud.

Los beneficiarios del programa de salud son aquellos que padecen de algún problema físico y/o mental como consecuencia del proceso de violencia y, además, están acreditados en el RUV (artículo 23 del reglamento). Como se recuerda, dentro de los beneficiarios individuales, para el caso de las víctimas de reclutamiento, solo se encuentran las personas que integraron un comité de autodefensa cuando eran menores. Se infiere que solo a este último grupo le ha venido correspondiendo dicho tipo de reparación. Además, este deber de rehabilitar va de la mano con el de reintegrar a la sociedad a los menores de edad víctimas de reclutamiento. En ese sentido, una vez que desertan o son rescatados, la protección continúa; ello, a fin de sobreponerlos de las afectaciones a su desarrollo físico y psicológico. Al respecto, el PFCDN indica en el artículo 7 lo siguiente:

1. Los Estados Partes cooperarán en la aplicación del presente protocolo, en particular en la prevención de cualquier actividad contraria al mismo y la rehabilitación y reintegración social de las personas que sean víctimas de actos contrarios al presente protocolo, entre otras cosas mediante la cooperación técnica y la asistencia financiera. Esa asistencia y esa cooperación se llevarán a cabo en consulta con los Estados Partes afectados y las organizaciones internacionales pertinentes.
2. Los Estados Partes que estén en condiciones de hacerlo prestarán esa asistencia mediante los programas multilaterales, bilaterales o de otro tipo

existentes o, entre otras cosas, mediante un fondo voluntario establecido de conformidad con las normas de la Asamblea General.⁴⁸⁸

De ahí que los Estados, en cumplimiento con esta obligación, tengan que adoptar medidas para garantizar la atención debida a los niños y niñas víctimas. En esa misma línea, el C-182 de la OIT también señala en su artículo 7, inciso 2, lo que se describe a continuación:

2. Todo miembro deberá adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de:

- (a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil;
- (b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social.⁴⁸⁹

De este modo, para cumplir con su compromiso, los Estados Partes deben adoptar medidas, como la implementación de programas de reparación y rehabilitación para las víctimas de reclutamiento. En el caso de Colombia, por ejemplo, los programas de prevención y protección para los menores de edad que participan en un conflicto armado en cualquier condición están a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). De manera concreta se expidió la Ley 1098 de Infancia y Adolescencia, la cual determinó que los mecanismos de prevención y atención para casos de reclutamiento como parte de la protección integral se materializan en el conjunto de políticas y programas en los distintos niveles de gobierno (artículo 7).

Para sujetarse a ello, se creó el programa Camino Diferencial de Vida, cuya finalidad es garantizar la reconstrucción y la consolidación de los proyectos de vida de los menores de 18 años que salen de las FARC-EP. La aplicación de este programa consta de cuatro procesos: “(i) salida y traslado de los menores

⁴⁸⁸ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS – ACUDH. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*. Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, art. 7.

⁴⁸⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. *Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil*. OIT, 1999, art. 7.

de edad; (ii) restablecimiento de derechos; (iii) reparación y (iv) reincorporación e inclusión social”⁴⁹⁰. Asimismo, este programa conllevó a la realización de encuentros entre jóvenes víctimas de reclutamiento para realizar balances de los avances y logros de los procesos en los que se encuentran.⁴⁹¹

En el caso peruano, la protección a los menores de edad está respaldada en la Constitución. Igualmente, en el artículo 39 del Código de los Niños y Adolescentes se establece que “el niño y adolescente víctimas de la violencia armada y/o desplazados de su lugar de origen serán atendidos mediante programas nacionales de asistencia especializada”. Para la legislatura 2006-2011, el Ministerio de Justicia (Minjus) propuso la modificatoria de esta disposición en los siguientes términos: “la niña, niño o adolescente víctima de violencia armada, que ‘haya participado o no de la misma’, deba ‘recibir asistencia conveniente para su recuperación física, psicológica y su plena reinserción social’”.⁴⁹²

No obstante, esta iniciativa legislativa no fue aprobada por el Congreso, dado que la propuesta significaba una especificación de rehabilitación y reinserción que el niño, la niña o el adolescente debía recibir al margen del rol que le habían asignado; por ejemplo, si era portador de armas, cocinero, vigilante, escudo humano, etc.

Así, se considera que la reparación en términos de salud física y psicológica no se ha dado de manera adecuada para las víctimas de reclutamiento. Por un lado, el PIR no recoge todo el universo de víctimas reclutadas, ya sea por las fuerzas

⁴⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-541/17. Instrumentos para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y construcción de una paz estable y duradera-Procedimiento legislativo especial para la paz (*fast track*) y facultades presidenciales para la paz/Instrumentos para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y construcción de una paz estable y duradera-Decreto Ley que adiciona parágrafo al artículo 190 de la Ley 1448 de 2011 en lo relacionado con el proceso de restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a cargo del ICBF, desvinculados de las FARC-EP/Decreto ley sobre permanencia en lugares transitorios de personas presuntamente menores de edad y que se demuestre que alcanzaron la mayoría de edad en el curso de la desvinculación en desarrollo del acuerdo final-Cumplimiento de los requisitos formales y materiales

⁴⁹¹ OFICINA DE NACIONES UNIDAS PARA LA COORDINACIÓN DE ASUNTOS HUMANITARIOS. “Jóvenes víctimas de reclutamiento ilegal participaron del encuentro “Camino Diferencial de Vida””. 2 de mayo de 2019. En: <https://reliefweb.int/report/colombia/j-venes-victimas-de-reclutamiento-ilegal-participaron-del-encuentro-camino>

⁴⁹² HUERTA BARRÓN, Godofredo Miguel. “Reflexiones sobre participación de niños, niñas y adolescentes en los conflictos armados en el Perú”. En: *Vox Juris*, vol. 25, n°. 1, 2003, p. 39.

o los grupos armados, pues solo hace mención a los que integraron un CAD. Por otro lado, la implementación de programas de asistencia para la reinserción social de menores ha sido casi nula, lo cual es consecuencia del tratamiento jurídico que se le da a esta problemática en la actualidad, como se observa más adelante.

3.3.2.5 Garantías de no repetición

Las garantías de no repetición se refieren a las reformas institucionales encaminadas a prevenir la comisión de violaciones a los derechos humanos, como la garantía de procedimiento del poder judicial y la reforma de las leyes que refuerzan la protección frente a las violaciones de normas de DIH o de derechos humanos, entre otras medidas.⁴⁹³ Por ejemplo, en el caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, la Corte IDH determinó como una garantía de no repetición la creación de una página web de búsqueda de menores reclutados y retenidos ilegalmente; ello, a fin de cooperar con la búsqueda de los menores y facilitar el reencuentro con sus familiares.⁴⁹⁴

En cuanto al Perú, es necesario recordar que los hechos ocurridos en el CANI han sido calificados o abordados mayormente desde el tema de terrorismo, y tanto la jurisprudencia como la doctrina han contribuido a aclarar que terrorismo y CANI no son excluyentes;⁴⁹⁵ de esa forma, pueden cometerse actos terroristas de manera aislada o en el contexto de un conflicto armado. La calificación de actos violentos de naturaleza terrorista no es relevante para clasificar un contexto como conflicto armado o no,⁴⁹⁶ de ahí que la aplicación de sanciones judiciales a los responsables sea evaluada solo a partir de delitos domésticos, sin tener en consideración el contexto en que se desarrollan los hechos.

Teniendo eso en cuenta, se debe traer a colación el DL N° 25475, que establece la penalidad de los delitos de terrorismo y los procedimientos para la

⁴⁹³ Op. cit., Resolución 60/147, principio 23.

⁴⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 271.

⁴⁹⁵ VALCÁRCEL, Juan Manuel. "Beligerancia, Terrorismo y conflicto armado: no es un juego de palabras". En *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, n°. 13, 2008, pp. 363-390.

⁴⁹⁶ Op. cit., GURMENDI, pp. 93-94.

investigación, la instrucción y el juicio. Esta ley incluye el tipo penal de reclutamiento para fines o actos terroristas. Específicamente, el artículo 6.A establece:

El que por cualquier medio, recluta o capta personas para facilitar o cometer actos terroristas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. La pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, si el agente recluta o capta menores de edad con la misma finalidad.

Cuando se trate de funcionario o servidor público, se le impondrá adicionalmente la inhabilitación prevista en los incisos 1), 2), 6), y 8) del artículo 36 del Código Penal.

Al respecto, se considera que este tipo penal no es suficiente, puesto que limita el acto de reclutar solo para fines terroristas y no permite comprender la comisión de dicho acto en el marco de un conflicto armado. Por un lado, si se recluta a niños y niñas, no se reconoce que, a pesar de que quizás puedan ser victimarios, también son víctimas, y, por tanto, tienen derecho a la reparación. Por otro lado, si se comprueba la violación grave de normas del DIH, se comete un crimen de guerra y los perpetradores (fuerzas armadas o grupos armados) tiene que asumir la sanción por ese crimen. Así, cuando el acto se cometiera por las fuerzas estatales, no estaría contemplado por el tipo penal mencionado. A esto se suma, la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra; es decir, la investigación, juzgamiento y sanción en cualquier momento.

En esa línea, la tipificación del reclutamiento para actos terroristas no puede sustituir a la tipificación del crimen de guerra del reclutamiento de menores de edad según el derecho internacional. Más aún, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado peruano la tipificación de tal crimen. Así,

[e]l Comité recomienda al Estado parte que acelere el proceso de revisión de su Código Penal con miras a prohibir expresamente y tipificar como delito el reclutamiento y la utilización de niños menores de 18 años en hostilidades por las fuerzas armadas, grupos armados no estatales, empresas de seguridad privadas y contratistas de defensa, sin

excepciones. El Estado parte debe también definir y castigar el reclutamiento de niños menores de 15 años como crimen de guerra.⁴⁹⁷

Por otro lado, con respecto a la creación de programas nacionales para brindar atención a los menores reclutados que necesitan ser rescatados, estos también se han enfocado en el asunto del terrorismo. En los últimos años, se han producido diversos casos de rescate de menores de edad y familias por parte de la Policía Nacional del Perú (PNP) y el Ejército del Perú en el VRAEM. Entre las operaciones de rescate se encuentran: a) Operación Albergue (2012), donde se rescató a 11 adultos y 11 menores de edad; b) Operación Esperanza (2014), en la que se ayudó a 8 adultos y 6 menores de edad, quienes fueron rescatados en el sector Kapashi, distrito de Río Tambo, provincia de Satipo, departamento de Junín; y c) Operación Reencuentro 2015, donde se rescató a 5 hombres, 15 mujeres y 34 niñas, niños y adolescentes en el distrito de Río Tambo, provincia de Satipo, departamento de Junín.⁴⁹⁸

Ante la urgencia de atender a las personas liberadas que han estado en cautiverio en el VRAEM por remanentes senderistas, se creó el Protocolo para la Atención a Personas y Familias Rescatadas de Grupos Terroristas (o simplemente Protocolo de Atención y Rescate). Este se aprobó mediante Decreto Supremo N° 010-2016-MIMP, promulgado por el expresidente Ollanta Humala el 28 de julio de 2016. Así, este tuvo como objetivo crear la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente, a fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de las personas –incluidos los niños, niñas y adolescentes– y familias rescatadas del terrorismo, y su reintegración social.

A juicio personal de la autora, dicho instrumento no utiliza correctamente los términos jurídicos, lo cual podría conllevar a una confusión en su aplicación. El término usado es “personas rescatadas de grupos terroristas”, donde se incluye, aparte de mujeres y varones, a menores de edad, de forma general. Sin

⁴⁹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales por el informe presentado por el Perú en virtud del artículo 8, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados*. CRC/C/OPAC/PER/CO/1 del 7 de marzo de 2019, párr. 18.

⁴⁹⁸ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Decreto Supremo N° 010-2016-MIMP. Decreto Supremo que aprueba el “Protocolo para la Atención a personas y familias rescatadas de grupos terroristas” y crea la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente encargada del seguimiento al cumplimiento del Protocolo. En Diario Oficial El Peruano, 28 de julio de 2016.

embargo, cabe señalar que, a nivel jurídico, se trata de menores de edad reclutados por grupos senderistas cuya participación en las hostilidades puede darse de manera directa o indirecta; es decir, la categoría que corresponde es “niños soldados”. En ese sentido, se invisibiliza tal categoría jurídica, y, por tanto, no se hace énfasis en las características de este grupo ni en las consecuencias que les impacta.

Estas diferencias son importantes, porque, de lo contrario, se limita el ámbito de protección de los menores; más aún si el Estado ha declarado que en la zona del VRAEM existe un CANI, pues se tendrían que esclarecer los conceptos a nivel jurídico. De esa manera, el grupo senderista que opera allí no sería llamado solo como un grupo terrorista, sino como un grupo armado que, además de cometer actos terroristas, comete el crimen de reclutamiento y la utilización de niños y niñas para participar en las hostilidades.

De lo anterior, se entiende que la implementación de leyes y programas no haya contribuido a prevenir el reclutamiento de niños soldados, pues la falta de esclarecimiento a nivel jurídico de la protección de niños menores de edad reclutados y las circunstancias en que se convierten en víctimas puede ser una de las causas para que este acto se siga cometiendo. Así, las medidas que solo se han enfocado en la protección de menores con fines terroristas, al dejar de lado la categoría de conflicto armado, desde un enfoque más integral del DIH, no han sido eficientes. Como se vio, el reclutamiento ocurrido en el pasado y presente es sancionable, y las víctimas son niños soldados que tienen derecho a una adecuada reparación.

3.4 Aportes para la búsqueda de justicia y reparación para las víctimas de reclutamiento en el pasado y presente

Las víctimas de reclutamiento en el Perú han buscado justicia y reparación desde hace más de 20 años. El reclutamiento ilícito cometido contra ellas fue una violación grave a los derechos humanos y a las normas humanitarias más básicas, y constituyó un crimen de guerra conforme el DI. Como se vio, el reclutamiento no solo se refiere a la utilización de niños como combatientes, sino que se extiende a otras formas: los menores fueron usados como escudos humanos y cargadores, para tareas domésticas o para fines sexuales. No

obstante, a pesar de los años que han transcurrido, el reclutamiento ilícito de niños y niñas todavía sucede en el país; así, hace falta esclarecer el panorama desde una perspectiva jurídica y reconocer a las víctimas.

Por ello, esta investigación se enfoca en dos momentos: primero, el reclutamiento ocurrido en el CANI 1980-2000, y, segundo, el que sucede en la actualidad. Además, se presenta un enfoque de justicia desde dos dimensiones: la justicia penal y la reparación. En ese sentido, los capítulos 1 y 2 brindan distintas soluciones que se complementan en favor de las víctimas. Por un lado, el capítulo 1 aborda la prohibición del reclutamiento conforme al DI convencional y consuetudinario. La norma prohibitiva del reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas o los grupos armados según el derecho consuetudinario ya existía en la década de los 80; esta prohibición ha generado consecuencias y responsabilidades para el Estado peruano, por permitir tales actos en el CANI de 1980 y 2000.

En particular, se ha generado la obligación de reparar a las víctimas de reclutamiento por las violaciones cometidas, así como a sus familiares; esta reparación es necesaria para que se haga justicia. Sin embargo, el PIR no ofrece una reparación integral y de acuerdo con las necesidades de las víctimas de reclutamiento, pues estas no son consideradas como víctimas directas y son excluidas de medidas, como del programa de reparación en educación.

Por otro lado, el capítulo 2 desarrolla la criminalización del reclutamiento como crimen de guerra en un CANI. La punición de la conducta ilícita de reclutar tiene sustento en el derecho consuetudinario y es de aplicación para los años en que se desarrolla el CANI peruano. En ese sentido, se evidencian los elementos de la costumbre que apuntan a la criminalización del reclutamiento por parte de la comunidad internacional. Un ejemplo concreto de ello fue el juzgamiento del TESL ocurrido en el territorio de Sierra Leona en 1996 como un crimen de guerra.

En consecuencia, el Estado peruano ha tenido la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables del crimen de reclutamiento del CANI peruano. La idea de justicia de las víctimas también contempla el modelo de justicia penal

en el que los criminales son juzgados y condenados.⁴⁹⁹ No se trata de venganza, sino de enviar un mensaje a la sociedad en términos de educación social y convivencia.⁵⁰⁰ Cuando la impunidad se mantiene y no existe acción penal, la recuperación de las relaciones y el restablecimiento de la sociedad se menoscaban.⁵⁰¹ Así las cosas, los capítulos desarrollados ofrecen respuestas jurídicas; con lo que se puede decir que es posible sancionar el reclutamiento como un crimen de guerra y las víctimas de reclutamiento tienen derecho a la reparación desde el primer momento en el que ocurre el CANI en el Perú.

Ahora bien, a pesar de las obligaciones del Estado peruano con respecto al reclutamiento y participación en las hostilidades de menores de edad, en la actualidad esta conducta no ha cesado, lo que evidencia que las medidas de garantía de no repetición han sido inadecuadas. En otras palabras, las reformas de leyes o la implementación de programas de reparación no se encuentran establecidas según los estándares internacionales, pues hay una tendencia a oponer los conceptos de terrorismo y conflicto armado cuando en realidad no son opuestos. Por ello, para el reclutamiento que acontece hoy en día, primero urge esclarecer el tratamiento jurídico en la región del VRAEM: si el Estado afirma que hoy día hay un CANI en dicha región, entonces se debe ajustar la regulación conforme al DIH; así, la vulneración grave de la norma que prohíbe el reclutamiento implica una responsabilidad penal individual para los perpetradores y una reparación para las víctimas. Aún estamos a tiempo de revertir esta situación.

⁴⁹⁹ BALDE, Rouguiatou y WEMMERS, Jo-Anne. "Perceptions of justice and victims of crimes against humanity in Guinea" En *International Review of Victimology*, vol. 27, n°. 2, 2021, p. 146.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 147.

⁵⁰¹ STRANG, Heather. "Exploring the effects of restorative justice on crime victims for victims of conflict in transitional societies". En *International handbook of victimology*. Taylor & Francis Group, 2010, p. 543.

4 Conclusiones

1. En los CANI, los niños y niñas se encuentran en una situación de fragilidad y desprotección en su mayor nivel. En estos contextos, uno de los actos que se suele cometer contra ellos y ellas es el reclutamiento por parte de las fuerzas armadas o grupos armados. Así, los menores son reclutados o usados para participar en las hostilidades mediante coacción, amenazas o secuestros; o se involucran debido a la influencia de las condiciones nefastas como la pobreza, la exclusión, la presión grupal, etc. Todo ello acarrea graves consecuencias para la formación de sus personalidades y su proyecto de vida. En suma, sus derechos a la vida, la salud, la educación y el desarrollo de la personalidad son transgredidos. Además, las niñas reclutadas suelen ser especialmente vulnerables de sufrir abusos sexuales (violación sexual, esclavitud, prostitución forzada), los cuales menoscaban su integridad y dignidad humana.
2. El reclutamiento forzoso o “voluntario” de menores de 15 años no está permitido. El PA II y la CDN confirman esta edad como la mínima para que una persona pueda ser reclutada por parte de las fuerzas armadas de los Estados o los grupos armados organizados. Por su parte, el PFCDN regula el reclutamiento voluntario entre 16 y 18 años solo por parte de las fuerzas armadas nacionales cuando se cumplen ciertos requisitos establecidos en el mismo tratado. En cuanto a la participación en las hostilidades, el PA II prohíbe tanto la participación directa como indirecta. En cambio, la CDN, el PFCDN y la Carta Africana consagran solo la prohibición de una participación directa de menores de edad.
3. El artículo 3 común también puede incluir la prohibición del reclutamiento y la participación de niños y niñas en las hostilidades en un CANI. Si bien no incluye expresamente al reclutamiento dentro de su lista de actos prohibidos, es posible la incorporación de este acto cruel por medio de la interpretación de dicha disposición a partir del artículo 4 del PA II. Esta reinterpretación se sostiene en la aplicación del principio de humanidad y el principio de pro persona en favor de la protección de los niños y niñas.

4. La prohibición del reclutamiento y el uso de niños y niñas menores de 15 años en las hostilidades también se ha constituido en una norma consuetudinaria en los años 80. Los tratados, legislaciones nacionales, trabajos preparatorios y resoluciones de los órganos de la ONU evidenciaron la correlación de los elementos de la costumbre, la práctica estatal y la *opinio iuris*. Esta norma prohibitiva fue aceptada por la comunidad internacional sin que exista objeción cuando se adoptó el PA II en 1977. A su vez, la CDN de 1989 confirma la norma consuetudinaria y refleja la prohibición de reclutar a menores de 15 años. Finalmente, se puede decir que existe una norma consuetudinaria de la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años, mas no necesariamente con respecto a los menores entre 15 y 18 años. Sin embargo, existe una tendencia de subir la edad a los 18 años como mínimo para la prohibición del reclutamiento.
5. El juzgamiento y la sanción del reclutamiento de niños menores de 15 años en un CANI como un crimen de guerra era posible en la década de los 80. Esto, desde el momento que el PAII regula la norma de comportamiento que prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años, el cual, a su vez, complementa el artículo 3 común. El razonamiento usado por el TPIY confirma la existencia de una base jurídica para que los jueces pudieran juzgar y sancionar la violación del artículo 3 común. No crearon derecho, sino que utilizaron el derecho consuetudinario para sustentar la responsabilidad penal individual. En ese sentido, dado que el artículo 3 común es complementado por el artículo 4 del PAII, el cual incluye explícitamente el reclutamiento, entonces, nada impedía que cualquier tribunal usando el mismo razonamiento del TPIY hubiese podido sancionar el reclutamiento en un CANI como un crimen de guerra.
6. En la década de los 90 ya había certeza de que la violación grave a la norma del DIH que prohíbe el reclutamiento es un crimen de guerra. La jurisprudencia de tribunales internacionales brinda certeza de la penalización del reclutamiento como crimen de guerra. Así, el TPIR

sostuvo que las violaciones al artículo 4 del PA II, el cual extiende las prohibiciones del artículo 3 común, conllevan a una responsabilidad penal individual según la costumbre internacional. El TESL usa los insumos que ya existían para criminalizar el reclutamiento de menores de 15 años y reafirma su carácter de crimen de guerra a mediados de los años 90 conforme al derecho internacional consuetudinario.

7. El crimen de guerra de reclutamiento de niños y niñas según el derecho consuetudinario no transgrede el principio de legalidad entendido como el principio *nullum crimen sine iure*; según este, basta que la conducta sea ilícita conforme al derecho internacional convencional o consuetudinario para determinar su carácter punible. En efecto, el reclutamiento de menores de 15 años o su utilización para participar en las hostilidades se establecían como actos ilegales con bases convencionales y consuetudinarias; asimismo, la prohibición demostró la accesibilidad y la previsibilidad de la ilicitud del comportamiento más allá de la tipificación en una ley. Todo esto revela los indicios razonables para saber que se trata de un acto atroz e inhumano y que contraviene los valores universales que se protegen en toda circunstancia.
8. El Estatuto de Roma codificó por primera vez el reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años y su participación activa en un CANI como un crimen de guerra; y, aunque el delito tipificado abarca el reclutamiento forzoso (conscriptio), voluntario (enlistment) y la participación activa, no se trata de un nuevo crimen. Los trabajos preparatorios de la CPI, así como la jurisprudencia de la misma corte, demuestran que la intención era perseguir aquellas violaciones de normas que formaban parte del derecho consuetudinario. Del mismo modo, en cuanto a la participación activa en las hostilidades, se estableció que esta cubre la participación directa como e indirecta, lo cual se prohíbe en el artículo 4 del PA II. En otras palabras, esta norma no es contraria a las normas consuetudinarias del DIH.
9. En el Perú, se ha cometido el crimen del reclutamiento y la utilización de niños y niñas para participar en las hostilidades en el CANI 1980-2000.

De acuerdo al derecho internacional, el reclutamiento de menores de 15 años cometido en esos años, especialmente, por los grupos armados como SL y el MRTA constituye un crimen de guerra; y, por tanto, puede ser materia de sanción. Asimismo, la vulneración de derechos de los niños y niñas reclutados en ese periodo implica la obligación de la reparación por parte del Estado peruano. Los menores de edad se constituyen como víctimas directas, mientras que sus familiares son víctimas indirectas. Si bien existe el PIR para las víctimas del CANI peruano, a las víctimas de reclutamiento no se les ofrecen las formas de reparación necesarias. Sobre la restitución y la indemnización, el PIR no incluye a las víctimas de reclutamiento como víctimas directas ni indirectas. Asimismo, sobre la medida reparadora de conocer lo sucedido, las víctimas de reclutamiento solo alcanzaron el derecho a la verdad histórica, mas no judicial. Esto debido a que, se conoce los hechos de reclutamiento, pero hasta el día de hoy no ha habido una respuesta judicial para sancionar a los perpetradores.

10. Hasta la fecha, el crimen del reclutamiento no está tipificado en el Código penal peruano. A pesar de ello, el derecho nacional brinda alcances para superar esta barrera y así poder juzgar y sancionar tal conducta sin afectar el principio de legalidad. Una de estas alternativas es la aplicación de la doble subsunción del delito; es decir, el acto de reclutamiento puede estar subsumido en un delito tipificado, como el secuestro y, a la vez, calificarse como un crimen de guerra según el derecho internacional. De esta manera, se cumpliría con la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables por su conducta ilícita, y se respetaría el principio de legalidad. Ello, a la espera de que este crimen se tipifique en el Código Penal, como es la obligación del Estado peruano.
11. Actualmente, está tipificado el delito de reclutamiento solo para fines terroristas, el cual resulta ineficiente por varias razones: primero, porque el tipo penal solo está pensado para que los perpetradores sean los grupos armados, mas no las fuerzas armadas; segundo, porque con ese tipo penal no se reconoce el derecho a la reparación de las víctimas en el

marco de un programa integral de reparaciones; y tercero, no se tendría en cuenta el carácter imprescriptible de los crímenes de guerra. En ese sentido, si se quiere aplicar esta regulación por el reclutamiento actual en la región del VRAEM, no es acertada, Más aún si el Estado peruano ha manifestado, aunque sea indirectamente, la existencia de un CANI en la zona, por lo que una de las consecuencias sería la comisión del crimen de guerra de reclutamiento. Por ello, es necesario esclarecer el marco legal y dar garantía a los derechos de los niños y niñas.

12. El reclutamiento sigue cometiéndose en el Perú desde hace 4 décadas, y a pesar de ello, no ha sido un tema de urgencia para abordarse en la agenda pública. Hay una deuda histórica de justicia y reparación con las víctimas de reclutamiento del CANI peruano, un periodo que no puede volver a repetirse. Sin embargo, aún existe un vacío de medidas para prevenir y sancionar las conductas ilícitas del reclutamiento de menores, y reparar de manera adecuada a las víctimas. Las herramientas jurídicas deben estar al servicio de la protección de los más indefensos. Y será imposible implementar o ejecutar medidas de protección si no hay voluntad política o se mantenga en la invisibilidad a este grupo. Ello debido a que, el objetivo principal del Derecho es construir una sociedad más humana.

5 Bibliografía

1. Doctrina

ALFONSO, César. "El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional" En: AMBOS, Kai, MARINO, Ezequiel y STEINER, Christian (editores). *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El caso Lubanga*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2014.

AMBOS, Kai. "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas". En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n°. 2, 2021, pp. 1-47.

ARELLANO, Marcela. *La guerra no es un juego: uso y participación de niños en conflictos armados*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008.

ARELLANO VELASCO, Marcela. *Uso y participación de niños en conflictos armados*. [Tesis doctoral]. Universidad de Granada, 2009.

BALDE, Rouguiatou y WEMMERS, Jo-Anne. "Perceptions of justice and victims of crimes against humanity in Guinea". En *International Review of Victimology*, vol. 27, n°. 2, 2021.

BARBOZA, Julio. *International Criminal Law*. Martinus Nijhoff, 1999.

BARLETTA, María Consuelo. *Derecho de la niñez y adolescencia*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018.

BURNEO, José. *Derecho penal internacional. Selección de textos*. Lima: Facultad de Derecho, PUCP, 2007.

BURNEO, José. *Derecho Penal Internacional. Genealogía de los crímenes internacionales más graves*. Lima: Fondo editorial PUCP, 2017.

CABALLERO, José María. "Niños forzados a ser soldados en Sierra Leona". En: CAMPOY, Ignacio y Liborio HIERRO (editores). *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 259-260.

CAMERON, Lindsey, LA HAYE, Eve, NIEBERGALL-LACKNER, Heike, HENCKAERTS, Jean-Marie y DEMEYERE, Bruno. “Comentario actualizado del I Convenio de Ginebra: una nueva herramienta para fomentar el respeto del derecho internacional humanitario”. En: *International Review of the Red Cross*, vol. 97, n°. 900, 2015, pp. 1-18.

CAMERON, Lindsey; DEMEYERE, Bruno y otros. *Comentario del Convenio de Ginebra 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. Artículo 3 común, Conflicto sin carácter internacional*. CICR, 2019.

CASSESE, Antonio, GAETA, Paolo y JONES, Paola (editores). *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Oxford: University Press, 2002, pp. 733-743.

CLAPHAM, Andrew. “Focusing on Armed Non-State Actors” En: CLAPHAM, Andrew y GAETA, Paola (editores). *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. United Kingdom: Oxford University Press, 2014.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final. Capítulo 4 La Dimensión Jurídica de los Hechos*. Lima, 2003.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final. Capítulo sobre violencia contra niños y niñas*. Tomo VI. Lima, 2003.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final. Segunda parte: Los factores que hicieron posible la violencia. Capítulo sobre el impacto diferenciado de la violencia*. Tomo VIII. Lima, 2003.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Hatun Willakuy. Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú*. Lima: Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2004.

DEGREGORI, Carlos Iván. “Jóvenes y campesinos ante la violencia política: Ayacucho 1980-1983”. En: *Nueva Sociedad*, n°. 114, julio-agosto 1991, pp. 16-24.

DE FROUVILLE, Olivier. *Droit International Pénale*. París: Editions A. Pedone, 2012.

DEL PINO, Ponciano. *Familia, Cultura y Revolución. Vida cotidiana en Sendero Luminoso*. Anne Pérotin-Dumon, 2007.

ESPINOSA, Óscar. "Las rondas asháninka y la violencia política en la selva central". En: *América Indígena*, n°. 4, pp. 79-101.

FOX, Mary-Jane. "Child Soldiers and International Law: Patchwork Gains and Conceptual Debates". En *Human Rights Review*, vol. 7, n°. 1, octubre-diciembre 2005, pp. 27-48.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington, D. C.: Fundación para el debido proceso legal, 2009.

GAMARRA, Ronald. *Servicio Militar en el Perú. Historia, Crítica y Reforma Legal*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2000.

GAVILÁN, Lurgio. *Memorias de un soldado desconocido*. 2a. Ed. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2017.

GÓMEZ, Felipe. *La participación de los niños en los conflictos armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000.

GÓMEZ, Felipe. "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos". En: *El otro Derecho*, n°. 37, 2007.

GRADITZKY, Thomas. "La Responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional". En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 23, n°. 145, 1998, pp. 31-61.

GREENWOOD, Christopher. "International Humanitarian Law and the Tadic case". En: *European Journal of International Law*, vol. 7, n°. 2, 1996, pp. 265-283.

GROOME, Dermot y SHAVER, Donald. "International Criminal Law". En: *The International Lawyer*, vol. 42, n°. 2, 2007.

GURMENDI, Alonso. *Conflicto armado en el Perú. La época del terrorismo bajo el derecho internacional*. Lima: Universidad del Pacífico, 2019.

GURMENDI, Alonso. “‘Si Vis Pacem’: La aplicación del Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional (LADI)*, n°. 7, 2020, pp. 99-130.

GUTIÉRREZ, Hortensia. “La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales”. En: *International Review of the Red Cross*, n°. 861, marzo 2006, pp. 1-24.

HELLER, Jon. *The Nuremberg Military Tribunal and the Origins of International criminal law*. Nueva York: Oxford, 2011.

HENCKAERTS, Jean-Marie. *Customary International Humanitarian Law. Volume II: Practice – Part 1 and Part 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Comité Internacional de la Cruz Roja - CICR, 2007.

HINESTROZA-ARENAS, Verónica. “Reclutamiento de niños y niñas: fenómeno invisibilizado, crimen manifiesto”. En: *OASIS*, n°. 13, 2008, pp. 45-60.

HUERTA BARRÓN, Godofredo Miguel. “Reflexiones sobre participación de niños, niñas y adolescentes en los conflictos armados en el Perú”. En: *Vox Juris*, vol. 25, n°. 1, 2003, pp. 35-43.

HUMAN RIGHTS WATCH-Unicef. *Aprenderás a no llorar: Niños combatientes en Colombia*. Editorial Gente Nueva. 2004.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - INEI. *Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro- VRAEM: Perfil sociodemográfico. Sobre la base de los resultados de los Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. INEI, 2017.

JAVE, Iris. *Las reparaciones a las víctimas de la violencia en Colombia y Perú: retos y perspectivas*. Lima: IDEHPUCP, 2008.

JIMÉNEZ, Ana María, ARÉVALO, Liz y BONILLA, Margarita. *Delito invisible. Criterios para la investigación del delito del reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia*. Bogotá, D.C.: Comisión Colombiana de Juristas, 2009.

KOLB, Robert y HYDE, Richard. *An introduction to the International Law of Armed Conflicts*. USA: Hart Publishing, 2008.

LA REPÚBLICA. *Subversivos enrolan a niños asháninkas*. Noticia del 13 de noviembre de 1991.

LIROLA, Isabel y MARTÍN Magdalena M. *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*. España: Ariel, 2001.

MANGAS, Araceli. *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1992.

MANGAS, Araceli. *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

MANN, Howard. "International law and the child soldier". En: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n°. 1, 1997, pp. 32-57.

MARTÍN, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Instituto de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

MCDONALD, Avril. "Sierra Leone's shoestring Special Court". En: *IRRC March*, vol. 84, n°. 845, 2002, pp. 121-143.

MEDINA, Cecilia. "El derecho Internacional de los Derechos Humanos". En: MEDINA, Cecilia y Jorge, MERA (editores). *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996.

MELZER, Nils. *Guía para interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja - CICR, 2010.

MELZER, Nils. *Derecho Internacional Humanitario. Una introducción general*. CICR: Ginebra, 2019.

MERON, Theodor. "International Criminalization of Internal Atrocities". En: *The American Journal of International Law*, vol. 89, n°. 3, 1995, 554-577.

MERON, Theodor. "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience". En: *The American Journal of International Law*, vol. 94, n°. 1, 2000, pp. 78-89.

MCBRIDE, Julie. *The War crime of child soldier recruitment*. La Haya: Asser Press, 2014.

MILLÁN, Lucía. *La opinio iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

MONTOYA, Iván. "El derecho internacional y los delitos". En: MACED, Francisco (coordinador). *Los Caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2007.

NASH, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericano de Derechos Humanos (1988-2007)* Segunda edición. Santiago: Universidad de Chile, 2009.

NOVAK, Fabián, NAMIHAS, Sandra, HUAMÁN, Milagros y GARCÍA-CORROCHANO, L. *Niños, niñas y adolescentes en las zonas cocaleras del VRAE y el Alto Huallaga*. Lima: IDEI, 2011.

OLÁSULO, Héctor. "El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo". En: *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1, 2013, pp. 18-42.

OLIVERA, Jean Franco. *La verdad como forma de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Aplicación a la Transición peruana*. [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 122-126.

OMUNA, Yasuaki. "International Law in and International Politics: The functions of International Law in International Society". En: *European Journal of International Law*, vol. 14, n°. 1, 2003, pp. 105-139.

PASTOR, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.

PERNA, Laura. *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed-Conflicts*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

PEZZOT, Romina. "Es la costumbre internacional una fuente tabú en el derecho internacional penal? Propuesta de un método de constatación de la costumbre internacional general de naturaleza penal". En: *Derecho Penal*, vol. 4, n°. 7, 2018, pp. 154-185.

PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo. "Las Reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional". En: *American University International Law Review*, vol. 23, 2007, pp. 48-49.

PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo. *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*. Lima: ARA, 2008.

PICTET, Jean. *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Instituto Henry Dunant, 1986.

PICTET, Jean. *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*. Ginebra: CICR, 1998.

POTTHAST, Bárbara. Niños soldados y niñas famélicas en la Guerra del Paraguay. En: *Entre la familia, la sociedad y el Estado. Niños y jóvenes en América Latina (siglos XIX-XX)*. Iberoamericana Editorial Vervuert, 2005, pp. 89-114.

RATNER, Steven y SLAUGHTER, Anne-Marie. "Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Reader". En: *The American Journal of International Law*, vol. 93. n°. 2, 1992, pp. 291-302.

REVKIN, Mara. "I am nothing without a weapon. Understanding child recruitment and use by armed groups in Syria and Iraq". En: O'NEIL, Siobhan y VAN BROECKHOVEN, Kato (editores). *Cradled by involvement with armed groups. Conflict in contemporary conflict*. United Nations University, 2018, pp. 103-139.

SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

SALMÓN, Elizabeth. "El reconocimiento del conflicto armado en el Perú. La inserción del Derecho Internacional Humanitario en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación". En: *Derecho PUCP*, n°. 57, 2004, pp. 79-102.

SALMÓN, Elizabeth. "Algunas reflexiones sobre Derecho Internacional Humanitario y Justicia Transicional: Lecciones de la experiencia latinoamericana". En: REÁTEGUI, Félix (editor). *Justicia Transicional: Manual para América Latina*. Brasil: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011.

SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2014.

SCHLÜTTER, Birgit. *Development of customary international law. Theory and Practice of The International Court of Justice and The International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

SERRA, María Laura. "Hacia una protección efectiva de los derechos humanos de niños y niñas en el conflicto armado" En: *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n°. 11, enero 2010, pp. 79-91.

SINGER, Peter. W. "Caution: Children at war". En: *Parameters*, vol. 40, n°. 4, 2010.

STRANG, Heather. "Exploring the effects of restorative justice on crime victims for victims of conflict in transitional societies". En *International handbook of victimology*. Taylor & Francis Group, 2010.

TAFUR, Andrea y QUESADA, Diego. "El estado de emergencia en el Perú democrático posconflicto: Un estudio preliminar de las normas de emergencia". En: *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 16, n°. 2, 2020, pp. 205-234.

TEIJO, Carlos. "La protección jurídica internacional de los derechos del niño en situaciones de conflicto armado con atención particular a la problemática de los niños soldado". En: Pueyo, Jorge y Urbina, Julio (coord.). *El Derecho*

Internacional Humanitario en una sociedad internacional en transición. Santiago de Compostela: Tórculo edicions, 2002.

VALCÁRCEL, Juan Manuel. "Beligerancia, Terrorismo y conflicto armado: no es un juego de palabras". En *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, n°. 13, 2008, pp. 363-390.

VALENCIA, Alberto. *Los crímenes de Sendero Luminoso en Ayacucho*. Editorial Impacto, 1992.

VAN BUEREN, Geraldine. "The International Legal Protection of Children in Armed Conflicts". En: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n°. 4, 1994, pp. 809-826.

VAN ZYL, Paul. "Promoviendo la Justicia Transicional en las sociedades post conflicto". En: En: Felix Reátegui (editor). *Justicia Transicional: Manual para América Latina*. Brasil: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011.

VILLARÁN, Susana. "La leva y el servicio militar en zonas de emergencia". En: *Idee*, n°. 113, noviembre de 1998.

VILLASANTE, Mariella. *La violencia senderista entre los ashaninkas de la selva central. Datos intermediarios de una investigación de antropología política sobre la guerra interna en el Perú (1980-2000)*. Seminario sobre la violencia política entre los Ashaninka del 30 de abril de 2014.

VON HEBEL, Herman y ROBINSON, Darryl. "Crimes within the Jurisdiction of the Court" En: LEE, Roy S. (editor). *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Internacional Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

WORKING GROUP ON DEFINITIONS AND ELEMENTS OF CRIMES. Reference Paper on War Crimes submitted by Germany, 12 diciembre de 1997. En: <http://iccnow.org/documents/GermanStatementonWarCrimes.pdf>

ZAHAR, Alexander y SLUITER, Göran. *International Criminal Law. A critical introduction*. New York: Oxford University Press, 2008.

2. Enlaces electrónicos

AGUIRRE, Amet. “Tres presuntos narcoterroristas que portaban armas y panfletos son capturados en el Vraem”. 2 de junio de 2020. En: <https://peru21.pe/politica/sendero-luminoso-quispe-palomino-ayacucho-tres-presuntos-narcoterroristas-que-portaban-armas-y-panfletos-son-capturados-en-el-vraem-noticia/?ref=p21r>

CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. 1998. Disponible en: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf.

Revisado el 17 de enero de 2019.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. 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 Fundamental guarantees. En: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=5CBB47A6753A2B77C12563CD0043A10B>. Revisado 24 de octubre de 2019.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA – CICR. “La Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, 16 de noviembre de 2015. En: <https://www.icrc.org/es/document/la-conferencia-internacional-de-la-cruz-roja-y-de-la-media-luna-roja>

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. IHL *Database Customary IHL*. En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136

CONSEJO DE REPARACIONES. Registro Único de Víctimas. Disponible en: <http://www.ruv.gob.pe/registro.html>

COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *El problema de las "levas" y maltratos durante el servicio militar obligatorio*, p. 4. En: <https://www.derechos.net/cnddhh/informes/levas.html>. Revisado el 16 de noviembre de 2019.

EL COMERCIO. "Vraem: el 58% de sus habitantes vive bajo una situación de pobreza", 11 de junio de 2018. En: <https://elcomercio.pe/peru/vraem/vraem-58-habitantes-vive-situacion-pobreza-noticia-526775-noticia/?ref=ecr>

EL COMERCIO. "Policías y militares buscan al menos 10 terroristas armados que desertaron en el VRAEM". 13 de febrero de 2020. En: <https://elcomercio.pe/peru/policias-y-militares-buscan-a-al-menos-10-terroristas-armados-que-desertaron-en-el-vraem-noticia/?ref=ecr>

FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *War in the Twentieth Century*. En: <http://www.faqs.org/childhood/Th-W/War-in-the-Twentieth-Century.html>. Revisado el 19 de enero de 2018.

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA - UNICEF. Declaración de Principios de Ciudad del Cabo, [adoptada en el simposio sobre prevención, desmovilización y reintegración social de niños soldados en África], 27-30 de abril de 1997. En: https://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles%281%29.pdf

GETTLEMAN, Jeffrey. "The perfect weapon for the meanest wars". *New York Times*, 29 de abril de 2009. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2007/04/29/weekinreview/29gett.html>. Revisado el 3 de marzo de 2018.

HUMAN RIGHTS CENTRE. "Maputo Declaration on the Use of Children as Soldiers". En: https://www1.essex.ac.uk/armedcon/story_id/MAPUTO%20AFRICAN%20CONFERENCE%20ON%20THE%20USE%20OF%20CHILDREN%20AS%20SOLDIERS.pdf

HUMAN RIGHTS WATCH. *Colombia: Grupos armados envían niños a la guerra*. 21 de febrero de 2005. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/news/2005/02/21/colombia-grupos-armados-envian-ninos-la-guerra>

OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY-GENERAL FOR CHILDREN AND ARMED CONFLICT. *Causas fundamentales del reclutamiento de niños*. En: <https://childrenandarmedconflict.un.org/es/efectos-del-conflicto/causas-fundamentales-del-reclutamiento-de-ninos/>. Revisado el 13 de enero de 2020.

OFICINA DE NACIONES UNIDAS PARA LA COORDINACIÓN DE ASUNTOS HUMANITARIOS. “Jóvenes víctimas de reclutamiento ilegal participaron del encuentro “Camino Diferencial de Vida””. 2 de mayo de 2019. En: <https://reliefweb.int/report/colombia/j-venes-v-ctimas-de-reclutamiento-ilegal-participaron-del-encuentro-camino>

PINTO, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, 1997. En: http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/594/CL_PintoM_PrincipioProHomine_1997.pdf?sequence=1. Revisado 21 de setiembre de 2019.

REINO DE DINAMARCA. Militar Criminal Code of Denmark, 1973. En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136

REINO DE DINAMARCA. Militar Criminal Code of Denmark, 2005. En: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule136

SALMÓN, Elizabeth. “La calificación del conflicto armado interno y el postulado de la prohibición del terrorismo en el derecho internacional humanitario. La Sala Penal Nacional y su innovadora aproximación al Derecho Internacional Humanitario. IDEHPUCP”. En: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/la%20sala%20penal%20nacional%20y%20su%20innovadora%20aproximacion%20al%20derecho%20internacional%20humanitario.pdf>

TICEHURST, Rupert. “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”. En: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>. Revisado el 12 de octubre de 2019.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity. 26 de noviembre de 1968. En: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280034934&clang=_en

VERA, Enrique. "Mueren tres militares tras enfrentamiento con terroristas en el Vraem". 26 de junio de 2019. En: <https://elcomercio.pe/peru/vraem/mueren-tres-soldados-enfrentamiento-terroristas-vraem-noticia-649359-noticia/?ref=ecr>

VERA, Enrique. "Testimonios desde el destierro". 2019. En: <https://especiales.elcomercio.pe/?q=especiales%2Ftestimonios-desde-el-destierro%2Findex.html&fbclid=IwAR1RU61Mw7saCpc8kV0k8Yh3OUVjyhavvryltirgH7m3CTy4Pw4TjbRCFY4>

VINUESA, Raúl Emilio. *Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad*, 26 de junio de 1998. En: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlj8.htm>

3. Jurisprudencia internacional

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs Perú*. Interpretación de la sentencia de fondo. Sentencia del 3 de septiembre de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benavides vs Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte IDH de 27 de noviembre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs Perú*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANO. *Caso Vargas Acero vs Paraguay*. Sentencia de 26 de setiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06, 7 august 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL - CPI. *Situation in Democratic Republic of Congo in the Case of Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges (Pre Trial Chamber I)*, ICC-01/04-01/06-803, 29 january 2007.

CORTE PENAL INTERNACIONAL - CPI. *Situation in the Democratic of the Congo in The Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda (Judgment)*. No. ICC-01/04-02/06. 8 julio de 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America). Judgment of 27 june 1986.

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE - SCSL. *Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (Child recruitment)*. Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), 31 may 2004.

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE - SCSL. *Judgement against Alex Tamba BRIMA, Brima Bazzy KAMARA and Santigie Borbor KANU*. Case No. SCSL- 04-16-T, 20 june 2007.

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE - SCSL, Norman Appeals Chamber Decision, para 49, citado en RAUTER, Thomas. *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*. Springer, 2017.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA – TPIY. *Prosecutor vs. Dusko Tadić, Caso N° IT-94-1-I* (“Decision on the Defence Motion for de la amenaza Interlocutory Appeal on Jurisdiction”), 02/10/1995.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA - TPIY. *Prosecutor vs. Furundzija, caso n° IT-95-17/I-T*, Trial chamber II, sentencia del 10 de diciembre de 1998.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA - TPIY. El Fiscal c. Enver Hadzihanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura. Decisión de 12 de noviembre. Caso No. IT-01-47-PT.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA - TPIR. *Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu. Case No. ICTR-96-4-T, Judgement. 2 september 1998.*

4. Documentos o informes jurídicos

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Quincuagésima quinta reunión plenaria, RES/AG/95(I), 11 de diciembre de 1946.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. AG/56/83.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución Aprobada por la Asamblea General. Protección de los niños afectados por los conflictos armados*. Resolución A/RES/48/157. Naciones Unidas, 7 de marzo de 1994.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución A/RES/49/53*. Naciones Unidas, 9 de diciembre de 1994.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolución A/RES/50/46*. Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1995.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*. Resolución A/51/306, Naciones Unidas, 26 de agosto de 1996.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Volumen I (Actuaciones del Comité Preparatorio en los períodos de sesiones de marzo y abril y agosto de 1996). Suplemento N° 22. A/51/22. Nueva York, 13 de setiembre de 1996.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 52/160 de 15 de diciembre de 1997. Naciones Unidas, 1997.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos del niño*. Resolución 51/77. Naciones Unidas, 20 de febrero de 1997.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos del niño*. Resolución A/RES/53/12. Naciones Unidas, 23 de febrero de 1999.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Los derechos del niño*. Resolución A/RES/54/149, 25 de febrero de 2000.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. *Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Principio 10 de la Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución 1944 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución 2575 (XL-O/10) del 8 de junio de 2010.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución 2959 (L-O/20) del 21 de octubre de 2020.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución A/CN.4/682. Naciones Unidas, 2015.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. *Los niños y los conflictos armados. Informe del Secretario General. Resolución A/72/865*, 16 de mayo de 2018.

ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS. *Los niños y los conflictos armados. Informe del Secretario General. A/73/907-S/2019/509*, Naciones Unidas, 20 de junio de 2019.

COMISIÓN DE DERECHOS. *Informe del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados sobre su cuarto período de sesiones. Resolución E/CN.4/1999/73*, Naciones Unidas, 24 de marzo de 1999.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1994/91, Naciones Unidas.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS - CIJ. *Derecho Internacional y Lucha contra la impunidad. Guía para profesionales No. 7*. Ginebra: CIJ, 2014.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. *Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Suiza: Ginebra, 2012.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA - CICR. *Derecho Internacional Humanitario. Respuestas a sus preguntas*, Ginebra: CICR, 2015.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución S/RES/808, Naciones Unidas, 22 de febrero de 1993.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*. S/25704, 3 may 1993.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución S/RES/955, Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe presentado por el Secretario General en cumplimiento del párrafo 5 de la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad. Resolución S/1995/134*. Naciones Unidas, 13 de febrero de 1995.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *Resolución S/RES/126*. Naciones Unidas, 30 de agosto de 1999.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. *S/RES/1315*, Naciones Unidas, 14 de agosto de 2000.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *Resolución S/RES/1379*. Naciones Unidas, 20 de noviembre de 2001.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 1757 de 30 de mayo de 2007. Naciones Unidas, 2007.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *Informe presentado por el Secretario General en cumplimiento del párrafo 5 de la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad. Resolución S/1995/134*. Naciones Unidas, 13 de febrero de 1995.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. 3696ª sesión. *Orden del día: Los niños y los conflictos armados*. S/PV.3694, 29 de junio de 1998.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Formas contemporáneas de la esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial*. E/CN.4/SUB.2/1998/13.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS. *Comentarios acerca del Informe del grupo de trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados*, Doc. N.U. E/CN.4/1999/WG.13/2, 2 de octubre de 1998.

ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL OF UNITED NATIONS. *Question of a Convention on the rights of the child*. E/CN.4/L.1366.REV.1. Naciones Unidas, 14 de febrero de 1978.

ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL OF UNITED NATIONS. *Question of a Convention on the rights of the child*. E/CN.4/1985/64. Naciones Unidas, 3 de abril de 1985.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS – ACUDH. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, art. 7.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución 1944 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. C-182 - Convención 182 sobre la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil. OIT, 1999.

ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA – OUA. *Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (Carta Africana)*. OUA, 1990.

ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA. CM/DEC, 482 (LXX) Decisión sobre la “Conferencia africana sobre el uso de niños soldados”, aprobada por la Asamblea de Jefes de Estados de la OUA.

5. Normas nacionales

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Decreto Supremo N° 010-2016-MIMP. Decreto Supremo que aprueba el “Protocolo para la Atención a personas y familias rescatadas de grupos terroristas” y crea la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente encargada del seguimiento al cumplimiento del Protocolo. En Diario Oficial El Peruano, 28 de julio de 2016.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. DECRETO LEGISLATIVO 264. Ley del Servicio Militar Obligatorio, 12 de noviembre de 1991.

6. Jurisprudencia de tribunales nacionales

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999. Sentencia C-291/07 de 25 de abril de 2007. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#_ftn74

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL ESPECIAL. Caso Alberto Fujimori Fujimori. Sentencia Ex. N° A. V. 19-2001, 7 de abril de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL ESPECIAL. Caso Alberto Fujimori Fujimori. Sentencia Ex. N° A. V. 19-2001, 7 de abril de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso contra Wilson Salazar Carrascal. Auto de 31 de julio de 2009. Radicado 32.539. Magistrado ponente: Augusto J. Ibañez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 21 de setiembre de 2009, radicado No. 32022. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL. Recurso de Nulidad. Expediente N° A.V. 19-2001-09.

SALA PENAL NACIONAL. *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Expediente acumulado 560-03. Fundamento 8vo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Gabriel Orlando Vera Navarrete. Exp. No. 2798-04-HC/TC. Sentencia de 9 de diciembre de 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia N° 0012-2006-PI/TC de 15 de diciembre de 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Caso 25% del Número Legal de Congresistas*. Expediente N° 0024-2010-PI/TC. Sentencia del 21 de marzo de 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia N° 00022-2011-PI/TC, 8 de julio de 2015.

Agradecimientos

A mis padres, quienes nunca pusieron obstáculos a mis decisiones y me dejaron aprender en el camino, con errores y aciertos. A mi asesor, Jean Franco Olivera, por ser una guía, un soporte y aclarar mis dudas en la elaboración de esta tesis. Asimismo, a Karem por su apoyo constante y hacer posible que este trabajo tome vuelo. A Andrea L., su generosa respuesta fue el impulso que necesitaba para dar el siguiente paso.

A mis amigas, Julia, Erika, Andrea C. y amigo Marco, con quienes compartí muchas horas de estudio y palabras de ánimo. Y en general, a todas las personas que, con sus consejos, intercambio de ideas y facilitación de materiales contribuyeron a que este trabajo encuentre la luz.

