

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte  
de grupos armados en la frontera norte y el desarrollo  
normativo ecuatoriano en relación a su protección**

**María Belén Arévalo Alvear**

**Jurisprudencia**

Trabajo de titulación presentado como requisito  
para la obtención del título de abogada

Quito, 16 de mayo de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

"Reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados en la frontera norte y el desarrollo normativo ecuatoriano en relación a su protección."

María Belén Arévalo Alvear

 Mgs. Hugo Cahueñas Muñoz  
Director del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon  
Presidente y Lector del Trabajo de Titulación

Daniela Salazar, LLM  
Lectora del Trabajo de Titulación

Quito, 16 de mayo de 2016

## UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

### EVALUACION DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

**TÍTULO DEL TRABAJO:** Reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados en la frontera norte y el desarrollo normativo ecuatoriano en relación a su protección

**ESTUDIANTE:** María Belén Arévalo Alvear

#### **EVALUACIÓN (justificar cada punto):**

##### **a) Importancia del problema presentado.**

El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, constituye un problema de alta importancia a nivel internacional y nacional. Por un lado, la comunidad internacional ha adoptado un *corpus iuris* que prohíbe este tipo de reclutamiento. Estos instrumentos son fruto de un proceso histórico en el que se registran graves violaciones a los derechos de los menores en escenarios de conflicto armado. En este sentido, la jurisprudencia relacionada con conflictos armados internos documenta la participación de menores y las graves consecuencias que generan su involucramiento en situaciones de violencia armada.

Por otro lado, en la frontera norte del Ecuador se han presentado varios casos de menores que han sido reclutados por grupos armados colombianos. Esta problemática se agrava por el alto nivel de vulnerabilidad en el que se encuentran las comunidades de esta zona del Ecuador. Frente a este escenario, la respuesta desde los sistemas de protección de derechos ha sido muy limitada.

##### **b) Trascendencia de la hipótesis planteada por la investigadora.**

En el plan de investigación, la hipótesis planteada fue:

El reclutamiento de menores de edad en la frontera norte por parte de los grupos armados irregulares vulnera los derechos de niños, niñas y adolescentes, quienes no reciben protección del Estado ecuatoriano. Por

su parte, el Ecuador ha adquirido obligaciones que conforman el *corpus iuris* internacional, sin embargo, el desarrollo del ordenamiento jurídico interno es insuficiente para garantizar la protección los derechos de los niños, niñas y adolescentes en términos de técnica jurídica al elaborar las leyes y adopción de políticas públicas.

En el desarrollo de la investigación, esta hipótesis se mantuvo como guía. Sin embargo, la investigadora abordó otras esferas que el problema jurídico le exigió. En este sentido, al reflexionar sobre las medidas jurídicas, se presentan varias alternativas a nivel interno e internacional. Primero, se describen medidas a nivel administrativo, judicial y constitucional. Luego, el trabajo aborda los mecanismos a nivel internacional como vías para alcanzar la protección de derechos.

La trascendencia que a futuro puede tener la presente investigación es amplia. El trabajo puede constituir una referencia para futuras acciones jurídicas. Además, el Estado puede emplear el estudio como referencia para la implementación de políticas públicas en la materia. Finalmente, los resultados de esta investigación puede brindar elementos para otros estudios en el marco del potencial acuerdo de paz en Colombia y en el escenario de post-conflicto.

### **c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.**

En la investigación se realizó una profunda revisión de instrumentos internacionales, jurisprudencia internacional, jurisprudencia comparada y legislación nacional. Además, se indagó sobre los hechos, identificando pronunciamientos oficiales. Por un lado, la investigadora consultó alrededor de 80 publicaciones, más de 20 referencias normativas y similar número de casos. Los mismos que están referidos en cerca de 300 notas al pie de página. Por otro lado, el trabajo identificó fuentes pertinentes para la problemática citada. Cabe destacar que se empleó documentos de publicistas así como instrumentos de organismos internacionales. Sin embargo, como todo trabajo, pueden quedar puntos por completar por otras investigaciones. Por ejemplo, las acciones a nivel constitucional y las medidas en materia de derecho penal internacional, son

esferas que podría ahondarse a futuro.

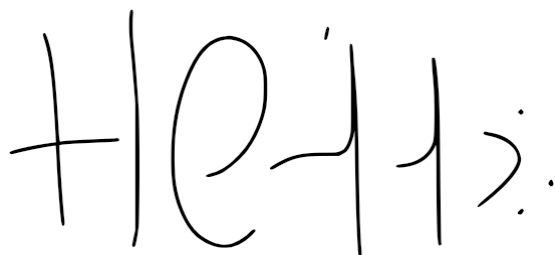
**d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).**

La evidencia presentada a lo largo de la investigación resulta convincente. Sin embargo, el limitado acceso a información sobre los hechos y la inexistencia de procesos jurídico a nivel interno, constituyen barreras que la investigadora tuvo que sortear para justificar su hipótesis. A pesa de ello, las conclusiones se encuentra justificadas. El contenido en cada uno de los capítulos tiene una secuencia lógica de carácter inductivo. El trabajo comienza con la definición de los conceptos generales; luego, se aborda los temas específicos; y, finalmente, se centra en el contexto ecuatoriano.

**e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.**

Belén cumplió de manera sobresaliente con las tareas de investigación encomendadas. Cada uno de los comentarios realizados en el proceso fueron abordados e incluidos. Cabe destacar que durante la investigación, el trabajo se desvió hacia otras esferas de las ciencias sociales como la sociología y la psicología. Esto le ocurre a todo investigador que realiza un proceso profundo de búsqueda. Esta experiencia le debe motivar a Belén a explorar otras ciencias en futuros programas de posgrado, pero este proyecto aún no era el momento.

FIRMA DIRECTOR:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HECH' followed by a stylized flourish.

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: \_\_\_\_\_

Nombres y apellidos: María Belén Arévalo Alvear

Código: 00104472

Cédula de Identidad: 171557223-4

Lugar y fecha: mayo de 2016

*Agradezco a:*

*Mi mamá, por su inmenso amor y paciencia;*

*Mis hermanas, por ser mi soporte incondicional en todo momento de mi vida;*

*Mis abuelitos por ser mi ejemplo de vida;*

*Mis tíos, por el apoyo recibido cuando más lo necesitaba;*

*Mis amigas, por la increíble amistad creada en estos años;*

*Mi director, quien a pesar de la distancia, ha sido mi guía durante este importante periodo académico.*

## **RESUMEN**

El Ecuador no es parte del conflicto armado interno colombiano. Sin embargo, este ha afectado a la mayoría de civiles que viven en la frontera norte. Una de las situaciones que ha tomado lugar es el reclutamiento de menores de 18 años por parte de grupos armados organizados en territorio ecuatoriano. El presente trabajo final abordará el desarrollo de normas internacionales relacionadas con este problema y la efectiva protección de los menores de edad bajo el Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La última analizará las diferentes opciones que tienen las víctimas para garantizar sus derechos a nivel nacional e internacional.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario/ Niños soldados/ Reclutamiento/ Derecho de protección especial.



## ABSTRACT

Ecuador is not part of the Colombian Non-International armed conflict. Nevertheless, it has affected most of the civilians who live in the north frontier. One of the situations that have taken place is to the recruitment of children under the age of 18 years old by organized armed groups in Ecuadorian territory. This final work will deal with the development of international norms regarding this issue and the effective protection of children under International Humanitarian Law, International Criminal Law and International Human Rights Law. The last section will analyze of the different options the victims have under the domestic law and at the international level, in order to guarantee their rights.

*Key words:* International Humanitarian Law/ Child Soldier/ Recruitment/ Right to special protection.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN</b>	<b>8</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO I. CONCEPTOS GENERALES</b>	<b>3</b>
<b>1. Niñez y Adolescencia.</b>	<b>3</b>
1.1    Concepto jurídico.	3
1.2    Doctrina de Protección Integral y Desarrollo Integral de la niñez y adolescencia.	4
1.3    Derecho de Protección especial.	6
<b>2. Derecho Internacional Humanitario.</b>	<b>7</b>
2.1    Conflicto Armado Internacional.	9
2.2    Conflicto Armado No Internacional.	14
<b>CAPITULO II. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE EL RECLUTAMIENTO Y LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AFECTADOS POR LOS CONFLICTOS ARMADOS</b>	<b>23</b>
<b>1. Marco normativo internacional.</b>	<b>23</b>
1.1    Convenios de Ginebra de 1949.	23
1.2    Protocolos Adicionales de 1977.	24
1.2.1    Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977.	25
1.2.1.1    Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.	26
1.3    Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989.	27
1.4    Declaración de Principios de Ciudad del Cabo de 1997.	28
1.5    Convenio 182 OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción inmediata para su Eliminación del 2000.	29
1.6    Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados del 2000.	29
1.7    Estatuto de la Corte Penal Internacional .	31
<b>2. Derecho Consuetudinario.</b>	<b>33</b>
<b>3. Jurisprudencia Internacional – Corte Penal Internacional.</b>	<b>35</b>
3.1    Caso Thomas Lubanga Dyilo.	35
3.1.1    Elementos objetivos del crimen.	35

3.1.1.1	Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.	35
3.1.1.2	Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.	38
3.1.1.3	Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.	39
3.1.2	Elementos subjetivos del crimen.	39
<b>4.</b>	<b>Jurisprudencia Colombiana.</b>	<b>41</b>
4.1	Caso: Freddy Rendón Herrera, Alias “El Alemán” - Corte Suprema de Justicia. Sala de Justicia y Paz.	41
<b>5.</b>	<b>Otro caso importante: Sierra Leona y los niños soldados post-conflicto.</b>	<b>42</b>
<b>6.</b>	<b>Sistema Interamericano de Derechos Humanos.</b>	<b>42</b>
<b>CAPÍTULO III. DESARROLLO NORMATIVO Y MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN EN EL ESCENARIO ECUATORIANO.</b>		<b>47</b>
<b>1.</b>	<b>Efectos del conflicto armado interno de Colombia en Ecuador.</b>	<b>47</b>
<b>2.</b>	<b>Desarrollo normativo y medidas de protección de niñas, niños y adolescentes para el caso ecuatoriano.</b>	<b>49</b>
2.1	Disposiciones normativas relacionadas con la prohibición del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes.	49
2.2	Medidas de protección administrativas.	50
2.3	Hábeas Corpus.	52
2.4	Medidas judiciales - penales.	52
2.4.1	Código Penal.	52
2.4.2	Código Orgánico Integral Penal.	54
2.5	Mecanismos de protección internacional de derechos humanos.	55
2.5.1	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	55
2.5.2	Sistema Universal de Derechos Humanos.	57
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>		<b>59</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>		<b>62</b>

## INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad ha estado marcada desde su comienzo por la existencia de enfrentamientos entre los miembros de la sociedad. Las razones que han motivado la existencia de conflictos armados son variadas, pero al evaluar sus consecuencias, son los inocentes quienes pagan el precio más alto. Es por este motivo que se desarrolló el Derecho Internacional Humanitario, conocido como el Derecho de los Conflictos Armados, que busca limitar los medios y métodos para desarrollar las hostilidades, protegiendo a las personas que no participan activamente del conflicto. Su desarrollo ha sido lento, pero ha tomado fuerza a partir del anterior siglo, clasificando a los conflictos armados de acuerdo a su naturaleza, estableciendo normas de debido proceso a favor de los perpetradores, y codificando las disposiciones relacionadas con la protección de las personas y sus bienes.

Los niños, niñas y adolescentes pertenecen a un grupo de atención prioritaria que requieren de cuidados especiales para lograr un desarrollo adecuado e integral. Las disposiciones referentes a su protección han evolucionado casi tan lentamente como las del Derecho Internacional Humanitario, aunque en la actualidad se puede decir que existe un marco de protección que busca garantizar el respeto de sus derechos en todo momento y prohibir su participación en los conflictos armados. Es más, tal es la importancia del tema, que el reclutamiento de menores de edad es considerado como un crimen internacional.

Es importante mencionar que Colombia actualmente se encuentra negociando un proceso de paz luego de casi medio siglo de enfrentamientos entre miembros de las fuerzas armadas estatales y distintos grupos armados. Además, durante todo este periodo el Ecuador ha mantenido una postura de no intervención y no forma parte del conflicto armado interno del país del norte. Pero a medida que se expliquen los conceptos y nociones de Derecho Internacional Humanitario se comprenderá que incluso en tiempos de paz, los Estados no pueden dejar de aplicar las disposiciones contenidas en los distintos tratados internacionales relacionados con la materia, especialmente cuando se trata de la protección de la población civil.

El presente trabajo de titulación tratará sobre el fenómeno del reclutamiento de menores de edad en la frontera norte por parte de grupos armados organizados. Independientemente de su nacionalidad, si los niños, niñas y adolescentes se encuentran

dentro del territorio ecuatoriano, tienen derecho a recibir protección por parte del Estado. El Ecuador ha adquirido obligaciones en el ámbito internacional y ha desarrollado un marco normativo interno que aparentemente garantiza el efectivo resguardo de sus derechos. Sin embargo, en el transcurso de este trabajo, se evidenciará que dichas obligaciones no han sido cumplidas a cabalidad por el Ecuador y que los mecanismos existentes a nivel nacional no son suficientes para garantizar una efectiva protección.

En el primer capítulo se definirán los conceptos más importantes, como niñez, adolescencia y Derecho Internacional Humanitario. Estos conceptos son transversales en el desarrollo del trabajo de titulación. De esta manera, se podrá avanzar en la lectura con un enfoque claro de niñez y adolescencia así como de los preceptos básicos que regulan a los conflictos armados.

La segunda parte se concentrará en el desarrollo de los distintos instrumentos de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos que contienen disposiciones directas sobre el tema de estudio, el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes. La falta de compromiso de ciertos Estados para llegar a acuerdos concretos, se encuentra complementado con el desarrollo de la costumbre internacional y la jurisprudencia de Tribunales Internacionales y Nacionales. Lo cual crea un marco de protección considerablemente alto con obligaciones específicas para los Estados.

Finalmente, el tercer capítulo se enfocará en la realidad ecuatoriana, es decir en los efectos causados por el conflicto armado colombiano, así como en el marco normativo y los mecanismos existentes para la protección de la niñez y adolescencia como víctimas o posibles víctimas de reclutamiento por parte de grupos armados. Este análisis medirá hasta que punto el Ecuador ha armonizado su ordenamiento jurídico con relación a los instrumentos de Derecho Internacional. Para hacerlo se identificarán las alternativas jurídicas y administrativas que tienen las víctimas y sus familiares ante la existencia de un caso de reclutamiento de menores de edad.

## CAPITULO I. CONCEPTOS GENERALES

El presente capítulo tiene como objetivo presentar las bases conceptuales indispensables para el desarrollo del trabajo de titulación. En el primer punto se detallará la evolución y actual definición de los términos niñez y adolescencia. De igual manera, esta sección tendrá énfasis en los derechos de protección integral y protección especial que acompañan a los menores de edad en todo momento de su desarrollo y en situaciones de especial vulnerabilidad respectivamente. El segundo punto se concentrará en el estudio de la naturaleza del Derecho Internacional Humanitario [en adelante DIH], que desarrolla las normas aplicables a los conflictos armados de carácter internacional o interno.

### 1. Niñez y Adolescencia.

#### 1.1 Concepto jurídico.

La noción jurídica del término “niño” ha evolucionado conforme la sociedad lo ha hecho<sup>1</sup>. El desarrollo del principio de igualdad permitió que la percepción sobre la niñez cambie<sup>2</sup> y concluyó con la inclusión del concepto moderno de niñez tanto en instrumentos internacionales, como en el ordenamiento jurídico interno de los Estados. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 [en adelante CDN] fue ratificada por el Ecuador el 23 de marzo de 1990. La CDN es considerada como el primer instrumento internacional codificador de protección a los menores de edad<sup>3</sup> con carácter vinculante, que consolida la determinación del niño como sujeto de derechos<sup>4</sup>. Así el artículo 1 de la CDN señala que “se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad”<sup>5</sup>. No existe una diferenciación directa de género entre hombres y mujeres, ni tampoco entre niños y adolescentes<sup>6</sup>. Se trata de un concepto jurídico genérico que permite a los Estados incorporar el artículo 1 de la CND a sus respectivos ordenamientos jurídicos de manera

---

<sup>1</sup> Los Derechos del Niño fueron formalmente reconocidos luego de la Primera Guerra Mundial con la adopción de la Declaración de Ginebra en 1924.

<sup>2</sup> Miguel Cillero Bruñol. *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*. <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf> (acceso: 15 de enero de 2016).

<sup>3</sup> Durante el desarrollo del presente Trabajo de Titulación, al hacer referencia al término menor de edad, se relacionará con todas las personas que no han alcanzado la mayoría de edad, sin hacer distinción alguna entre género y edades específicas, a menos que sea manifiestamente expresado.

<sup>4</sup> Sonia Hernández Pradas. *El niño en los conflictos armados. Marco Jurídico para su protección internacional*. Valencia: Cruz Roja Española, 2001, p. 64.

<sup>5</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. (1969). Artículo 1.

<sup>6</sup> Farith Simon. *Derechos de la niñez y adolescencia. De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2008, p. 100.

discrecional<sup>7</sup>. Por su parte, en el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>8</sup>, se adhiere a lo manifestado por la CDN, y enfatiza que el término niño abarca los niños, niñas y adolescentes<sup>9</sup>.

En el Ecuador, el Código Civil establece que infante o niño es aquel:

[Q]ue no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos<sup>10</sup>.

Dicha norma considera que niño es quien no ha cumplido siete años, califica a impúberes y púberes en razón de género y edad, y denomina a quienes han cumplido dieciocho años como mayores de edad.

Por su parte, el artículo 15 del Código de la Niñez y Adolescencia reconoce que los niños, niñas y adolescentes son titulares de derecho y, como tales, gozan de todos aquellos derechos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad. Se trata de la norma especializada en esta materia que presenta una concepción moderna que diferencia las etapas de crecimiento y expresa que “niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad [y] adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”<sup>11</sup>. Dicha definición zanja de manera definitiva la concepción del término en el Ecuador, sin modificar los preceptos contenidos en el Código Civil<sup>12</sup>.

## **1.2 Doctrina de Protección Integral y Desarrollo Integral de la niñez y adolescencia.**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 [en adelante CADH], ordena de manera general a los Estados cumplir con la adopción de medidas de

---

<sup>7</sup> Si bien la Convención establece la regla básica de los 18 años como límite de la minoría de edad y la mayoría de edad, deja abierta la posibilidad para que los Estados en su legislación interna establezcan plazos menores para obtener la mayoría de edad. Rosa María Álvarez de Lara. *El concepto de niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Legislación Mexicana*. México: UNAM. 2011. p. 4.

<sup>8</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002*. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. párr. 4.

<sup>9</sup> *Íd.*, párr. 42.

<sup>10</sup> Código Civil del Ecuador. Artículo 21. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>11</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 4. Registro Oficial No. 737 de 03 de enero de 2003.

<sup>12</sup> Farith Simon Campaña. *Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador*. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/1FC879A5C3F85DBF05257466006A2082/\\$FILE/EcuadorCodigoAnalisis.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/1FC879A5C3F85DBF05257466006A2082/$FILE/EcuadorCodigoAnalisis.pdf) (acceso: 01 febrero de 2015).

protección a favor de los niños<sup>13</sup>. Por otro lado, a partir de la entrada en vigor de la CDN en el Sistema Universal de Derechos Humanos se amplió el contenido de las obligaciones estatales y se adoptó la doctrina de la protección integral<sup>14</sup>, la cual reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho. Esta aproximación de protección integral se encuentra en contraposición con la doctrina de la situación irregular<sup>15</sup>, la cual trata a los menores de edad como objetos de protección que son incapaces y que requieren de un abordaje especial<sup>16</sup>. Por otro lado, el desarrollo integral se refiere a un “concepto introducido por la CDN, por el cual los niños tienen derecho a un nivel de vida [...] que les permita su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”<sup>17</sup>. Este concepto está establecido en el sistema internacional como el objetivo máximo a alcanzar a través de la protección y garantía de derechos.

La doctrina de la protección integral en el ámbito interno es un derecho en sí mismo. Este derecho se encuentra en el artículo 175 de la Constitución de la República del Ecuador y en el inciso segundo del artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia. El referido Código establece que para cumplir con su finalidad se deberá tomar en cuenta el principio del interés superior de la niñez y adolescencia y la doctrina de protección integral. Para alcanzar la protección de los derechos de los menores de edad, el Estado debe garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes por medio de la adopción de “medidas administrativas, legislativas, y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos”<sup>18</sup>. En el ordenamiento jurídico interno, el derecho a la protección integral es la finalidad y fundamento de la

---

<sup>13</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 19.

<sup>14</sup> Daniel O'Donnell. *La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2467/8.pdf> (acceso: 05 de febrero de 2015). Los elementos de la doctrina de la protección integral consisten en la confirmación del niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial, [...] el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral, [...] el principio de la unidad de la familia y la corresponsabilidad de la familia, el Estado, y la comunidad en la protección de los derechos del niño.

<sup>15</sup> Para mayor información *véase*. UNICEF Argentina, Chile y Uruguay. *Justicia y Derechos del Niño*. [http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayderechos1.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf) (acceso: 05 de febrero de 2015).

<sup>16</sup> Mary Beloff. “Justicia y derechos del Niño”. *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar*. Emilio García Méndez et al. Chile: UNICEF. 1999, p. 11.

<sup>17</sup> Farith Simon. *Derechos de la niñez y adolescencia. De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. *Óp. cit.*, pp. 256-267.

<sup>18</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Artículo 4.



ley materializada con la creación de ciertas condiciones<sup>19</sup> llevadas a cabo por los Consejos Nacionales para la igualdad, que sustituyeron al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia<sup>20</sup>. El desarrollo de la persona en dichas etapas, es considerado como una prioridad pública, en la que debe existir participación no sólo del Estado sino de la sociedad civil<sup>21</sup>. Mary Beloff sostiene que es importante tomar en cuenta que se trata de una “noción abierta, [que se encuentra] en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares”<sup>22</sup>.

### **1.3 Derecho de Protección especial.**

Como consecuencia de la implementación normativa y aplicación de la doctrina de la protección integral<sup>23</sup> se encuentra el derecho a la protección especial. Éste se activa cuando los niños, niñas y adolescentes están expuestos a la violencia en situaciones de vulnerabilidad, como consecuencia de conflictos sociales y armados, desastres naturales y otras situaciones de emergencia complejas y crónicas<sup>24</sup>. Se ha confirmado en el plano internacional y nacional que los niños requieren “una protección especial, y que para ello, es necesario seguir mejorando su situación sin distinción y procurar que estos se desarrollen y sean educados en condiciones de paz y seguridad”<sup>25</sup>.

El Sistema Universal de Derechos Humanos, pionero en el reconocimiento de los derechos de los niños, establece de igual manera el derecho en mención. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, [en adelante DUDH] se encuentra vinculada con la CDN por medio del cuarto y octavo párrafo del preámbulo de la última<sup>26</sup>. El

<sup>19</sup> Farith Simon. *Derechos de la niñez y adolescencia. De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Óp. cit., p. 252.

<sup>20</sup> Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad. Disposición Derogatoria Tercera. Registro Oficial Suplemento 283 de 07 de julio de 2013.

<sup>21</sup> Ministerio de Inclusión Económica y Social del Ecuador. *Desarrollo Infantil Integral*. <http://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/11/Libro-de-Pol%C3%ADticas-P%C3%BAblicas.pdf>. (acceso: 26 de julio de 2015).

<sup>22</sup> Mary Beloff. “Justicia y derechos del Niño”, *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar*. Óp. cit., p. 17.

<sup>23</sup> *Víd.* Farith Simon. *Derechos de la niñez y adolescencia. De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Óp. cit., p. 253. Cabe recalcar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el concepto de protección integral es independiente de la noción de desarrollo integral.

<sup>24</sup> Comité de los Derechos del Niño. *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. CRC/C/GC/13. 18 de abril de 2011. Observación General 13, párr. 72.

<sup>25</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. (2000). Preámbulo.

<sup>26</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Preámbulo. Los Estados Partes en la presente Convención: *Recordando* que en la [DUDH] de la ONU proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. *Teniendo presente* que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, contiene preceptos destinados a protegerlos de situaciones que atentan contra su normal desarrollo, abarcando distintos escenarios en las que sus:

[D]erechos fundamentales [están siendo] fuertemente amenazados o abiertamente violados de diversas maneras. Son circunstancias [...] especiales que demandarán medidas especiales de protección [...] con énfasis en la prevención y la detección oportuna y precoz.<sup>27</sup>

Por su parte, el DIH reconoce que los niños son merecedores de un respeto especial, que se les protegerá contra cualquier atentado al pudor y que en toda circunstancia deben ser tratados de acuerdo a su edad. Si bien hay disposiciones a favor del nasciturus, recién nacidos y lactantes, de menores de 7, 12, 15 y 18 años, en realidad no existe una conceptualización como tal, por lo que es necesario recurrir al DIDH, específicamente al contenido de la CDN<sup>28</sup>.

## **2. Derecho Internacional Humanitario.**

El DIH es una rama del Derecho Internacional Público que busca humanizar y disminuir los efectos de los conflictos armados<sup>29</sup>. Se trata de un “conjunto de normas que, [...] protegen a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra<sup>30</sup>. Su ámbito de aplicación corresponde a situaciones de conflicto armado. Es importante recalcar que el DIH no discute el derecho de los Estados a recurrir al uso de la fuerza o *ius ad bellum*. Pero las prácticas militares llevadas a cabo por los Estados y las concurrentes violaciones de derechos de los seres humanos han incentivado al desarrollo de normas de carácter internacional que buscan proteger a las personas afectadas por los conflictos armados. Asimismo, se han identificado dos tipos de conflicto armado: internacional e interno. Aunque su calificación constituye una labor complicada, es esencial para la

---

1959, y reconocida en la DUDH, en el PIDCP (en particular, en los artículos 23 y 24), en el PIDESC (en particular, en el artículo 50) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

<sup>27</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. (2000). Preámbulo.

<sup>28</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Perú: CICR. 2004, p. 102.

<sup>29</sup> *Íd.*, p. 23.

<sup>30</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *¿Qué es el derecho internacional humanitario?*. <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf> (acceso: 10 de febrero de 2015).

determinación de las obligaciones de las partes que intervienen en las hostilidades<sup>31</sup>.

Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977 no contienen una concepción específica de conflicto armado. Sin embargo, tanto la “doctrina, como la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional han considerado relevante establecer [una]”<sup>32</sup>. El Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia expresó que “un conflicto armado existe cuando se recurre al uso de la fuerza armada entre Estados o violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos con un Estado”<sup>33</sup>. Con la definición del Tribunal, se pueden distinguir ciertos elementos que son fundamentales para determinar la existencia de un conflicto armado. El primer componente esencial se refiere al uso de la fuerza o violencia armada, el segundo a un elemento temporal, y el tercero a la organización del grupo o partes intervinientes y la inclusión del conflicto armado entre grupos, aclarando que no es necesario que un Estado sea parte como tal<sup>34</sup>.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus respectivos Protocolos, fuentes principales de DIH, han reconocido la existencia de dos tipos de conflictos armados, que son concebidos como regímenes jurídicos que se diferencian por la existencia del carácter internacional o no<sup>35</sup>. Empero, cabe recalcar que si bien el DIH surgió como resultado de los conflictos armados internacionales, en la actualidad el carácter de meramente internacional ha variado por un incremento en los conflictos armados de carácter interno. Daniel Thürer considera que “las normas destinadas a los conflictos armados internacionales son más elaboradas que las que regulan los internos”<sup>36</sup>. Sin embargo, a través de las principales normas de costumbre internacional, las reglas relativas a la protección de víctimas se aplican de igual manera a cualquiera de los dos tipos de conflicto<sup>37</sup>. Esto se debe a que las personas tienen derecho a la misma protección, independientemente si el conflicto armado toma lugar dentro de un mismo Estado o si

---

<sup>31</sup> Andrew J. Carswell. “Como clasificar los conflictos: el dilema del soldado” *Revista internacional de la Cruz Roja*. 873 (2009), p. 86.

<sup>32</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Óp. cit., p. 25.

<sup>33</sup> Tribunal Internacional para la Persecución de personas responsables por serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidos en el Territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991. *Prosecutor v. Duko Tadi a/k/a Dule*. Opinión y Sentencia 7 de mayo de 1997. párr. 561.

<sup>34</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Óp. cit., p. 26.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>36</sup> Daniel Thürer. *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*. Hague Academy of international Law. 2011, pp. 51-52. Traducción Libre.

<sup>37</sup> *Ibid.*

éste sobrepasa las fronteras<sup>38</sup>.

Si bien es claro que el DIH se trata de una rama especializada del Derecho Internacional y que al parecer su única aplicación sería dentro de un contexto de conflicto armado, en realidad esa es una imprecisión. La verdad es que en tiempos de paz también los Estados deben cumplir con la aplicación de normas de DIH. Así, no es suficiente proporcionar sólo un marco jurídico adecuado sino también implementar institucionalmente las medidas que se requieran. Por ejemplo, el Estado debe garantizar la “represión de todas las violaciones a los Convenios y Protocolos, [...] garantizar que las personas y los emplazamientos protegidos [...] sean correctamente definidos, ubicados y protegidos”<sup>39</sup>.

### **2.1 Conflicto Armado Internacional.**

Para determinar la aplicabilidad del DIH en un conflicto armado internacional [en adelante CAI], es necesario tomar en consideración su tipología en razón de la materia, la persona, el tiempo y el lugar. Con relación a la materia se han establecido tres circunstancias que califican a un conflicto armado internacional. Estas corresponden al enfrentamiento entre dos o más Estados, los casos de ocupación total o parcial de un territorio de un Estado Parte de los Convenios de Ginebra, aunque no encuentre resistencia militar, y la lucha de un pueblo contra la dominación colonial y/o la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación<sup>40</sup>. Así, los CAI son aquellos en los que se enfrentan Estados, o un Estado y un movimiento de liberación nacional<sup>41</sup>.

Con relación al reconocimiento del CAI, el DIH y el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra manifiestan que los Convenios se aplicarán “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”<sup>42</sup>. No se toma en cuenta como un factor determinante de calificación de un CAI a la duración del conflicto ni a la intensidad del ataque<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Óp. cit., p. 46.

<sup>40</sup> *Íd.*, p. 81.

<sup>41</sup> Pietro Verri. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Buenos Aires: CICR, 2008, p. 25.

<sup>42</sup> Convenios de Ginebra. (1949). Artículo 2 común.

<sup>43</sup> *Cfr.* Jean Pictet. *Commentary to the Third Geneva Convention*. Ginebra: 1960. 2011, p. 23.

El segundo ámbito de aplicación corresponde las personas que son los sujetos pasivos y activos de las normas de DIH. En base al principio de distinción, se diferencia entre población civil y combatientes<sup>44</sup>.

El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales [en adelante Protocolo Adicional I] complementa al Convenio de Ginebra III que no incluye una definición de fuerzas armadas y expresa que corresponden a:

[T]odas las fuerzas, los grupos y las unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante el beligerante, incluso si éste está representado por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados por el beligerante adversario.<sup>45</sup>

De la lectura previa se desprende que no se establece una diferenciación entre fuerzas armadas regulares y otros grupos armados o unidades; y aunque no se menciona el requerimiento de respetar las leyes y costumbres de la guerra, sí manifiesta la necesidad de tener un sistema interno disciplinario que garantice el cumplimiento con las normas de DIH<sup>46</sup>.

De igual manera, se entiende que las fuerzas armadas se componen de combatientes, de no combatientes tales como el personal sanitario, religioso y de “personas civiles que las siguen sin formar directamente parte integrante de ellas, como los tripulantes civiles de aviones militares, proveedores, [etc.]”<sup>47</sup>. Más adelante se realizará la diferenciación entre las personas con calidad de combatiente y no combatiente.

Sobre el estatuto de combatiente, el Protocolo Adicional I considera como tal al que tiene “derecho a participar directamente en las hostilidades”<sup>48</sup>; y el que en caso de caer

---

<sup>44</sup> *Vid.* Diana Hernández Hoyos. *Derecho Internacional Humanitario. Cómo y por qué aplicar el Derecho Internacional Humanitario a la legislación y al conflicto armado colombiano*. *Óp. cit.*, p. 80. Incluye también los bienes de carácter civil y los objetivos militares, en consecuencia, todo ataque y operación debe realizarse solamente contra los objetivos militares. Estatuto de Roma. (2002). Art. 8 numeral 2 literal i). El Estatuto de Roma establece que los ataques dirigidos intencionalmente contra la población civil, en un contexto de conflicto armado constituye un crimen de guerra.

<sup>45</sup> Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. (1977). Artículo 43.

<sup>46</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *Rule 4. Definition of Armed Forces*. [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule4](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule4). (acceso: 18 de marzo de 2015).

<sup>47</sup> Jean de Preux. *Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra*. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdm4r.htm> (acceso: 18 de marzo de 2015).

<sup>48</sup> Protocolo Adicional I. Artículo 43 numeral 2

bajo el poder del adversario adquiere el estatuto de prisionero de guerra<sup>49</sup>. Diana Hernández Hoyos expresa que es combatiente en un CAI quien:

[E]n forma directa e inmediata participa en el conflicto armado; bien puede ser miembro operativo de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a éstas [...]. También se consideran combatientes las personas que dentro de un determinado territorio se levantan en forma espontánea contra el enemigo tratándose de una confrontación de carácter internacional [...]<sup>50</sup>

Los combatientes tienen la obligación de cumplir con las normas internacionales relacionadas a los conflictos armados. Deben evitar que la población civil sufra los efectos de las hostilidades, y mantendrán su estatuto siempre que lleven sus armas abiertamente durante todo el enfrentamiento militar y también durante todo el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras toma parte de un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque<sup>51</sup>.

Por otra parte, son considerados como sujetos pasivos todas las personas que no participan del conflicto armado. El Protocolo Adicional I define por exclusión a una persona civil, pues abraza dicha condición quien no pertenezca a las fuerzas armadas. En caso de que haya duda sobre si una persona es civil o no, se la considerará como tal. Se incluye en la categoría de sujeto pasivo a los civiles, miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas, personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa y prisioneros de guerra<sup>52</sup>. El artículo 51 numeral 3 dispone que las personas civiles gozarán de la protección [...] salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Eso significa que en caso de que los civiles participen en las hostilidades, pierden esa condición temporalmente, aplicándose una especie de vaivén de la protección como persona civil<sup>53</sup>. Es un mecanismo de protección de los civiles, especialmente porque su

---

<sup>49</sup> Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. (1977). Artículo 44 numeral 1.

<sup>50</sup> Diana Hernández Hoyos. *Derecho Internacional Humanitario. Cómo y por qué aplicar el Derecho Internacional Humanitario a la legislación y al conflicto armado colombiano*. Bogotá: 2000, pp. 80-81.

<sup>51</sup> Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. (1977). Art. 45.

<sup>52</sup> Diana Hernández Hoyos. *Derecho Internacional Humanitario. Cómo y por qué aplicar el Derecho Internacional Humanitario a la legislación y al conflicto armado colombiano*. *Óp. cit.*, p. 85.

<sup>53</sup> Nils Melzer. *Guía para la participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: CICR. (2010), p. 70.

comportamiento “depende de muchas circunstancias que cambian constantemente y que son, por consiguiente, muy difíciles de prever”<sup>54</sup>.

La aplicación del DIH en cuanto al tiempo fue analizado por el Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia en el caso Dusko Tadic, manifestando que cada uno de los Convenios de Ginebra, contiene un lenguaje que permite que su aplicación se extienda más allá del cese del conflicto<sup>55</sup>. Esto significa que la aplicación del DIH no se limita únicamente al momento y lugar exactos de las hostilidades, pues existen disposiciones internacionales que se aplican cuando el CAI ya ha culminado<sup>56</sup>. Así, se entiende que a pesar de que los instrumentos internacionales no realicen una mención directa en cuanto al tiempo de un conflicto armado, se interpreta de manera extensiva dependiendo de las normas y circunstancias que se presenten.

El cuarto ámbito de aplicación del DIH corresponde al espacio o lugar sobre el cual se desarrolla el CAI. Pues bien, dada la naturaleza de los mismos, se concluye que por regla general, esta rama del Derecho se extiende “a todo el territorio del Estado en conflicto”<sup>57</sup>, es decir, no depende si en el espacio geográfico en cuestión se llevan a cabo las hostilidades o no<sup>58</sup>.

Finalmente, cabe realizar una mención sobre los conflictos armados internacionalizados. Este tipo de conflictos surgen como situaciones armadas internas, pero que sufren una transformación al recibir apoyo, superior al logístico, por parte de un tercer Estado con el fin de combatir o apoyar a una de las partes<sup>59</sup>. Se puede decir que el término:

[I]ncluye las guerras entre dos facciones internas respaldadas por Estados diferentes, las hostilidades directas entre dos Estados extranjeros que intervienen militarmente en un conflicto armado interno respaldado a grupos enemigos y las guerras en que se produce una intervención extranjera para apoyar a un grupo rebelde que lucha contra un Gobierno establecido.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*

<sup>55</sup> The Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. *Prosecutor v. Duko Tadi a/k/a Dule*. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 02 de octubre de 1995. párr. 67. Traducción Libre.

<sup>56</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. *Óp. cit.*, p. 85.

<sup>57</sup> *Íd.*, p. 86.

<sup>58</sup> *Ibíd.*

<sup>59</sup> Sylvain Vité. “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales.” *Óp. cit.*, p. 41.

<sup>60</sup> James G. Stewart. “Hacia una definición única de conflicto armado en el Derecho Internacional Humanitario: Crítica de los conflictos armados internacionalizados” *Revista Internacional de la Cruz Roja*. (2003), p. 117.

Sin embargo, los instrumentos internacionales referentes al DIH como son los Convenios de Ginebra, sus Protocolos y el derecho internacional consuetudinario, no se refieren específicamente a este tipo de conflictos, puesto que se encuentra en una clasificación intermedia entre los dos regímenes del DIH<sup>61</sup>. Por ejemplo, en el caso denominado “Nicaragua contra Estados Unidos en relación con las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua”, la Corte Internacional de Justicia [en adelante CIJ], analizó la responsabilidad de Estados Unidos con base en los actos particulares cometidos por los Contras [grupos militares y paramilitares] en violación del DIH<sup>62</sup> y, el control efectivo que mantuvo en Nicaragua. Sostuvo que para que exista control determinante se requiere que un Estado Parte no sólo tenga control de un grupo militar o paramilitar, sino que ese control sea específico en relación con las operaciones en curso en las que se hayan cometido dichas infracciones<sup>63</sup>. En el caso referido existió una colaboración preponderante o decisiva en el financiamiento, entrenamiento, abastecimiento y equipamiento de los Contras, en la selección de los objetivos militares y paramilitares, y en la planificación de la operación, pero la participación era insuficiente en sí misma para demostrar una completa dependencia de los grupos paramilitares con el Estado extranjero<sup>64</sup>.

En otro caso, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia [en adelante TPIY] no tomó en cuenta el test desarrollado por la CIJ. Así, considera que para que se atribuya la responsabilidad a un tercer Estado, es necesario que el grupo armado que ejecuta las actividades, esté organizado bajo el control global de dicho Estado. El TPIY, declaró que una intervención extranjera podía transformar un conflicto armado interno en uno de carácter internacional cuando concurren dos elementos<sup>65</sup>. El primero se refiere a una supervisión general por parte de un gobierno extranjero sobre otro Estado a través de la participación activa de sus tropas en una

---

<sup>61</sup> *Íd.*, p. 118.

<sup>62</sup> Corte Internacional de Justicia. *Caso relacionado con las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. Fondo. Sentencia de 27 de junio de 1986. párr. 116.

<sup>63</sup> *Íd.*, párr. 115.

<sup>64</sup> *Íd.*, párr. 110.

<sup>65</sup> Angelina Guillermina Meza. “La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: la atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia”. *Revista del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* IV. (2010), p. 69. [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0005A004\\_0005\\_investigacion.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0005A004_0005_investigacion.pdf). (acceso: 14 de marzo de 2015).



guerra civil; y, el segundo, consiste en que el otro Estado debía apoyar a los insurgentes a través de la provisión de fondos o equipamiento<sup>66</sup>. El “Estado [extranjero] debe tener un rol en la organización, la coordinación o apoyo en el planteamiento general de su actividad general, si bien no se exige probar la emisión de órdenes específicas”<sup>67</sup>. Como consecuencia de este análisis se concluyó que las fuerzas armadas de Bosnia estaban bajo el control global de la Armada Yugoslava, con lo que se aplicaban las normas de DIH para un CAI.

## **2.2 Conflicto Armado No Internacional.**

El DIH regula los conflictos armados internos [en adelante CANIs], pero no contiene una definición exacta de los mismos. Esto se debe a la renuencia y a la falta de consenso entre los Estados para hacerlo. Empero, dicha rama sí establece obligaciones para las partes. Estas obligaciones se encuentran contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, [considerado un miniconvenio], y en la totalidad del Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977. El Protocolo Adicional II es el primer tratado que intenta regular los medios y métodos del uso de la fuerza en los CANIs, con el fin de confirmar, aclarar y expandir la protección mínima contenida en el artículo 3 común<sup>68</sup>. Al igual que un CAI, la determinación de la existencia de un CANI no depende de una declaración o cumplimiento correlativo de la contraparte<sup>69</sup>

Respecto del ámbito material, este tipo de conflicto se configura por exclusión<sup>70</sup>. El artículo 3 común menciona que sus disposiciones se aplican cuando el conflicto armado “no sea de índole internacional y [...] surja en el territorio de una de la Altas Partes Contratantes” mientras que el Protocolo Adicional II sostiene que existe un CANI cuando:

---

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Antonio Segura Serrano. *El Derecho Internacional Humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas*. 1era. ed. Madrid: PyV, 2007, p. 151. <https://books.google.com.ec/books?id=hMHnkAf7yyUC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>. (acceso: 16 de marzo de 2015).

<sup>68</sup> David. E. Graham. “Defining Non-International Armed Conflict: A Historically Difficult Task.” *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*. Kenneth Watkin *et al.* Rhode Island: Naval War College: 2012, p. 47. Traducción Libre.

<sup>69</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. *Óp. cit.*, p. 123.

<sup>70</sup> Yoram Dinstein, Charles H.B. Garraway y Michael N. Schmitt. *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*. San Remo: International Institute of Humanitarian Law. (2006), p. 3. Traducción Libre. <http://www.iihl.org/iihl/Documents/The%20Manual%20on%20the%20Law%20of%20NIAC.pdf> (acceso: 12 de febrero de 2015). Traducción Libre.

[L]os conflictos armados no estén cubiertos por el artículo 1 [del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949] y se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo <sup>71</sup>.

Del análisis del artículo 1 del Protocolo Adicional II se concluye que para éste sea aplicable, deben concurrir las siguientes circunstancias: 1) El conflicto armado debe ocurrir en el territorio de un Estado Parte, aunque los grupos que participan hayan partido de otro Estado <sup>72</sup>. Los actores corresponden a las fuerzas armadas de un determinado Estado con otras disidentes, o con grupos armados organizados. 2) Es necesario que el grupo activo tenga un mando responsable, lo que significa que debe haber un grado de organización y disciplina dentro del grupo de modo que se puedan llevar a cabo operaciones militares sostenidas <sup>73</sup> y concertadas <sup>74</sup>, así como imponer conductas a nombre de una determinada autoridad de hecho <sup>75</sup>. 3) Dicho grupo debe tener control territorial de acuerdo a las circunstancias geográficas y del conflicto, las cuales pueden cambiar de manera dinámica a medida que realizan las operaciones militares <sup>76</sup>. Ahora, si concurren todos los elementos y aún así el grupo armado no adecua su comportamiento de acuerdo al Protocolo Adicional II, no significa que el Estado se encuentra exento de cumplir con las disposiciones contenidas en el mismo <sup>77</sup>, pues tal como lo explica Elizabeth Salmón, el DIH “no se funda en un principio de reciprocidad” <sup>78</sup>. Por el contrario, pueden darse casos en los que no se cumplan con todos los requisitos previamente mencionados, pero los Estados pueden optar de todas formas por la aplicación del Protocolo Adicional II <sup>79</sup>.

---

<sup>71</sup> Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. (1977). Artículo 1 numeral 1.

<sup>72</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Óp. cit., p. 125.

<sup>73</sup> Diana Hernández Hoyos. *Derecho Internacional Humanitario. Cómo y por qué aplicar el Derecho Internacional Humanitario a la legislación y al conflicto armado colombiano*. Óp. cit., p. 127.

Etimológicamente, *sostenido* proviene del latín *sustinere*, derivado de tener, mantener asida una cosa o sustentar. En este contexto, se debe entender como lo contrario a esporádico.

<sup>74</sup> *Ibid.* Por su parte, *concertar* significa pactar, ajustar. En este contexto se debe entender como las operaciones militares concebidas y preparadas por grupos armados organizados, sin tomar en cuenta el tiempo de duración por tratarse de un elemento subjetivo. .

<sup>75</sup> Sobre las ideas que amplían esta parte, cfr. Junid, Sylvie-Stoyanka en Sandoz, Yves *et. al. ICRC. Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja y Martinus Nijhoff. (1987). párr. 1351 y párr. 4461.

<sup>76</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Óp. cit., p. 126.

<sup>77</sup> *Íd.*, p. 128.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

El artículo 3 común o el Protocolo Adicional II pueden aplicarse independientemente el uno del otro, o de manera conjunta de acuerdo a la participación de las fuerzas armadas estatales o no. Esto se debe a que el artículo 3 común es más amplio y no hace más alusión al tema; pero el TPIY ha optado por sostener que se aplica el DIH no sólo cuando hay enfrentamientos entre Estados, sino cuando se “produce violencia armada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un Estado”<sup>80</sup>. El Protocolo Adicional II “no se aplica a los conflictos armados que ocurren sólo entre grupos armados no estatales; [pues] ha de tenerse en cuenta esta definición restringida sólo en relación con la aplicación del Protocolo y no con el derecho de los CANI en general”<sup>81</sup>.

Los elementos deben ser analizados en cada caso individual<sup>82</sup>. Jean Pictet por medio del comentario del artículo 3 común desarrolló criterios que permiten calificar a ciertas situaciones como un CANI. Así, para aplicar la disposiciones del Protocolo Adicional II se necesita:

1. Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el Convenio.
2. Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional.
3. a) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien
  - b) que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante; o bien
  - c) que haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o bien
  - d) que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión.
4. a) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado.
  - b) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional.
  - c) Que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra.

---

<sup>80</sup> The Appeals Chamber of the international Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. *Prosecutor v. Duko Tadi a/k/a Dule*. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. *Óp. cit.*, párr. 70. Traducción Libre.

<sup>81</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?*. *Óp. cit.*, p. 4.

<sup>82</sup> Sylvain Vité. “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales.” *Óp. cit.*, p. 47.

d) Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio<sup>83</sup>.

Para calificar a una situación armada como un CANI es necesario analizar la intensidad de la violencia en el Estado en el que toma lugar<sup>84</sup>. El artículo 3 común no especifica cual es el nivel ni la extensión de la violencia para catalogar a una situación armada como un CANI<sup>85</sup>. La dificultad para determinar la existencia de un CANI radica en la falta de claridad al identificar los hechos concretos como tales, y también en la poca voluntad política de los Estados de reconocer la implicación en los mismos<sup>86</sup>. Así, aunque no se requiere que concurren simultáneamente, sí se ha identificado diversos criterios de medición de la intensidad, entre los que constan:

[L]a naturaleza colectiva de las hostilidades y el hecho de que el Estado tenga que recurrir a las fuerzas armadas porque la policía no está en condiciones de controlar la situación. La duración del conflicto, la frecuencia de las acciones de violencia y las operaciones, militares, la naturaleza de las armas empleadas, el desplazamiento de la población civil, el control del territorio por parte de las fuerzas de oposición, la cantidad de víctimas [fallecidos, heridos, personas desplazadas etc.] son elementos que también deben tenerse en cuenta.<sup>87</sup>

El Protocolo Adicional II excluye expresamente de su aplicación a aquellas situaciones de “tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”<sup>88</sup>. Son situaciones que tienen un nivel inferior de violencia dentro de un determinado Estado, ya sea por un origen “político, religioso, racial, social, económico o de secuelas de un conflicto armado”<sup>89</sup>. Son situaciones de disturbios aquellas en las que se producen arrestos en masa, elevado número de detenidos políticos, probables malos tratos o condiciones humanas de detención, suspensión de las garantías judiciales

---

<sup>83</sup> Jean Pictet. *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*. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>. (acceso: 23 de marzo de 2015)

<sup>84</sup> Sylcain Vité. “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales.” *Óp. cit.*, p. 46.

<sup>85</sup> David. E. Graham. “Defining Non-International Armed Conflict: A Historically Difficult Task.” *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*. *Óp. cit.*, p. 45.

<sup>86</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos contemporáneos*. Ginebra: (2011), p. 10.

<sup>87</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *Humanitarian Aid to the victims of internal conflicts*. Geneva: 1963, p. 82. Traducción Libre.

<sup>88</sup> Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. (1977). Artículo 1 numeral 2.

<sup>89</sup> Christophe Seinarski. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana*. San José: Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (1990), p. 38.

fundamentales, sea por estado de excepción, por situaciones de facto, o por alegaciones de desapariciones<sup>90</sup>. En caso de que ocurra cualquiera de las situaciones antes mencionadas, se debe cumplir con las obligaciones internacionales en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos [en adelante DIDH], los cuales no pueden bajo ningún concepto ser desconocidos<sup>91</sup>, excluyendo de tal manera la aplicación del DIH.

Con relación a las partes intervinientes, el artículo 3 común establece que los sujetos activos y pasivos a los que están dirigidas las normas del DIH, corresponden a “cada una de las partes en conflicto”<sup>92</sup>. Las disposiciones humanitarias en este aspecto consideran que son sujetos activos, las fuerzas armadas del Estado, las fuerzas armadas disidentes o cualquier grupo alzado en armas que participe directamente en las hostilidades<sup>93</sup>. El artículo 3 común y el Protocolo II Adicional hacen alusión al término de fuerzas armadas; y éste último incluye al de fuerzas armadas disidentes y otros grupos armados organizados [en adelante GAO]. Dichos conceptos no se encuentran definidos concretamente, pero de manera genérica se considera que son aquellos que pertenecen a una parte no estatal. Con relación a las fuerzas armadas disidentes se entiende que se trata de una parte de las fuerzas armadas de un Estado que se ha vuelto en contra del Gobierno pero que no se convierten en civiles por el mero hecho de ponerse en contra del mismo<sup>94</sup>.

Los GAOs corresponden “por exclusión a aquellos que no pertenecen a las fuerzas legalmente constituidas, [no] tienen la calidad de beligerantes o insurgentes”<sup>95</sup>. Son “los grupos que usan la fuerza y las armas para lograr sus objetivos y que no se encuentran bajo control gubernamental, [...] impugnan o disputan el poder político”<sup>96</sup>. El TPIY ha manifestado que para que exista organización en un grupo armado deben concurrir factores que indiquen la presencia de una estructura de comando que rijan y de órdenes,

---

<sup>90</sup> *Íd.*, p. 39.

<sup>91</sup> Diana Hernández Hoyos. *Derecho Internacional Humanitario. Cómo y por qué aplicar el Derecho Internacional Humanitario a la legislación y al conflicto armado colombiano*. *Óp. cit.*, p. 121.

<sup>92</sup> Convenios de Ginebra. (1949). Artículo 3 común.

<sup>93</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. *Óp. cit.*, p. 132.

<sup>94</sup> Nils Melzer. *Guía para la participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. *Óp. cit.*, p. 32.

<sup>95</sup> Diana Hernández Hoyos. *Derecho Internacional Humanitario. Cómo y por qué aplicar el Derecho Internacional Humanitario a la legislación y al conflicto armado colombiano*. *Óp. cit.*, p. 92.

<sup>96</sup> Consejo Internacional para Estudios de Derechos Humanos. *El fin y los medios: una aproximación a los grupos armados desde la perspectiva de los derechos humanos*. [http://www.ichrp.org/files/summaries/6/105\\_summary\\_es.pdf](http://www.ichrp.org/files/summaries/6/105_summary_es.pdf). (acceso: 22 de marzo de 2015).

que incluya una regulación interna y la organización de las provisiones de armas, que autorice acciones militares, que designe tareas a los miembros de la organización, que dirija comunicados y declaraciones políticas y que sea informado por las unidades operacionales del desarrollo dentro del área de responsabilidad<sup>97</sup>.

La situación de los miembros de los GAOs no es clara ya que sólo se utiliza de modo genérico para indicar que los miembros no disfrutaban de la protección contra ataques como si fueran personas civiles, tampoco gozan del derecho al estatuto de combatiente ni el de prisionero de guerra<sup>98</sup>. Significa que pueden ser sometidos a juicio conforme el derecho penal interno del Estado en el que han participado de las hostilidades, en diálogo permanente con los derechos humanos y con respeto de las disposiciones sobre el “trato de detenidos, las condiciones de la detención y el debido procedimiento legal”<sup>99</sup>. Los GAOs reclutan a los miembros especialmente entre la población civil, pero el grado de organización militar es suficiente para conducir las hostilidades en nombre de una parte en conflicto<sup>100</sup>. La identificación de los miembros es más compleja ya que no existe un procedimiento interno formal de integración como en las fuerzas armadas estatales. Por el contrario, se cree que forman parte de ellos cuando asumen una función dentro del grupo, aunque también hay distintos grados de afiliación que no significa que los miembros tengan dicha calidad bajo el DIH<sup>101</sup>.

Para considerar a una persona como miembro de un GAO no se debe depender de una “adscripción abstracta, de vínculos familiares, o de cualquier otro criterio que pueda ocasionar errores, arbitrariedades o abusos”<sup>102</sup>. El fin es no confundir a los combatientes con las “personas civiles que no participan directamente en las hostilidades o que participan solo de forma espontánea, esporádica o no organizada”<sup>103</sup>. Por el contrario,

---

<sup>97</sup> International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the Territory of the Former Yugoslavia. *Prosecutor v. Ljube Boskoski Johan Tarculovski*. Judgement: 10 July 2008. párr. 199. Traducción Libre.

<sup>98</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *Rule 3*. [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule3](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule3). (acceso: 23 de marzo de 2015).

<sup>99</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6fsjl7.htm>. (acceso: 27 de marzo de 2015.)

<sup>100</sup> Nils Melzer. *Guía para la participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: CICR. (2010), *Óp. cit.*, p. 32.

<sup>101</sup> *Íd.*, p. 33.

<sup>102</sup> *Ibíd.*

<sup>103</sup> *Íd.*, p. 35.

una persona tiene un vínculo real con el GAO si las funciones tienen un carácter continuo y que comprenden la participación directa en las hostilidades<sup>104</sup>.

Los sujetos pasivos corresponden a los no combatientes, de modo que no pueden recibir atentados contra cualquiera de los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales, pues eso conlleva al desconocimiento absoluto del ser humano<sup>105</sup>. La definición de civiles es similar a la presentada previamente en el CAI, por eso no se encuentra contenida ni en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra ni en el Protocolo Adicional II. El artículo 13 del último establece que los civiles gozarán de protección especial contra los peligros procedentes de operaciones militares, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación<sup>106</sup>.

En razón del tiempo, cabe recalcar que existen reglas de DIH de difusión e implementación que se aplican en tiempos de paz<sup>107</sup>. Sin embargo, un conflicto armado como tal comienza con el inicio de las hostilidades, con el ataque a personas protegidas o con la ejecución del primer ataque, ocasionando la activación de las normas del DIH<sup>108</sup>. Pero, ¿hasta cuándo se aplican dichas reglas?

El problema radica en la dificultad que existe para definir cuando un CANI toma lugar. Durante los conflictos contemporáneos se dan situaciones en las que la declaración del cese al fuego es inestable, o continúan con una menor intensidad<sup>109</sup> como es el caso del Estado colombiano. Los términos utilizados en el artículo 2 numeral 2 del Protocolo Adicional II, son vagos y no definen el alcance de la expresión *al fin del conflicto armado* [la cursiva me pertenece]<sup>110</sup>. Por otra parte, el mismo artículo establece que la aplicación del DIH se mantiene en situaciones de detención posteriores

---

<sup>104</sup> *Íd.*, p. 33.

<sup>105</sup> Diana Hernández Hoyos. *Derecho Internacional Humanitario. Cómo y por qué aplicar el Derecho Internacional Humanitario a la legislación y al conflicto armado colombiano*. *Óp. cit.*, pp. 118-119.

<sup>106</sup> Internacional de la Cruz Roja. *Rule 6*. [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule6](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule6). (acceso: 27 de marzo de 2015).

<sup>107</sup> Elizabeth Salmón. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. *Óp. cit.*, p. 71.

<sup>108</sup> Antoine A. Bouvier y Marco Sassòli. *How does Law protect in war. Cases, Documents and Teaching Material son Contemporary Practice in Humanitarian Law*. 2da. ed. Ginebra: CICR, pp. 116-117. Traducción Libre.

<sup>109</sup> *Ibíd.*

<sup>110</sup> The Appeals Chamber of the international Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. *Óp. cit.*, párr. 69.

al fin del conflicto, tomando en cuenta que el arresto debe estar relacionado con el CANI y no con situaciones de tensión posteriores. En este sentido, las personas:

[Q]ue hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, así como las que fueron objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los artículos 5 y 6 hasta el término de esa privación o restricción de libertad<sup>111</sup>.

Finalmente, en cuanto al espacio se aclara que ni el artículo 3 común, ni el Protocolo Adicional II incluyen una disposición explícita sobre la aplicación del DIH en razón del territorio o espacio geográfico. El comentario al Protocolo “especifica que no se estipuló que [...] se aplique automáticamente en su conjunto, no se adoptó ningún criterio *ratione loci*”<sup>112</sup> [la cursiva me pertenece]. Eso significa que la aplicación del DIH se da en todo el territorio, independientemente de la localización de la persona<sup>113</sup>. El razonamiento para excluir el aspecto geográfico se fundamenta en la naturaleza misma del DIH<sup>114</sup>. Cualquier interpretación restrictiva en cuanto a la aplicación territorial de esta rama conllevaría a la desprotección de los sujetos involucrados, sean activos o pasivos<sup>115</sup>.

En este sentido, en caso de que se lleven a cabo operaciones militares en un determinado espacio geográfico, pero que esté fuera del área normal de enfrentamiento, se debe aplicar el DIH de acuerdo al artículo 3 común y el Protocolo Adicional II. El TPIY ha sostenido que tanto el aspecto temporal como geográfico de un CANI se refleja en los beneficios otorgados por el artículo 3 común para aquellos que no participan directamente o han dejado de participar en las hostilidades, por lo que el mismo se aplica más allá del limitado contexto en donde se llevan a cabo las

<sup>111</sup> Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. (1977). Artículo 2 numeral 2.

<sup>112</sup> Rafael A. Prieto Sanjuán *et. al. Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio.* [https://books.google.com.ec/books?id=M4VwT\\_BQ7icC&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summar\\_y\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=M4VwT_BQ7icC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summar_y_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) (acceso: 21 de febrero de 2015).

<sup>113</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949.* <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>

<sup>114</sup> Juan Hernández Pastor. “Definición y Ámbito de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario”. *Revista Virtual. Observatorio Regional sobre la Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional*, pp. 161-163.

[http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CD0QFjAF&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fagendainternacional%2Farticle%2Fdownload%2F3666%2F3645&ei=bf8XVfnIMMjlsATU9IDQDw&usg=AFQjCNFOJZuSRzIXFbpgsOLiBpPdrbsIA&sig2=BWq6q0AUfAg8ALf2\\_ydx3A&bvm=bv.89381419,d.cWc](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CD0QFjAF&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fagendainternacional%2Farticle%2Fdownload%2F3666%2F3645&ei=bf8XVfnIMMjlsATU9IDQDw&usg=AFQjCNFOJZuSRzIXFbpgsOLiBpPdrbsIA&sig2=BWq6q0AUfAg8ALf2_ydx3A&bvm=bv.89381419,d.cWc) (acceso: 29 de marzo de 2015).

<sup>115</sup> *Ibíd.*



operaciones militares<sup>116</sup>. Así, el DIH se aplica en todo el territorio que se encuentra bajo el control de una de las partes, sea que el combate real tome lugar ahí o no<sup>117</sup>.

En este capítulo se han identificado los elementos que son clave para el desarrollo del presente trabajo de titulación, niñez y adolescencia y DIH. Más adelante, en el marco de las fuentes de Derecho Internacional contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se analizará las normas jurídicas que regulan la situación de los niños soldados.

---

<sup>116</sup> The Appeals Chamber of the international Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. *Prosecutor v. Duko Tadi a/k/a Dule*. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 02 de octubre de 1995. párr. 69. Traducción Libre.

<sup>117</sup> *Íd.*, párr. 70.

## **CAPITULO II. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE EL RECLUTAMIENTO Y LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AFECTADOS POR LOS CONFLICTOS ARMADOS**

A partir de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional decidió tomar parte en la protección de los niños, niñas y adolescentes durante los conflictos armados. A continuación se analizarán las normas internacionales relativas a la defensa de sus derechos, reflejadas en la prohibición de reclutamiento de acuerdo al DIH, en diálogo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [en adelante SIDH], y el Derecho Penal Internacional. Para un mejor entendimiento, la explicación se la efectuará de manera cronológica de acuerdo a la entrada en vigor de los respectivos instrumentos internacionales. Posteriormente, se presentará la evolución de la costumbre internacional en cuanto a la problemática. Al entrar al estudio de la jurisprudencia internacional se analizará la primera decisión emitida por la Corte Penal Internacional en el caso Thomas Lubanga Dyilo y una sentencia icónica para el Estado colombiano con relación a Fredy Rendón Herrera. Además se realizará una breve mención al proceso de paz en Sierra Leona caracterizado por el enfoque en la niñez y adolescencia.

### **1. Marco normativo internacional.**

#### **1.1 Convenios de Ginebra de 1949.**

Los principales instrumentos de DIH corresponden a los cuatro Convenios de Ginebra<sup>118</sup>. Estos Convenios presentan ciertas falencias ya que no prohíben expresamente el reclutamiento de menores de edad ni su participación en los conflictos armados, aunque también se reconoce que inicialmente constituyeron un aporte esencial en cuanto a la protección general de civiles que no toman parte en las hostilidades y en las disposiciones que sostienen que los niños en general son merecedores de atención especial<sup>119</sup>.

El artículo 24 del Convenio de Ginebra IV determina que es necesario tomar medidas especiales a favor de la infancia. Además, por tratarse de personas protegidas

---

<sup>118</sup> I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

<sup>119</sup> María Teresa Dutli y Antoine Bouvier. “Protection of children in armed conflict: the rules of international law and the role of the International Committee of the Red Cross”. *The International Journal of Children’s Rights*. (1996), p. 182. Traducción Libre.

tienen derecho a que se respeten en todas circunstancias sus derechos, aunque las partes involucradas pueden tomar medidas de control o de seguridad<sup>120</sup>. El mismo Convenio además incluye disposiciones relacionadas con la evacuación, asistencia, cuidado, detención, arresto, identificación, etc., de menores de edad. El artículo 50, relacionado con las obligaciones de los Estados ocupantes [aplicable en un CAI], determina que en cuanto a las niñas, niños y adolescentes no se “podrá modificar su estatuto personal, ni alistarlos en formaciones u organizaciones de ella dependientes”<sup>121</sup>. Desafortunadamente, el ámbito de protección tiene una naturaleza bastante limitada y por ende insuficiente para garantizar una protección plena. De la lectura del Convenio de Ginebra IV se puede concluir que, aunque se trata de un instrumento vinculante, los deberes impuestos a los sujetos activos de los conflictos armados no tienen un carácter específico con relación a la protección especial de los menores de edad<sup>122</sup>.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se aplican primordialmente a los CAIs y cada uno protege a una categoría de personas diferentes, mas por el artículo 3 común de los mismos, ciertas disposiciones también son dirigidas a los CANIs. En los Convenios de Ginebra no se hace ninguna alusión a la edad de las personas protegidas y tampoco se incluyó disposición alguna sobre la protección especial a la que tienen derecho los menores de edad protegidos. Aunque sí se puede utilizar criterios análogos para ampliar el espectro de protección<sup>123</sup>.

### **1.2 Protocolos Adicionales de 1977.**

Los Protocolos Adicionales de 1977 son normas de Derecho Internacional creadas para mejorar la protección jurídica de las víctimas de los conflictos. A diferencia de los Convenios de Ginebra que protegen a una categoría específica de personas, con los dos Protocolos se produce una especie de democratización de la protección a civiles<sup>124</sup>. El primero se refiere a los CAIs y el segundo a los CANIs. Estos son los primeros

---

<sup>120</sup> Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. (1949). Artículo 27.

<sup>121</sup> *Ejusdem*. Artículo 50 inciso segundo.

<sup>122</sup> Tabatha Anu El-Haj. “Armed conflict: The protection of children under international law”. *The International Journal of Children’s Rights*. (1997). p. 10. Traducción Libre.

<sup>123</sup> Jean Pictet. *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*. *Óp. cit.*, (acceso: 14 de noviembre de 2015).

<sup>124</sup> María Teresa Dutli y Antoine Bouvier. “Protection of children in armed conflict: the rules of international law and the role of the International Committee of the Red Cross”. *Óp. cit.*, p. 18. Traducción Libre.

instrumentos internacionales que buscan regular cierto tipo de participación de las niñas, niños y adolescentes en los conflictos armados.

### **1.2.1 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977.**

El Protocolo Adicional I especifica en el artículo 77, aprobado por consenso<sup>125</sup>, el principio de protección especial de los menores de edad<sup>126</sup>. Su aplicación se limita estrictamente a un escenario de un CAI, pero de todas formas sus disposiciones se complementan con las del Protocolo Adicional II. El Protocolo Adicional I manifiesta que la participación en el CAI no representa una pérdida del derecho a la protección especial. Sin embargo, para determinar el estatuto de combatiente se debe analizar la edad del menor. Así, el artículo 77 establece que las partes “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”<sup>127</sup>. Pero cuando las Partes en conflicto requieran de la participación de menores entre 15 y 18 años en las filas, se debe dar prioridad a los mayores<sup>128</sup>. Quienes están dentro de este rango de edades adquieren la condición de combatientes, gozan del estatuto de prisionero y se convierten en objetivos militares legítimos<sup>129</sup>.

Sin embargo, el derecho del menor de edad a una protección especial se mantiene en todo momento, independientemente de su estatuto. Por ejemplo, el numeral 3 del artículo 77 expresa que en caso de que menores de 15 años participen directamente en las hostilidades y caigan en poder del adversario, seguirán gozando de la protección especial, sean o no prisioneros de guerra. Sonia Hernández Pradas estima que esta norma deja “a la libre determinación de las Partes en conflicto la consideración o no de estos niños como prisioneros de guerra”<sup>130</sup>; sin embargo, la existencia de los Convenios

---

<sup>125</sup> Jean-Marie Henckaerts y Louis Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law*. Volume II: Practice. Cambridge: International Committee of the Red Cross, 2005, p. 3109.

<sup>126</sup> Simona Drenik. “Protection of Children in armed conflict under customary international humanitarian Law. (A comment to the 2005 ICRC Study on Customary Law)”. *Slovenian Law Review*. (2009), p. 9. Traducción Libre.

<sup>127</sup> Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. (1977). Artículo 77 número 1.

<sup>128</sup> María Teresa Dutli y Antoine Bouvier. “Protection of children in armed conflict: the rules of international law and the role of the International Committee of the Red Cross”. *Óp. cit.*, p. 185. Traducción libre

<sup>129</sup> Sonia Hernández Pradas. *El niño en los conflictos armados. Marco Jurídico para su protección internacional*. *Óp. cit.*, p. 153.

<sup>130</sup> *Ibíd.*

de Ginebra, sus Protocolos, y demás instrumentos de derechos humanos, crean un marco de protección armónico aplicable permanentemente.

### **1.2.1.1 Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.**

Este Protocolo se refiere específicamente a los CANIs y entre las garantías fundamentales a las que las víctimas tienen derecho se encuentra la prohibición explícita de reclutamiento sosteniendo 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”<sup>131</sup>.

Hasta este punto, no existe una homogeneidad en el uso de términos ya que los Convenios de Ginebra utilizan el término de *participación activa en las hostilidades* mientras que el Protocolo Adicional I adopta la expresión *participación directa*. El Protocolo Adicional II por su parte omite las dos expresiones. Por un lado, el término *hostilidades* “se refiere al recurso [colectivo] por las partes en conflicto a medios y métodos de causar daño al enemigo”<sup>132</sup>. Por otro lado, *participación* en las hostilidades se refiere a la implicación individual de una persona en esas hostilidades, la cual puede ser directa o indirecta<sup>133</sup>. Aunque se producen debates sobre el alcance de cada uno de los tipos de participación, este Protocolo se encarga de ampliar el margen de protección permitiendo que los órganos jurisdiccionales a futuro consideren el fenómeno a partir de un enfoque que nace de los derechos de la niñez y adolescencia.

De lo anterior se colige que la participación no sólo se limita al combate como tal; de hecho, en los conflictos armados actuales es común que la asistencia brindada por menores de edad sea en distintos ámbitos<sup>134</sup>. La norma en mención prohíbe toda forma de participación en las hostilidades, y contribuye a los intereses de los menores de edad en una extensión más amplia<sup>135</sup>. Aunque el reclutamiento de menores de edad está

---

<sup>131</sup> Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. (1977). Art. 4 número 3 literal c).

<sup>132</sup> Nils Melzer. *Guía para la participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Óp., cit. p. 43.

<sup>133</sup> *Ibíd.*

<sup>134</sup> Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados. *Reclutamiento de niños*. <https://childrenandarmedconflict.un.org/es/efectos-del-conflicto/infracciones-mas-graves/ninos-soldados/> (acceso: 09 de marzo de 2016).

<sup>135</sup> Eszter Kirs. “Save the Children of War. Thoughts in Child Recruitment”. *Acta Societatis Martensis*. 2006. p. 97. Traducción Libre.

prohibido por el DIH, cabe enfatizar que hasta este momento de la historia el acto como tal no se encuentra catalogado como una grave violación a los Convenios de Ginebra<sup>136</sup>. Es más, pese a las reformas de 1977, los Estados aún no tenían la obligación de criminalizar el reclutamiento por medio de la legislación doméstica penal<sup>137</sup>.

### **1.3 Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989.**

Esta Convención constituye el primer instrumento internacional con carácter vinculante dirigido específicamente a la protección de los menores de 18 años. La CDN, a pesar del número de ratificaciones y de representar un gran avance en materia de protección de la niñez y adolescencia, mantiene los 15 años como la edad máxima de protección absoluta en el escenario de un conflicto armado. El artículo 38 establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para que los menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades<sup>138</sup>. En caso de reclutar a menores de 18 pero mayores de 15, los Estados deben dar prioridad a los de mayor edad<sup>139</sup>. Las críticas realizadas al artículo 38 de la CDN se basan en la falta de distinción entre conscripción y alistamiento<sup>140</sup>, subsumiendo dichos términos bajo el de reclutamiento<sup>141</sup>. De igual manera, la obligación se refiere específicamente a los Estados, mas no hace ninguna alusión a los conflictos armados de carácter interno ni tampoco a la participación indirecta<sup>142</sup>. Y aunque los Estados deben tomar medidas para prevenir el reclutamiento de menores de edad, éste no se encuentra explícitamente prohibido<sup>143</sup>.

En consecuencia, el artículo 38 de la CDN no representa un “avance en la protección del niño contra la participación en los conflictos armados, sino que por el

---

<sup>136</sup> Harry L. Roque Jr. “The Criminal Nature of Recruitment of Child Soldiers Under International Humanitarian Law”. *Asia-Pacific Yearbook of International Humanitarian Law*. (2005), p. 118. Traducción Libre.

<sup>137</sup> El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados fue el primer tratado internacional en instar a los Estados a castigar el reclutamiento de menores de edad y posteriormente el Estatuto de Roma lo tipifica como un crimen internacional

<sup>138</sup> Convención sobre Derechos del Niño. (1989). Artículo 38 número 3.

<sup>139</sup> *Ejusdem*.

<sup>140</sup> Más adelante, al explicar los elementos tipificadores del crimen, se analizará la diferencia entre estos términos.

<sup>141</sup> Magne Frostad. “Child Soldiers: Recruitment, use and Punishment”. *Óp. cit.*, p. 74.

<sup>142</sup> *Ibíd.*

<sup>143</sup> *Ibíd.*

contrario, implica un retroceso con respecto a las normas del DIH vigentes”<sup>144</sup>, específicamente con relación al Protocolo Adicional II que prohíbe todo tipo de “participación -directa e indirecta- y de reclutamiento – forzoso y voluntario de los niños menores de quince años”<sup>145</sup>. Afortunadamente, el artículo 38 número 1 establece que los Estados se comprometen a respetar las normas de DIH que les sean aplicables y que sean pertinentes para el niño<sup>146</sup>. Dicha referencia a las normas relacionadas con los conflictos armados, permite que se aplique la ley especial sobre la general<sup>147</sup>.

#### **1.4 Declaración de Principios de Ciudad del Cabo de 1997.**

Incluso con la entrada en vigencia de la CDN en 1989, la situación de los niños, niñas y adolescentes en conflicto armado no había despertado el interés directo de los Estados. Es por eso, que el Grupo de Trabajo de Organizaciones no Gubernamentales para la Convención sobre los Derechos del Niño se reunió con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [en adelante UNICEF] con el fin de desarrollar un concepto de niño soldado que llame la atención de la comunidad internacional<sup>148</sup>. Posteriormente el término fue recogido y actualizado durante la Conferencia Internacional Sobre el Drama de los Niños Soldados por medio de los Principios y Guía sobre Niñez vinculada con Fuerzas o Grupos Armados, conocido como los Principios de París de 2007. Y aunque no se trata de un documento vinculante para los Estados, ha servido como antecedente para los siguientes instrumentos de derechos humanos adoptados a nivel internacional. Así, se establece que tiene esta calidad:

[C]ualquier persona menor de 18 años que esté o haya sido reclutada o utilizada por un grupo o fuerza armada en cualesquiera condición, incluyendo pero no limitándose a niños, niñas usadas como combatientes, cocineras, vigías, mensajeras, espías o para propósitos sexuales. No se refiere solamente a una niña o niño que esté haciendo parte o haya sido parte directa en hostilidades<sup>149</sup>.

Pues bien, de la definición previa se desprende que los niños que son reclutados por parte de los distintos grupos o fuerzas armadas, no adquieren la calidad de niño soldado

---

<sup>144</sup> Sonia Hernández Pradas. *El niño en los conflictos armados. Marco Jurídico para su protección internacional*. *Óp. cit.*, p. 388.

<sup>145</sup> *Íd.*, p. 395.

<sup>146</sup> Convención sobre Derechos del Niño. (1989). Artículo 38 número 2.

<sup>147</sup> Magne Frostad. “Child Soldiers: Recruitment, use and Punishment”. *Óp. cit.*, p. 74.

<sup>148</sup> Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the armed forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa. *Cape Town Principles and Best Practices*. South Africa. 27 al 30 de abril 1997.

<sup>149</sup> The Paris Principles: Principles and Guidelines on Children Associated with armed forces or armed groups. (2007).

solamente por medio de la ejecución directa de actividades bélicas, sino que incluye también otro tipo de colaboración y asistencia por su parte. Pero quienes participan directamente en las hostilidades “no podrán valerse de la inmunidad propia de los civiles y podrían ser objeto de ataque”<sup>150</sup>. Así, el artículo 2 del Reglamento de la Haya de 1907 expresa que serán considerados como beligerantes los civiles que sin haber tenido tiempo de organizarse, tomen espontáneamente las armas y las lleven ostensiblemente para combatir a las tropas invasoras<sup>151</sup>. Esto quiere decir que el menor de edad que participe en el combate y se convierta en una amenaza para el enemigo, puede ser legítimamente considerado como un objetivo militar.

### **1.5 Convenio 182 OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción inmediata para su Eliminación del 2000.**

La Organización Internacional del Trabajo [en adelante OIT], por medio del Convenio 182 que entró en vigencia en el 2000, califica al reclutamiento forzoso y obligatorio como una de las peores formas de trabajo infantil y como una práctica análoga a la esclavitud<sup>152</sup>. A diferencia de otros instrumentos internacionales que protegen solamente a los menores de 15 años, el Convenio expande su ámbito de protección a todas las personas que no han cumplido 18 años de edad<sup>153</sup>. Es necesario enfatizar que esta disposición no incluye todas las formas de participación, ni tampoco a quienes se unen a las filas armadas aparentemente voluntaria<sup>154</sup> por lo que la discusión sobre este tema sigue manteniéndose en el plano internacional.

### **1.6 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados del 2000.**

Para resolver los problemas de la CDN, la comunidad internacional decidió crear un instrumento que fortalezca las normas de DIDH y DIH<sup>155</sup>. El principal avance del Protocolo Facultativo radica en el artículo 1 que dispone que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas

<sup>150</sup> Elizabeth Salmón. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. *Óp. cit.*, p. 140.

<sup>151</sup> Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. (1907). Artículo 2.

<sup>152</sup> Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción inmediata para su Eliminación. (1999). Artículo 3 literal a).

<sup>153</sup> *Ejusdem*. Artículo 2.

<sup>154</sup> Magne Frostad. “Child Soldiers: Recruitment, use and Punishment”. *Óp. cit.*, p. 76.

<sup>155</sup> Radhika Coomaraswamy. “The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict- Towards Universal Ratification”. *International Journal of Children’s Rights*. 18 (2010), p. 537.



menor de 18 años participe directamente en las hostilidades”<sup>156</sup>. Esta disposición requiere que los Estados aumenten la edad mínima para la participación directa de los menores de edad, aunque sin realizar ningún tipo de alusión relacionada con la participación indirecta<sup>157</sup>. El artículo 4 número 2 incluye la obligación explícita de los Estados de tomar las medidas posibles para impedir el reclutamiento y utilización. Es decir que no sólo se tiene que prohibir dicha actividad sino castigarla<sup>158</sup>. El lenguaje utilizado en este número fue usado de tal manera que se reconoce “la frecuente falta de control de los Estados sobre grupos insurgentes”<sup>159</sup> y que en ciertas circunstancias, el reclutamiento se produce en territorios de Estados que no son parte del conflicto<sup>160</sup>. Finalmente, el número tercero dispone que la aplicación del artículo 4 “no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado”<sup>161</sup>. El problema práctico del artículo en estudio se basa en la dificultad para lograr que los grupos armados distintos a los de las fuerzas armadas estatales respeten y cumplan con las disposiciones contenidas en el mismo.

Para la milicia estatal se establecen condiciones necesarias que permiten a un menor de 18 años alistarse voluntariamente en sus filas, mas no se permite el reclutamiento obligatorio a este grupo de personas<sup>162</sup>. El artículo 4 del Protocolo Facultativo determina que sobre los grupos armados distintos de las fuerzas militares de un Estado, existe una prohibición expresa de reclutamiento bajo los 18 años de edad en cualquier circunstancia<sup>163</sup>. Los GAOs cuestionan el tratamiento desigual con relación a los

---

<sup>156</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados. (2000). Artículo 1.

<sup>157</sup> Radhika Coomaraswamy. “The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict- Towards Universal Ratification”. *Óp. cit.*, p. 439.

<sup>158</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados. (2000). Artículo 4.

<sup>159</sup> Verónica Escobar. “Reclaiming the “Little Bees” and “Little Bells”: Colombia’s Failure to Adhere to and Enforce International and Domestic Laws in Preventing Recruitment of Child Soldiers”. *Children’s Legal Rights Journal*. 36 (2004), p. 41.

<sup>160</sup> *Ibíd.*

<sup>161</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados. (2000). Artículo 4.

<sup>162</sup> *Ejusdem*. Artículo 2. Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años. Artículo 3 número 3. 3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que: a) Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario; b) Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal; c) Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar; d) Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

<sup>163</sup> *Ejusdem*. Artículo 4.

Estados, los cuales en base a los requisitos del artículo 3 sí tienen permitido alistar a menores de edad<sup>164</sup>. Quienes redactaron el Protocolo Facultativo respondieron que los actores no estatales no cumplen con la institucionalidad y los procesos de un Estado, y por lo tanto no pueden someterse a las condiciones del artículo 3 del mismo<sup>165</sup>.

### 1.7 Estatuto de la Corte Penal Internacional .

El Derecho Penal Internacional, [en adelante DPI] se entiende “tradicionalmente [como] el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico penales”<sup>166</sup>. Se distingue del Derecho Penal interno en el ámbito de aplicación, que es de carácter universal y también en la limitación para proteger bienes jurídicos fundamentales que son de interés tanto de los individuos como de la comunidad internacional<sup>167</sup>. El órgano jurisdiccional encargado de juzgar y determinar la responsabilidad individual de los sospechosos de cometer crímenes internacionales es la Corte Penal Internacional [en adelante CPI]. Esta Corte pertenece al Sistema Universal de Derechos Humanos pero es una organización internacional independiente, es decir no es parte del Sistema de Naciones Unidas [en adelante ONU]<sup>168</sup>.

El tratado internacional que regula el funcionamiento de la CPI, es conocido como el Estatuto de Roma, el cual entró en vigencia el 01 de julio del 2002 después de la ratificación de 60 Estados. El Estatuto creó la CPI y codificó solamente cuatro delitos esenciales o *core crimes* como “una especie de estándar mínimo para el [DPI] contemporáneo”<sup>169</sup>. Los tipos penales contenidos corresponden a los delitos de agresión, genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. Cabe mencionar que la jurisdicción de la CPI es de carácter complementario, es decir que solamente se activa cuando: “un Estado carece de capacidad o de voluntad para procesar a los sospechosos [o] cuando el

---

<sup>164</sup> Radhika Coomaraswamy. “The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict- Towards Universal Ratification”. *Óp. cit.*, pp. 540-541.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> Kai Ambos. *Derechos humanos y derecho penal internacional*. [http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi\\_dialogo\\_politico\\_3\\_04.pdf](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf) (acceso: 03 de septiembre de 2015).

<sup>167</sup> Kai Ambos y Christian Steiner. “Sobre los fines de la pena al nivel Nacional y Supranacional”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. (2003), p. 195.

<sup>168</sup> International Criminal Court. *About the Court*. [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx) (acceso: 03 de septiembre de 2015).

<sup>169</sup> Kai Ambos y Christian Steiner. “Sobre los fines de la pena al nivel Nacional y Supranacional”. *Óp. cit.*, p. 195.

Consejo de Seguridad de la ONU así lo solicita en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU»<sup>170</sup>.

El primer requisito para calificar un crimen de guerra es la existencia de un conflicto armado. El artículo 8 del Estatuto de Roma establece que se entiende por crímenes de guerra a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra contra personas o bienes protegidos por los mismos. Adicionalmente expresa que constituyen otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados el reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las Fuerzas Armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades<sup>171</sup>. El acto delictivo como tal debe tener una relación con el conflicto armado<sup>172</sup>. En este sentido, el TPIY ha sostenido que es necesario que se evalúen los nexos necesarios para realizar la conexión y que si bien:

[E]l conflicto armado no necesita estar ligado causalmente a los delitos, [...] debe haber jugado un papel substancial en la aptitud del perpetrador para cometerlos, su decisión de cometerlos, la manera en que fueron cometidos o el propósito para el que fueron cometidos<sup>173</sup>.

De lo anotado, el aspecto subjetivo juega un papel muy importante para determinar la existencia de un crimen de esta naturaleza. Además, no es requisito esencial que el delito se cometa en el mismo espacio geográfico y temporal donde efectivamente toman lugar las hostilidades, ni tampoco tiene “que haber sido planeado ni apoyado por una política”<sup>174</sup>. Los crímenes de guerra del Estatuto están divididos de acuerdo al carácter internacional o no del conflicto.

Resulta necesario mencionar los elementos objetivos y subjetivos que conforman el crimen de reclutamiento de menores de edad en el escenario de un CANI, los cuales serán desarrollados al estudiar el caso de Thomas Lubanga. Los elementos objetivos son:

---

<sup>170</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *La Corte Penal Internacional*.

<https://www.icrc.org/spa/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/international-criminal-court/overview-international-criminal-court.htm> (acceso: 03 de septiembre de 2015).

<sup>171</sup> Estatuto de Roma. (2002). Artículo 8 número 2 literal e literal vii.

<sup>172</sup> Ximena Medellín Urquiaga. *Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de Derecho Internacional*. Ed. María Clara Galvis Patiño. Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso, 2013, p. 16.

<sup>173</sup> Human Rights Watch. *Genocidio, Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad*. México: Universidad Iberoamericana (2010), pp. 66-68.

<sup>174</sup> *Ibíd.*

1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él<sup>175</sup>.

Por su parte, los elementos subjetivos son:

4. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado<sup>176</sup>.

Hasta este punto, se puede notar que la prohibición y categorización del crimen de reclutamiento, alistamiento o uso de niños, niñas y adolescentes como un crimen de guerra se refiere a quienes son menores de 15 años. La línea de pensamiento sostenida por la CDN y por los Estados se mantiene en el Estatuto de Roma<sup>177</sup>, limitando la protección especial de todos los menores que se encuentran entre los 15 y 18 años. La CPI tiene competencia para juzgar el crimen de reclutamiento, alistamiento o uso de menores de edad. Este instrumento internacional representó un avance en cuanto a los esfuerzos de la comunidad internacional para intentar frenar la impunidad por parte de los perpetradores. A pesar que los Estados reconocieron que bajo el Derecho Internacional existe la prohibición de reclutar a niñas, niños y adolescentes, hasta antes de la entrada en vigencia del Estatuto dicha actividad no era criminalizada<sup>178</sup>.

## 2. Derecho Consuetudinario.

A diferencia del Derecho convencional cuyas fuentes nacen de instrumentos escritos que contienen obligaciones formales, la costumbre como fuente jurídica es el “resultado de una práctica general aceptada como derecho [...]”. Para ello es necesario probar que [una determinada norma] se refleja en la práctica de los Estados y que la

---

<sup>175</sup> Knut Dörmann. *Elements of War Crimes under The Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge: ICCR, 2003. p. 470. *Vid.*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Compilación de Derecho Penal Internacional. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional*. Ed. Alejandro Valencia Villa. Bogotá: 2003, p. 147

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. *La protección del niño en los conflictos armados por el Derecho Internacional Humanitario. Los niños soldados*, p. 226.  
<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/Jose%20Luis%20Rgez.pdf> (acceso: 04 de septiembre de 2015).

<sup>178</sup> Harry L. Roque Jr. “The Criminal Nature of Recruitment of Child Soldiers Under International Humanitarian Law”. *Óp. cit.*, p. 127.

comunidad internacional la considera obligatoria como cuestión de derecho”<sup>179</sup>. El DIH consuetudinario tiene especial relevancia porque su origen parte de la costumbre, se aplica incluso para Estados que no han ratificado todos los convenios existentes y porque la normativa formal relativa a los CANI sigue siendo muy débil<sup>180</sup>. Esto ocasiona que las normas de costumbre llenen las lagunas existentes<sup>181</sup>. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha identificado un conjunto de reglas que buscan esclarecer el ámbito y alcance de obligaciones de las partes en un contexto de conflicto armado<sup>182</sup>.

Mientras que la regla 6 tiene un alcance general, al disponer que las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades, las reglas 135, 136 y 137 son las que se enfocan en la protección de menores de edad, el reclutamiento y la participación en hostilidades respectivamente. Así, la norma 135 responde al derecho de respeto y protección especial de los niños afectados por los conflictos armados<sup>183</sup>. Dicha regla está en concordancia con los artículos 4 párrafo 3 y 38 del Protocolo Adicional II y la CDN respectivamente.

La regla 136 establece la prohibición de las fuerzas armadas o grupos armados de reclutar niños. Dicha práctica está prohibida no sólo por el *corpus iuris* internacional previamente estudiado, sino también por los manuales militares de los Estados y la jurisprudencia de las organizaciones internacionales<sup>184</sup>. El obstáculo de la edad aún no está resuelto y el único consenso que existe hasta la fecha es que el reclutamiento no debe ser inferior a 15 años<sup>185</sup>.

Finalmente, la norma 137 prohíbe la participación de niños en las hostilidades, sea esta directa en el combate, activa en actividades militares relacionadas con el mismo [como es espionaje, exploración, sabotaje, utilización como señuelos etc.] o la

---

<sup>179</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *Derecho internacional humanitario consuetudinario*. <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/overview-customary-law.htm> (acceso: 26 de octubre de 2015).

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> International Committee of the Red Cross. *Customary IHL*. <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home> (acceso: 10 de marzo de 2016).

<sup>183</sup> International Committee of the Red Cross. *Customary IHL: Rule 135*. [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule135](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule135) (acceso: 10 de marzo de 2016).

<sup>184</sup> Jean-Marie Henckaerts y Louis Doswald-Beck. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Buenos Aires: CICR, 2007, p. 547.

<sup>185</sup> *Íd.*, p. 549.

utilización de ellos en funciones de apoyo directo como portadores de suministros al frente<sup>186</sup>. La condición es que exista una relación con las hostilidades.

### **3. Jurisprudencia Internacional – Corte Penal Internacional.**

#### **3.1 Caso Thomas Lubanga Dyilo.**

La primera sentencia emitida por la CPI corresponde al caso de Thomas Lubanga Dyilo [líder del grupo irregular Unión de Patriotas Congoleños] por el reclutamiento de menores de 15 años para que participen activamente en las hostilidades, entre septiembre de 2002 y agosto del 2003 en el distrito de Uтури perteneciente a la República Democrática del Congo<sup>187</sup>. Lubanga fue declarado culpable bajo la figura de participación criminal de coautoría el 14 de marzo del 2012 y sentenciado a 14 años de prisión<sup>188</sup>. El veredicto y la sentencia fueron confirmadas el 01 de diciembre del 2014 por la Sala de Apelaciones<sup>189</sup>. El análisis del caso en mención es de gran importancia debido a que es la primera decisión de la CPI que trata directamente este crimen. Sin embargo, aunque sienta parámetros para decisiones futuras también ha recibido fuertes críticas de fondo. Es por este motivo que a continuación se tomará en consideración el análisis de la Corte en base a cada uno de los elementos del crimen.

#### **3.1.1 Elementos objetivos del crimen.**

**3.1.1.1 Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.**

Sobre el crimen en estudio, la Corte aclara que éste reúne tres formas de conducta que pueden ser tratadas de manera independiente<sup>190</sup>. Los verbos rectores del crimen de reclutamiento corresponden a conscripción, alistamiento y utilización de menores de edad para participar activamente en las hostilidades. El término reclutamiento, *per se*, cambia con la adopción del Estatuto de Roma<sup>191</sup>. Los elementos de alistamiento y

---

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 551.

<sup>187</sup> International Criminal Court. *Case Information Sheet: Situation in the Democratic Republic of the Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/LubangaENG.pdf>. (17 de septiembre de 2015). Traducción Libre.

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> Kai Ambos. "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues". *International Criminal Law Review*. 12 (2012), p. 133. Traducción Libre.,

<sup>191</sup> El Estatuto de Roma, cuyo idioma original es inglés, utiliza los términos *conscripting or enlisting*, mientras que la traducción en español *reclutar o alistar*. Aunque en español se utiliza el término

conscripción son dos formas de reclutamiento. Lo que varía es la voluntad que media entre ellas. La CPI ha manifestado que conscripción se refiere a reclutamiento forzado, mientras que para alistamiento se considera que existe voluntariedad<sup>192</sup>. Aunque la Corte les trata de manera similar, surge la duda sobre el consentimiento del menor en el caso del alistamiento, ya que se podría utilizar como parte de la defensa de los acusados<sup>193</sup>. Sin embargo, el cambio de términos en el Estatuto de Roma busca enfatizar que aunque exista consentimiento por parte del menor que se une al grupo armado, no significa que el crimen no se haya cometido<sup>194</sup>. Con esto, la Sala da a entender que ninguno de los dos términos es más grave que el otro.

La doctrina sostiene que uno de los principios del DIH y del DIDH consiste en la irrenunciabilidad de los derechos. Entonces, si se considera que el reclutamiento de menores de edad está prohibido, este no puede cesar por la renuncia voluntaria de los derechos individuales<sup>195</sup>. Es cierto que la distinción entre el reclutamiento forzado y voluntario es extremadamente difícil de determinar, pero la voluntariedad en este ámbito no es un concepto real, puesto que para obtener el consentimiento se utiliza la persuasión y propuestas tentadoras<sup>196</sup> que en la práctica no tienen intención de ser cumplidas. Aunque algunos creen que existe un problema de fondo relacionado con la “capacidad que puede tener un menor de edad para tomar decisiones que afectan a su propia vida en el ejercicio de sus derechos de asociación y de libertad de expresión”<sup>197</sup>, garantizada en el artículo 12 número 1 de la CDN, en realidad las causas por las que los jóvenes se unen a los grupos armados dependen de engaños y de las circunstancias en particular.<sup>198</sup> Así, la:

---

de reclutamiento a la par que alistamiento, para la CPI se trata del término genérico que abarca dos formas distintas de acción.

<sup>192</sup> International Criminal Court. *Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Causa No. ICC-01/04-01/06. Decision on the confirmation of charges. 29 de enero de 2007. párr. 246. Traducción Libre.

<sup>193</sup> Kai Ambos. “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”. *Óp. cit.*, p. 135.

<sup>194</sup> César Alfonso. “El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional”. *Óp. cit.*, p. 158.

<sup>195</sup> Sonia Hernández Pradas. *El niño en los conflictos armados. Marco Jurídico para su protección internacional*. *Óp. cit.*, p. 408.

<sup>196</sup> ARC. *Acciones por los Derechos del Niño. Niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto armado*. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7057.pdf?view=1> (acceso: 21 de marzo de 2015).

<sup>197</sup> Felipe Gómez Isa. *La participación de los niños en los conflictos armados*. Bilbao: Universidad de Deusto. (2000), p. 19. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/10662r.pdf>. (acceso: 20 de marzo de 2015)

<sup>198</sup> ARC. *Acciones por los Derechos del Niño. Niños, niñas y adolescentes vinculados [...]*. *Óp. cit.*,

[P]ropaganda, manipulación y otras tácticas dirigidas a inducir a los niños al reclutamiento son [...] factores que hacen dudar de la voluntariedad de los reclutamiento infantiles, aun cuando éstos no se produzcan por la fuerza, [...] cuando la decisión está condicionada por la falta de madurez o de alternativas de quien la toma, o por la falta de recursos económicos [...]<sup>199</sup>.

El tercer verbo rector del tipo penal internacional corresponde a la utilización de niños para la participación activa en las hostilidades. De acuerdo a una interpretación restrictiva de dicha expresión, se limitaba a las actividades relacionadas con el combate, mas en la actualidad incluye cualquier forma de apoyo o rol<sup>200</sup>. Existen actividades como la entrega de comida o el servicio doméstico que claramente no tienen ninguna relación con las hostilidades y que por lo tanto no encajarían en esta forma de participación<sup>201</sup>. La defensa de Thomas Lubanga Dyilo sostenía que la participación de los menores de edad que actuaban “como guardaespaldas, guardias de instalaciones militares [o similares] que no completaban los criterios de tipificación y no debían ser tratados como si participaban activamente en las hostilidades”<sup>202</sup>.

Aunque la Sala reconoció que la determinación del tipo de participación de los menores de edad debe hacerse de acuerdo a un estudio de caso por caso<sup>203</sup>, también enfatizó que el artículo 4 número 3 literal c) del Protocolo Adicional II “se refiere a cualquier participación, directa o indirecta, además de los fines de protección de la criminalización del reclutamiento o el alistamiento de niños soldados”<sup>204</sup>. Por lo tanto, existe participación en las hostilidades siempre que eso constituya un riesgo para los niños<sup>205</sup> y que a través de la ejecución de las actividades se conviertan por lo menos en un blanco potencial<sup>206</sup>. Más adelante, el Juez Odio Benito en su opinión separada y disidente expresó que la protección no se realiza únicamente para evitar que se

---

<sup>199</sup> Sonia Hernández Pradas. *El niño en los conflictos armados. Marco Jurídico para su protección internacional*. *Óp. cit.*, p. 409.

<sup>200</sup> Kai Ambos. “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”. *Óp. cit.*, p. 136.

<sup>201</sup> International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Causa No. ICC-01/04-01/06. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. 14 de marzo de 2012. párr. 621.

<sup>202</sup> *Íd.*, párr. 585.

<sup>203</sup> *Íd.*, párr. 628.

<sup>204</sup> Kai Ambos. “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”. *Óp. cit.*, p. 137.

<sup>205</sup> International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. *Óp. cit.*, párr. 628. *Vid.*, César Alfonso. “El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional”. *Óp. cit.*, p. 164.

<sup>206</sup> *Ibíd.*



conviertan en un blanco potencial para el enemigo, sino del riesgo que corren dentro del propio grupo armado que los vincula dadas las condiciones vida que son contrarias a sus derechos fundamentales<sup>207</sup>.

### 3.1.1.2 Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.

De acuerdo al Estatuto de Roma, el crimen se configura cuando las víctimas al momento de haber sido reclutadas no han alcanzado los 15 años de edad. La regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI entiende por víctima a “las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”<sup>208</sup>. En base a dicho concepto, la CPI concluyó que:

[U]n niño no puede manifestar un consentimiento informado cuando se une a un grupo armado, porque tienen un entendimiento limitado de las consecuencias de sus decisiones, no controlan o comprenden completamente las estructuras y fuerzas con las que lidian, por lo que los niños carecen de capacidad para determinar sus mejores intereses en este contexto de conflicto armado<sup>209</sup>.

Adicionalmente, la Corte consideró que la ofensa contra las víctimas tiene un carácter continuo o permanente mientras éstos sigan participando en las actividades del grupo militar y no cumpla 15 años<sup>210</sup>. Esta consideración amplía la competencia de la CPI en el ámbito temporal y podría considerar como víctimas a menores de edad que fueron reclutados antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma<sup>211</sup>. Con relación a la determinación del estatuto de víctimas, la CPI sostuvo que no sólo los menores de edad que fueron reclutados caben en dicha categoría, pues existen víctimas indirectas<sup>212</sup> que también han sufrido violaciones de sus derechos como consecuencia del delito. Así, se incluyó a los padres o familiares y se expandió el posible número de posibles

<sup>207</sup> International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*. 14 de marzo de 2012. párr. 19. Traducción Libre.

<sup>208</sup> Reglas de Procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. (2002). Regla 85.

<sup>209</sup> International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Óp. cit.*, párr. 610.

<sup>210</sup> International Criminal Court. *Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Óp. cit.*, párr. 248. International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Óp. cit.*, párr. 618.

<sup>211</sup> César Alfonso. “El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional”. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (ed.). Colombia: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. 2014, p. 175.

<sup>212</sup> Kai Ambos. “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”. *Óp. cit.*, p. 116. Traducción Libre.

víctimas dentro del proceso<sup>213</sup>. Sin embargo, Kai Ambos critica la decisión de la CPI que excluyó de esta categoría a las víctimas de los niños soldados<sup>214</sup>.

### **3.1.1.3 Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**

El conflicto armado en el que participó Lubanga Dyilo, fue calificado como internacional por la Sala de Cuestiones Preliminares a pesar que la Fiscalía había presentado el caso como un CANI. El motivo fue la ocupación de la región de Ituri por Uganda entre julio del 2002 y junio del 2003<sup>215</sup>. De acuerdo a esta afirmación, las partes activas del conflicto armado eran los Estados de Uganda y la República Democrática del Congo. Esta postura ha sido altamente criticada pues se considera que la Sala ignoró que los conflictos armados no son homogéneos, que los enfrentamientos se daban entre grupos armados congoleños<sup>216</sup> y que nunca se comprobó el control efectivo o global de ninguno de los Estados<sup>217</sup>. Así, la Sala de Primera Instancia, cambió la calificación del conflicto armado a uno de carácter interno<sup>218</sup>.

### **3.1.2 Elementos subjetivos del crimen.**

La sentencia de la CPI analizó los elementos subjetivos específicos del crimen<sup>219</sup> en una sección diferente, concatenándola con el artículo 25 número 3 literal a) del Estatuto de Roma relativo a la responsabilidad penal individual<sup>220</sup>, es decir, con la participación criminal y con el artículo 30 que trata sobre los elementos de intencionalidad y conocimiento<sup>221</sup>. Este último debe estar referidos al la conducta [comportamiento

<sup>213</sup> International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. *Óp. cit.*, párr. 17. Traducción Libre.

<sup>214</sup> Kai Ambos. "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues". *Óp. cit.*, p. 116.

<sup>215</sup> César Alfonso. "El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional". *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*. *Óp., cit.*, p. 168.

<sup>216</sup> *Íd.*, p. 169.

<sup>217</sup> *Íd.*, p. 173.

<sup>218</sup> International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. *Óp. cit.*, párr. 568.

<sup>219</sup> Los elementos subjetivos fueron mencionados en la sección previa. 1. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años. 2. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

<sup>220</sup> Estatuto de Roma. (2002). Artículo 25 numeral 3 literal a).Será penalmente responsable [...] quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable".

<sup>221</sup> *Ejusdem*. Artículo 25 numeral 3 literal a).Artículo 30 Elemento de intencionalidad 1.Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.

típico], las consecuencias [resultado del comportamiento] y a las circunstancias propias del hecho<sup>222</sup>. Esta es una de las secciones más criticadas por parte de expertos y doctrinarios pues sostienen que la CPI confunde términos y conceptos que afectan el fondo de la decisión.

Para que se configure la participación criminal de coautoría se requiere de la existencia de un acuerdo o un plan común y de un elemento de criminalidad que no sea dirigido directamente hacia la comisión de un crimen<sup>223</sup>. Si bien la Corte sostiene que no es necesario probar que existe un plan específicamente dirigido al reclutamiento, alistamiento o utilización de niñas, niños y adolescentes, sí se requiere que la Fiscalía demuestre que el elemento de criminalidad envuelva un riesgo tal que, de desarrollo ordinario de los eventos, el crimen se cometa<sup>224</sup>. La Sala sostiene que adicionalmente al plan común, es requisito que el acusado provea una contribución esencial al mismo y además debe estar consciente de la existencia fáctica de un conflicto armado vinculado con la conducta criminal<sup>225</sup>.

Por su parte, para que una persona sea penalmente responsable bajo la competencia de la Corte, el crimen tenía que haber sido cometido con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen<sup>226</sup>. Es más, expresa que el artículo 25 se relaciona con la segunda parte del artículo 30 numeral 3 literal b) del Estatuto de Roma, el cual sostiene que existe intención en la actuación del acusado cuando es consciente de que se producirá una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. El conocimiento se basa en la conciencia que tiene el actor sobre la existencia del riesgo que dicho acto va a producir<sup>227</sup>. De acuerdo a Alicia Gil, “la Sala cambi[ó] la intención de incurrir en la conducta típica a la que se refiere el artículo 30 [del Estatuto] por la intención de participar en la realización del plan común”<sup>228</sup>. De acuerdo a su pensamiento, un

---

<sup>222</sup> Dino Carlos Caro Coria. “El elemento subjetivo del crimen imputado a Lubanga”. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (ed.). Colombia: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. 2014, p. 182.

<sup>223</sup> *International Criminal Court. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Óp. cit.*, párr. 981.

<sup>224</sup> *Íd.*, párr. 984.

<sup>225</sup> *International Criminal Court. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Óp. cit.*, párr. 1018.

<sup>226</sup> Estatuto de Roma. (2002). Artículo 30.

<sup>227</sup> *International Criminal Court. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Óp. cit.*, párr. 986.

<sup>228</sup> Alicia Gil Gil. “Responsabilidad penal individual en la sentencia Lubanga. Coautoría”. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*. Kai Ambos, Ezequiel

correcto análisis hubiera sostenido que Lubanga tenía la intención de reclutar a menores de 15 años, o sabía de la intención de los coautores<sup>229</sup>.

#### 4. Jurisprudencia Colombiana.

##### 4.1 Caso: Freddy Rendón Herrera, Alias “El Alemán” - Corte Suprema de Justicia. Sala de Justicia y Paz.

Este proceso fue llevado en contra de Fredy Rendón Herrera, ex comandante del Bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Campesinas [en adelante BEC-AU]. El Alemán se entregó voluntariamente por medio de un proceso de desmovilización a las autoridades aplicando la Ley 975 de 2005 conocida como la Ley de Justicia y Paz<sup>230</sup>.

Entre los delitos por los cuales fue acusado se incluye el reclutamiento de 309 menores de edad<sup>231</sup>. La mayor parte de las víctimas manifestaron haber sido alistadas voluntariamente. La Sala de Justicia y Paz de Bogotá realizó una comparación de estudios llevados a cabo en varios países de África y sostuvo que debido a la inmadurez de los menores de edad, su falta de previsión del futuro y los riesgos que conlleva el conflicto armado, nunca hay voluntariedad en su decisión de unirse a las filas armadas, pues no han desarrollado una estructura ética que les permita resolver problemas morales<sup>232</sup>. Adicionalmente, no tenían conocimiento de la estigmatización y exclusión por parte de la sociedad<sup>233</sup>. La Corte enfatizó que desde 1998 [antes de la entrada en vigor de varios instrumentos internacionales] el ordenamiento jurídico colombiano ya preveía la obligación de abstenerse de reclutar a quienes no hayan cumplido 18 años de edad<sup>234</sup>.

La Sala de Segunda Instancia recalcó lo establecido por la CPI, al indicar que en cuanto al rol ejercido por las víctimas se debe tomar en cuenta que “su actividad haya estado relacionada claramente con [las hostilidades], esto es, que haya tenido un impacto en el nivel de logística y/o en la organización de las operaciones”<sup>235</sup>. De igual manera la sentencia de segunda instancia enfatizó que el joven debe convertirse en un

---

Malarino y Christian Steiner (ed.). Colombia: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. 2014, p. 280.

<sup>229</sup> *Ibid.*

<sup>230</sup> Ley 975 (Colombia). Artículo 9. 25 de julio de 2005.

<sup>231</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. No. Causa: 38222. Sentencia de 12 de diciembre de 2012, pp. 1-3.

<sup>232</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. No. Causa: 110016000253200782701. Sentencia de 16 de diciembre de 2011. párr. 116

<sup>233</sup> *Íd.*, párr. 118.

<sup>234</sup> *Íd.*, párr. 617.

<sup>235</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Óp.*, *cit.* p. 49-50.

blanco potencial, “así no haya participado directamente en las hostilidades, sin perjuicio de la conexión que se requiere entre el combate y la actividad desarrollada por él [...]”<sup>236</sup>. Fredy Rendón Herrera fue sentenciado a pena alternativa de 8 años de prisión que incluía un proceso de reparación para las víctimas, entrega de bienes e información<sup>237</sup>.

### **5. Otro caso importante: Sierra Leona y los niños soldados post-conflicto.**

Sierra Leona fue el primer Estado en firmar un “acuerdo de paz que prestaba atención especial al problema de los niños soldados”<sup>238</sup>. En el 2002 fue establecida una Corte Especial que juzgó diversos crímenes de guerra incluido el reclutamiento de menores de edad. Pero más importante fue la creación de la Comisión de Verdad y Reconciliación, la cual se encontró con un “largo número de niños involucrados en el conflicto armado, como víctimas, testigos o perpetradores”<sup>239</sup>. Ambas se complementaban entre sí, puesto que mientras la Comisión se encargaba de reunir información sobre la identidad de los menores de edad reclutados, las formas en las que eran utilizados y trabajar en su rehabilitación, la Corte establecía la responsabilidad de los líderes, aunque no hayan cometido el acto material<sup>240</sup>.

La Corte Especial introdujo los aspectos legalmente relevantes de la responsabilidad individual criminal para menores<sup>241</sup>. Esta Corte declaró que no tenía jurisdicción para juzgar a cualquier persona que haya sido menor de 15 años al momento de cometer los crímenes. En los casos de jóvenes entre 15 y 18 años, aunque la Corte sí tenía jurisdicción para juzgarlos, era necesario tomar medidas especiales de sanción con relación a la edad, como el servicio comunitario<sup>242</sup>.

### **6. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

Los esfuerzos en la región por proteger los derechos humanos se consolidaron a través de la adopción de la Carta de la Organización de los Estados Americanos [en adelante OEA] y la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre [1948]. La

<sup>236</sup> *Ibid.*

<sup>237</sup> *Íd.*, p. 51. *vid.* Fredy Rendón recuperó su libertad en julio de 2015. El Universal. *Alias “El Alemán” quedó en libertad*. <http://www.eluniversal.com.co/colombia/alias-el-aleman-queda-en-libertad-201406> (acceso: 10 de marzo de 2016).

<sup>238</sup> Verónica Beatriz Piñero. “The challenges of reconstruction and reconciliation following an armed conflict. The implementation for child-soldiers as perpetrators”. *Eyes on the International Criminal Court*. (2004), p. 30. Traducción Libre, p. 100.

<sup>239</sup> *Íd.*, p. 114.

<sup>240</sup> *Íd.*, p. 116.

<sup>241</sup> Eszter Kirs. “Save the Children of War! Thoughts on Child Recruitment”. *Óp. cit.*, p. 99.

<sup>242</sup> *Íd.*, p. 103.

primera creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>243</sup> [en adelante CIDH] mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos [1969], creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La CIDH cumple principalmente con las funciones de promoción, supervisión de los derechos humanos y tramitación de peticiones o comunicaciones individuales<sup>244</sup>. La Corte IDH por su parte cumple con la función consultiva, al responder cuestiones presentadas por los Estados; y con la jurisdiccional por medio del manejo de casos en instancia contenciosa<sup>245</sup>. Sobre la relación entre el SIDH y el DIH, se discute si en realidad la CIDH o la Corte IDH tienen competencia para considerar y declarar respectivamente que se ha producido violaciones de derechos humanos en base a instrumentos internacionales como los Convenios de Ginebra y sus Protocolos.

La primera vez que la CIDH discutió sobre la aplicación de normas del DIH en el SIDH, fue en el informe del caso “La Tablada” en Argentina cuando caracterizó a los hechos ocurridos como un escenario en el que existía un CANI, y que por lo tanto se requería “aplicar directamente las normas de [DIH] o interpretar disposiciones pertinentes de la [CADH], tomando como referencia aquellas normas”<sup>246</sup>. La Comisión utilizó varios argumentos para realizar este análisis. Éstos corresponden en primer lugar a que las disposiciones de ambas ramas convergen de manera precisa y se refuerzan las unas con las otras<sup>247</sup>. En base al artículo 29 literal b) de la CADH, los Estados no pueden interpretarla en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido [...] en otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”<sup>248</sup>. Además, el artículo 3 común contiene normas puras de derechos humanos que no imponen cargas adicionales a las fuerzas armadas<sup>249</sup>. Finalmente, en base a la Opinión Consultiva No. 1, la Corte IDH ha “aprobado la práctica de la

---

<sup>243</sup> Se incluye a la Comisión Interamericana como un órgano principal de la OEA por medio de una reforma a la Carta [Protocolo de Buenos Aires de 1967]. *vid.* Carta de la OEA. (1948). Artículo 53.

<sup>244</sup> Víctor Rodríguez Rescia. *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. <http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicasespecializado/sistema%20idh.htm> (acceso: 29 de noviembre de 2015).

<sup>245</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículos 63 y 64.

<sup>246</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 55/97*. párr. 157.

<sup>247</sup> *Íd.*, párr. 161. Sobre la complementariedad entre DIDH y DIH *vid.* Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118. párr. 112.

<sup>248</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 20 literal b).

<sup>249</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 55/97*. párr. 158.

Comisión de aplicar fuentes de Derecho Internacional distintas a la [CADH]”<sup>250</sup>. Aunque en el caso no existía una situación armada similar a la de Colombia, la CIDH manifestó que las normas de DIH se aplicaban mientras duraba el enfrentamiento.

La Corte IDH por su parte, en ejercicio de su facultad consultiva sostuvo que varios Estados reconocen que existen niños soldados reclutados por las fuerzas armadas, pero que no han “elaborado disposiciones para facilitar la desmovilización de los niños”<sup>251</sup>. En la Opinión Consultiva sobre los niños y niñas en el contexto de la migración, la Corte manifestó que en materia de refugio, debe considerarse que la persecución de niños, niñas y adolescentes puede darse en la forma de reclutamiento<sup>252</sup>. También se ha pronunciado en varias sentencias sobre su competencia contenciosa, afirmando que a pesar que ésta radica únicamente en relación con los derechos establecidos en la propia Convención”<sup>253</sup> y no en otros instrumentos internacionales, “toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a [un] examen de compatibilidad”<sup>254</sup>.

Adicionalmente, existe un consenso internacional entre disposiciones de la CADH, los Convenios de Ginebra y otros convenios internacionales<sup>255</sup> que constituyen normas de *ius cogens*. Y existen deberes generales y especiales de protección a la población civil derivados del DIH correspondientes al respecto debido, es decir a la obligación pasiva de los Estados como no matar, y a la protección debida en la que se debe impedir que terceros perpetren violaciones contra ellas<sup>256</sup>. Así se concluye que las normas de DIH y las del DIDH son complementarias entre sí. A pesar de que en base al principio de *lex specialis*, las primeras en activarse corresponderían a las contenidas en los

---

<sup>250</sup> *Íd.*, párr. 171. Para mayor información *vid.* Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982*. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). párr. 43.

<sup>251</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002*. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. párr. 37.

<sup>252</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”. párr. 80.

<sup>253</sup> Susana Núñez Palacios. “Interpretación y aplicación del derecho humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Corte IDH*. (2011), p. 27.  
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26785.pdf> (acceso: 29 de diciembre de 2015).

<sup>254</sup> Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 32.

<sup>255</sup> Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2009. Serie C No 70, párr. 25.

<sup>256</sup> Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 114.

Convenios de Ginebra y sus respectivos Protocolos, eso no significa que excluyan o modifiquen las normas de DIDH<sup>257</sup>.

En cuanto a la protección de niños, niñas y adolescentes, el desarrollo jurisprudencial ha tenido una notable evolución. A través del caso Villagrán Morales y otros [Niños de la Calle] vs. Guatemala, la Corte IDH interpretó el alcance del artículo 19 de la CADH el cual sostiene que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condiciones de menores de edad requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”<sup>258</sup>. Aunque no se trata de una lista taxativa, se señaló que los Estados deben tomar en cuenta la “no discriminación, [...] la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”<sup>259</sup>.

La Corte intervino directamente en temas relacionados con el reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el caso Vargas Areco vs. Paraguay. Éste consiste en la ejecución extrajudicial de un adolescente de 15 años de edad por un disparo en la espalda por parte de un suboficial en el destacamento en el que se encontraba prestando el servicio militar obligatorio. El Tribunal hizo énfasis en el *corpus iuris* internacional de protección de los menores de edad y su participación en las filas militares, en las disposiciones del Protocolo Facultativo de la CDN, y en la existencia de casos en los que el reclutamiento se produce de manera forzada y por medio de coacción<sup>260</sup>.

Como se explicó previamente, el Protocolo Facultativo de la CDN, determina la obligación del Estado de impedir que los GAOs incluyan en sus filas a las niñas, niños y adolescentes. Es decir, prevenir y tomar las garantías necesarias para evitar que dichas violaciones de derechos humanos se produzcan<sup>261</sup>. Si los menores de edad se encuentran bajo la jurisdicción de un determinado Estado, entonces éste tiene el deber de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos<sup>262</sup>.

---

<sup>257</sup> Magne Frostad. “Child Soldiers: Recruitment, Use and Punishment”. *International Family Law Review*. Volumen 1.1. (2013), p. 73. Traducción Libre. Cfr. Matthew. C. E. Happold. “Child soldiers in international law: The legal regulation of children’s participation in hostilities”. *Netherlands International Law Review*. Volumen 47. (2000), p. 33.

<sup>258</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 19.

<sup>259</sup> Corte IDH. *Caso Villagrán Morales Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 196.

<sup>260</sup> Corte IDH. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 129.

<sup>261</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. (2000). Artículo 4 número 2.

<sup>262</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 1.



En este capítulo se ha estudiado el proceso de evolución de las fuentes de Derecho Internacional con relación al tema propuesto. Éstas fuentes jurídicas generan deberes específicos para los Estados, también parámetros que surgen de la doctrina y de la jurisprudencia comparada y que sirven para mejorar los estándares de protección de derechos humanos, específicamente de los niños, niñas y adolescentes. En base a lo expuesto, el tercer y último capítulo se enfocará en el estado de cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Ecuador y en el análisis del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes dentro del territorio por parte de grupos armados colombianos.

### **CAPÍTULO III. DESARROLLO NORMATIVO Y MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN EN EL ESCENARIO ECUATORIANO.**

Una vez que se ha analizado el desarrollo normativo de los instrumentos internacionales y jurisprudencial tanto de Tribunales Especiales, como de la Corte Penal Internacional y del Estado colombiano, ahora es importante aterrizar en el contexto nacional. El Ecuador no es parte del CANI colombiano, por lo que en primera instancia las normas de DIH no tendrían cabida. Sin embargo, existen disposiciones que deben aplicarse incluso en un contexto de paz. Si se toma en cuenta que el Ecuador ha estado en medio de varios conflictos armados [Colombia y Perú], negar que no ha sufrido sus efectos, simplemente carece de sentido. El capítulo tratará específicamente sobre los efectos humanitarios presentes en la frontera norte relativos a los niños, niñas y adolescentes. Más adelante se revisará la evolución legislativa de los últimos años en cuanto al reclutamiento de menores de edad, analizando los avances y obstáculos presentes en la práctica. Finalmente se realizará análisis de los posibles mecanismos de protección que tienen las víctimas en base a los recursos existentes a nivel doméstico, o incluso en el plano internacional del SIDH y de justicia transicional.

#### **1. Efectos del conflicto armado interno de Colombia en Ecuador.**

Durante los últimos años, el país ha llamado la atención de distintos organismos que han detectado los problemas existentes en la frontera norte. El Comité de los Derechos del Niño [en adelante el Comité] con respecto a la aplicación del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados, ha manifestado su preocupación porque el Estado no ha proporcionado información sobre el “número de niños ecuatorianos ni de niños solicitantes de asilo o inmigrantes que han sido reclutados o utilizados en hostilidades [por GAOs] en el extranjero”<sup>263</sup>.

Esto se complementa con “las informaciones relativas a agentes no estatales que cruzan la frontera hacia el Ecuador y reclutan por la fuerza a niños, incluidos refugiados en los territorios fronterizos de la zona septentrional del Estado parte”<sup>264</sup>. En el informe final, el Comité señaló que “las estadísticas del Estado parte y de la organización no gubernamental Child Soldier sobre el número de niños soldados en el Ecuador son muy

---

<sup>263</sup> Comité sobre los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*. CRC/C/OPAC/ECU/CO/1. (2010). párr. 7.

<sup>264</sup> *Íd.*, párr. 9.

distintas”<sup>265</sup>. Esta última realizó una investigación basada en declaraciones de personas que han sido víctimas de la violencia en la frontera y también testigos de casos de reclutamiento de menores de edad por parte de diferentes grupos armados irregulares<sup>266</sup>. En respuesta, los representantes del Estado reconocieron que el “Gobierno ecuatoriano no ha elaborado una lista de los niños soldados implicados en un conflicto armado”<sup>267</sup>.

Una situación que resonó tanto en Colombia como Ecuador corresponde a las muertes de Jimmy Eudoro López Yepes y de Doris Carolina Cadena Benarcazar, ambos menores de edad, durante un bombardeo a un campamento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia [en adelante FARC] en noviembre del 2010. La joven era ecuatoriana de nacimiento y constaba como desaparecida<sup>268</sup> y aunque en un primer momento se creyó lo mismo de Jimmy López, las autoridades confirmaron que de hecho era colombiano, pero que poseía una tarjeta ecuatoriana de refugiado<sup>269</sup> y residía en el país. Ante esto, la Asamblea Nacional emitió una resolución en la que “condena[ba] el reclutamiento y utilización que se realice a los niños, niñas y adolescentes por parte de cualquier fuerza regular o irregular nacional o extranjera”<sup>270</sup>.

Aunque el proceso de paz en Colombia inició en el 2012, el Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias manifestó que para el 2013 ha existido un “creciente número de grupos armados ilegales en las provincias fronterizas septentrionales de Sucumbíos y Esmeraldas”<sup>271</sup>. Así, los efectos sociales generados por el incremento de las hostilidades, la masiva violación de los derechos humanos y la falta de accionar estatal en cuanto a la protección de civiles ha producido que el Ecuador sufra de los efectos colaterales y humanitarios del CANI colombiano.

---

<sup>265</sup> Comité sobre los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados Partes*. CRC/C/SR.1476. (2010). párr. 6

<sup>266</sup> Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia. *Informe Conflicto Armado en Colombia: FRONTERAS: LA INFANCIA EN EL LÍMITE*. (2007), pp. 12-15.

<sup>267</sup> Comité sobre los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados Partes*. párr. 10.

<sup>268</sup> Ministerio de Defensa de Colombia. *Comunicado de Prensa*. <https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/documents/News/NoticiaGrandeMDN/509d1faf-aed5-2d10-b8a3-954c48a2de27.xml> (acceso: 14 de marzo de 2016).

<sup>269</sup> Ministerio de Defensa de Colombia. *Menor de edad muerto en campamento de las Farc era colombiano*. <https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/documents/News/NoticiaGrandeMDN/b078d0bc-ced4-2d10-f8ba-b33d8b0b01c2.xml> (acceso: 14 de marzo de 2016).

<sup>270</sup> Asamblea Nacional del Ecuador. Resoluciones del Pleno. *Resolución que condena el reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de cualquier fuerza regular o irregular, nacional o extranjera*. 11 de enero de 2011.

<sup>271</sup> Christof Heyns. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*. A/HRC/23/47/Add.3. Consejo de Derechos Humanos: ONU. (2013). párr. 8.

De esta manera, se puede notar que organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales han expresado su preocupación por este problema; e incluso los Estados de Colombia y Ecuador lo han hecho por medio del reconocimiento de casos específicos.

## **2. Desarrollo normativo y medidas de protección de niñas, niños y adolescentes para el caso ecuatoriano.**

### **2.1 Disposiciones normativas relacionadas con la prohibición del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes.**

La actual Carta Magna contempla en el artículo 161 la voluntariedad del servicio militar y la prohibición de toda forma de reclutamiento forzoso<sup>272</sup>. Pero esta no realiza una alusión directa a la edad y utiliza el término de reclutamiento de manera general, aunque la frase *toda forma* [la cursiva me pertenece] puede indicar que abarca todos los tipos de vinculación descritos en el capítulo previo. Por su parte, la Ley de Servicio Militar Obligatorio determina que la edad militar parte de los 18 años y culmina a los 55 años de edad y se trata de una obligación cívica mas no de una legal con consecuencias sancionatorias si la persona se niega a participar<sup>273</sup>.

El Código de la Niñez y Adolescencia garantiza el derecho de protección especial y la prohibición de “reclutar o permitir la participación directa de niños, niñas y adolescentes en hostilidades armadas internas e internacionales<sup>274</sup>. La importancia de este artículo radica en que la obligación negativa está dirigida tanto al Estado como a los GAOs. Así se adecúa al Protocolo Facultativo de la CDN e incluso se encuentra un paso más adelante, ya que bajo ninguna circunstancia el Ecuador puede incluir en sus filas a menores de 18 años. El problema que presenta el artículo es la falla en el uso de todos los términos técnicos que corresponden al reclutamiento. Además, hace alusión a la participación directa en las hostilidades, que es una continuación de la línea de pensamiento de la CDN y del Protocolo Facultativo, y que no se adecúa al Protocolo Adicional II. Finalmente, el artículo 182 del Código de Trabajo, en armonía con el

---

<sup>272</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 161. Registro Oficial No. 440 de 20 de octubre de 2008.

<sup>273</sup> El Tribunal Constitucional del Ecuador declaró inconstitucional el artículo 88 y 108 de la Ley de Servicio Militar Obligatorio en las Fuerzas Armadas Nacionales. Éstos contemplaban la obligatoriedad del servicio militar. Tribunal Constitucional del Ecuador. No. 35-2006-TC. Registro Oficial Suplemento 114 de 27 de junio de 2007.

<sup>274</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 57. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

Convenio 182 de la OIT, también considera que “el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”<sup>275</sup> es una forma de explotación infantil.

El Ecuador es parte de todos los tratados internacionales previamente estudiados y de acuerdo a la Constitución de la República éstos son de “inmediato cumplimiento y aplicación”<sup>276</sup>. Los instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado ha ratificado se entienden incorporados al ordenamiento jurídico interno, y en caso de reconocer “derechos más favorable a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”<sup>277</sup>. De esta manera, si existe alguna disposición en las normas internas que no armonice con las de derechos humanos, especialmente si menoscaba los derechos de las personas, se deben aplicar directamente las disposiciones internacionales. El Ecuador es parte del Protocolo Facultativo de la CDN y del Estatuto de Roma. El primero prohíbe el reclutamiento de menores de edad a los grupos armados, al igual que la regla 136 de costumbre internacional estudiada en el capítulo anterior; mientras que el Estatuto cataloga como sujeto activo no sólo a las fuerzas armadas estatales sino también a los distintos grupos armado.

## **2.2 Medidas de protección administrativas.**

El Código de la Niñez y Adolescencia reconoce la importancia de cumplir con las normas de DIH; además, se establecen acciones cuando los menores de edad se encuentren en una situación de peligro. Estas acciones se activan cuando “se ha producido o exista el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos”<sup>278</sup>. El objeto es “cesar el acto de amenaza, restituir el derecho [...] y asegurar el respeto permanente de sus derechos”<sup>279</sup>. El mismo Código en el artículo 217 crea medidas de carácter administrativo que varían desde el fortalecimiento del núcleo familiar, la reinserción familiar, o el alejamiento del menor de edad temporalmente de la persona que amenace o vulnere algún derecho. Pero el más importante para el presente análisis es la inserción del niño, niña o adolescente en alguno de los programas de

---

<sup>275</sup> Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005. Artículo 138 numeral 1.

<sup>276</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 417 y 427 Registro Oficial No. 440 de 20 de octubre de 2008.

<sup>277</sup> *Ejusdem*. Artículo 424.

<sup>278</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 215. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003

<sup>279</sup> *Ejusdem*.

protección del Estado<sup>280</sup>, que pueden incluir la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del menor de edad o de sus familiares<sup>281</sup>.

Entre los programas llevados a cabo por el Estado se encuentra el de “Protección especial: para niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad en el país”, cuyo objetivo es atender[los] mediante centros de restitución de derechos<sup>282</sup>. Sin embargo, a pesar de la existencia de este tipo de medidas estatales, en realidad no existe una relacionada con la problemática de reclutamiento de menores de edad, misma que requiere de un tratamiento especializado. Éstos se enfocan en otros contextos como son la mendicidad, la trata de personas, trabajo forzado, etc., es decir cuestiones que no están directamente vinculadas con las víctimas del conflicto armado colombiano.

El fenómeno en la frontera presenta dos escenarios concretos. Por un lado existe el riesgo de que un menor de edad sea reclutado, aunque dicha vinculación no se concrete. Y por otro, puede tratarse de alguien que ya se encuentra en los campamentos de los GAOs y no se tenga información de su paradero. En cualquiera de estos escenarios, puede ser su familia, la Defensoría del Pueblo, las Defensorías Comunitarias<sup>283</sup> y cualquier persona o entidad que tenga interés en ello<sup>284</sup> quienes activen los mecanismos de protección especial<sup>285</sup>. Pero ninguno de los programas existentes a la fecha se enfoca

---

<sup>280</sup> *Ejusdem*. Artículo 217.

<sup>281</sup> *Ejusdem*.

<sup>282</sup> Ministerio de Inclusión Económica y Social. *Políticas, programas y servicios*.

<http://www.igualdad.gob.ec/ninez/politicas-programas-y-servicios.html> (acceso: 16 de marzo de 2016).

<sup>283</sup> Son espacios en los que los ciudadanos de comunidades se organizan para realizar distintas actividades e interponer acciones jurídicas y administrativas para promocionar, defender, vigilar y exigir el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia. Resolución 6 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia. “Defensorías Comunitarias de Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 603 de 02 de junio de 2009. *vid.* Hasta el 2012 sólo la provincia del Carchi contaba con un proceso de organización de Defensorías Comunitarias, pero no Esmeraldas y Sucumbíos. Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia en transición al Consejo Nacional de igualdad Intergeneracional. Proceso de organización de Defensorías Comunitarias.

<http://www.cpccs.gob.ec/docs/niceditUploads/tempo/1401741953PROCESO%20DE%20ORGANIZACION%20DE%20DEFENSORIAS%20COMUNITARIAS%20a%20Mayo%202012.pdf> (acceso: 22 de marzo de 2016).

<sup>284</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 235. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

<sup>285</sup> Henry Betancourt, Analista de Protección Integral y Vigilancia del Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional. *Entrevista Personal*. 18 de febrero de 2016. La estructura del sistema planteado por el Código de la Niñez y Adolescencia está cambiando. El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia se encuentra en proceso de transición hacia el Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional mientras que los Consejos Cantonales de Protección de la Niñez y Adolescencia se transformaron en los Consejos Cantonales de Protección de Derechos. Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, que se encargan de conocer los casos de amenaza o violación de derechos y de dictar las medidas administrativas de protección correspondientes se mantienen debido a las funciones que cumplen, sin embargo se puede decir que existe una ausencia legal que determine específicamente como va a estar conformado el nuevo Sistema de Protección Integral.

en la protección e inserción a la sociedad de los niños vinculados a los GAOs colombianos.

### **2.3 Hábeas Corpus.**

La Constitución del Ecuador y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional proporcionan distintas acciones dirigidas a la protección de los derechos de las personas, cuando han sido vulnerados o se encuentran en riesgo grave de serlo. La acción de hábeas corpus busca “proteger la libertad, la vida la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona”<sup>286</sup>. En este caso, si se considera que por medio del reclutamiento se produce una privación ilegal de la libertad de los menores de edad, puede activarse esta garantía jurisdiccional como un medio idóneo para detener la vulneración. Pero suponiendo que se obtiene una decisión favorable y se conoce que la víctima ha sido reclutada, la eficacia de la misma estaría limitada. En primer lugar es extremadamente dudoso que un grupo armado cumpla con una orden judicial de manera voluntaria y además si la víctima ya no se encuentra en el Ecuador, el juez no ejerce jurisdicción sobre territorio colombiano.

### **2.4 Medidas judiciales - penales.**

El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes es en primer lugar un crimen de guerra. Fue necesario que pase un largo periodo de tiempo para que se prohíba y se criminalice la actividad a nivel internacional, por lo que internamente el tipo penal también es relativamente nuevo. Antes de continuar con esta sección es necesario aclarar que se realizará un análisis del Código Penal no vigente dado que varios de los supuestos hechos tomaron lugar cuando aún lo estaba; y del Código Orgánico Integral Penal [en adelante COIP] que entró en vigencia el 10 de agosto del 2014.

#### **2.4.1 Código Penal.**

Fue el primer cuerpo legal ecuatoriano que calificó al reclutamiento de niños, niñas y adolescentes como un crimen contra las personas y bienes protegidos por el DIH. Sin embargo, una reforma que tuvo lugar en mayo del 2010 fue la que permitió su inclusión<sup>287</sup>. Se agregó el Título XI relativo a los delitos de función de servidoras y

---

<sup>286</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 89. Registro Oficial No. 440 de 20 de octubre de 2008. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 43. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

<sup>287</sup> Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento 196 de 19 de mayo de 2010.

servidores policiales y militares. Es decir que antes el reclutamiento de menores de edad sólo se encontraba prohibido mas no era criminalizado<sup>288</sup>.

El artículo innumerado 602 numeral 46, incluye el tipo penal en estudio sosteniendo que:

Será sancionado con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años, la servidora o servidor militar que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute o aliste niñas, niño o adolescentes en las fuerzas armadas o grupos armados, o los utilice para participar en el conflicto armado<sup>289</sup>.

Los verbos rectores del delito están en concordancia con el Estatuto de Roma, pues se incluyen en el tipo penal al reclutamiento, al alistamiento y a la utilización, como elementos independientes pero no excluyentes entre sí. De igual manera está a un paso más adelante del Estatuto en el sentido de que el Código Penal considera víctimas a cualquier persona que se ubique por debajo de los 18 años de edad, a diferencia del Estatuto que sólo reconoce como tales a quienes tengan menos de 15 años.

Sin embargo, este artículo presenta una falla que puede limitar la posible activación de un proceso judicial penal por parte de las víctimas. ¿A qué se refiere el Código Penal cuando habla de servidores militares?. Desde un punto de vista parece que el legislador calificó a este delito como uno de función, es decir que requiere de un sujeto activo calificado. ¿Se incluye a los miembros de fuerzas armadas irregulares?. Si se responde afirmativamente a esta pregunta, se daría a entender que los miembros de los GAOs son servidores públicos militares y eso es incorrecto puesto que no tienen la misma legitimidad que la institución estatal. Es más, los CANIs se forman por grupos que están en contra del orden político establecido. En conclusión, a la luz del Código Penal y su reforma de 2010, este crimen no formaba parte del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, o por lo menos está incompleto.

En este punto, ¿qué opciones tienen las víctimas?. Pues bien, en el plano interno la norma de 2010 no cumple con todos los elementos para juzgar a los miembros de los GAOs. Sea por una falta de técnica jurídica o por una omisión directa, en este caso las normas de DIH, DPI y DIDH, específicamente el Protocolo Adicional II, el Estatuto de Roma y el Protocolo Facultativo de la CDN prohíben el reclutamiento de menores de

---

<sup>288</sup> El Código Penal Militar que fue derogado por la reforma del Código Penal no incluía ningún delito relacionado con el reclutamiento de menores de edad.

<sup>289</sup> Código Penal. Artículo innumerado 602 numeral 46. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.



edad y criminalizan el acto. Estas disposiciones entendidas como parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano pueden suplir el error del artículo innumerado 602 numeral 46. Aún así la activación de este proceso penal contra los miembros de los GAOs puede resultar infructuoso; pero también puede servir como un mecanismo de agotamiento de instancia interna para activar las internacionales.

#### **2.4.2 Código Orgánico Integral Penal.**

El COIP ubica dentro del Título IV sobre las infracciones en particular y el Capítulo I las graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el DIH. Incluye el delito de reclutamiento de niños, niñas y adolescentes de manera expresa en la sección sobre trata de personas y en la de DIH<sup>290</sup>.

La sección cuarta habla específicamente sobre los las personas y bienes protegidos por el DIH, la cual es materia de estudio en el presente trabajo. La primera parte no incluye tipos penales, pero sí definiciones que pueden considerarse como normas penales en blanco en razón de su remisión a los Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales. Es uno de los casos en los que la norma penal en blanco permite abarcar un espectro más amplio de protección, pues se trata de una excepción al principio de legalidad penal<sup>291</sup>. Más adelante el COIP trata directamente el delito de reclutamiento de menores de edad manifestando lo siguiente:

La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute o aliste a niñas, niños o adolescentes en las fuerzas armadas o grupos armados o los utilice para participar en el conflicto armado, será sancionada con pena privativa de libertad de diez [10] a trece [13] años<sup>292</sup>.

En este artículo se puede notar principalmente el cambio con relación al Código Penal y el sujeto activo, ya que la actual norma no diferencia si éste debe ser calificado. Así, el delito puede ser cometido tanto por agentes estatales como por miembros de GAOs. Además incluye las tres conductas contenidas en el Estatuto de Roma y aumenta

---

<sup>290</sup> Este es un caso de concurso aparente de delitos en el que se presentan ilusoriamente dos tipos penales para una misma acción. En realidad se trata de problemas de interpretación de tipos penales y no de imposición de la pena. *Vid.*, Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 101. Éste se soluciona por la selección del principio de especialidad, descartando los de subsidiariedad y consunción. Miguel Ángel Arce Aggeo. *Concurso de Delitos en materia Penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad Buenos Aires, 1996, p. 99.

<sup>291</sup> Donde Matute Francisco Javier. "Consideraciones en torno a la implementación de los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. VII (2007), p. 121.

<sup>292</sup> Código Orgánico Penal Integral. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 127.

el tiempo de la pena. La norma actual cumple con los estándares desarrollados a nivel internacional respecto a la tipificación del crimen, haciendo posible que las víctimas cuenten con los elementos jurídicos necesarios para poder iniciar un proceso penal interno eficaz.

## **2.5 Mecanismos de protección internacional de derechos humanos.**

### **2.5.1 Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

En base al análisis del segundo capítulo se puede concluir que a pesar de que el DIH es una rama especializada en realidad no se encuentra desligada del DIDH. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han recalcado la permanente complementariedad que existe entre ambas. Y con el desarrollo de la costumbre internacional, es posible decir que existen disposiciones aplicables a las dos de la misma manera y que influyen en la generación de obligaciones estatales. De la lectura de la CADH, se desprenden tres obligaciones genéricas que todos los Estados Partes deben cumplir. Las dos primeras se encuentran en el artículo 1 número 1 y consisten en el compromiso de “respetar los derechos y libertades [...] y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna [...]”<sup>293</sup>. La no discriminación es considerada como una cláusula paraguas.

De la obligación de garantía se traducen otras obligaciones de carácter específico correspondientes a “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos”<sup>294</sup>. La tercera obligación se encuentra contenida en el artículo 2 expresando que los Estados Partes se comprometen a “adoptar [...], las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”<sup>295</sup>.

¿Puede entonces una víctima de reclutamiento acudir al SIDH para denunciar la violación de sus derechos?. Las personas naturales no pueden acudir directamente a la Corte, ya que es la CIDH la que capta las peticiones de los particulares, analiza si existe una posible violación de derechos humanos y emite un informe con recomendaciones para el Estado que fue denunciado. Si el Estado no cumple con ellas, entonces el

---

<sup>293</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 1 número 1.

<sup>294</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 166.

<sup>295</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 2.

expediente se remite a la Corte para el inicio del proceso judicial. La Corte IDH ha sostenido que un Estado puede ser responsable de la violación de derechos humanos, sea por parte de un agente que ejerce funciones públicas y que actúe en contra del ordenamiento jurídico o realice actos que desborden la competencia atribuida<sup>296</sup>; o por particulares. En este último caso, el Estado no es responsable por el hecho violatorio en sí, sino por la falta de debida diligencia en el tratamiento del mismo<sup>297</sup>. En consecuencia, dado que el tema de estudio se centra en la actuación de terceros que son miembros de los distintos GAOs, en realidad el Ecuador no es responsable por el reclutamiento como tal, sino por la falta de actuación y debida diligencia al momento de proteger a los niños, niñas y adolescentes y por la ausencia de investigación posterior a los hechos cometidos.

La petición tiene que estar planteada de acuerdo a los derechos contenidos dentro de la CADH aunque eso no significa que otros instrumentos sean excluidos. En primer lugar, el derecho establecido de la CADH que sentaría las bases para una petición sería el artículo 19 relacionado con el derecho a las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes<sup>298</sup>, además del artículo 1.1 relacionado con las obligaciones del Estado y los derechos vulnerados en cada caso particular. Por otro lado, por tratarse de la protección de civiles ante las consecuencias de un CANI, es claro que el derecho puede analizarse a la luz del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, la CDN y su Protocolo Facultativo. Para acudir a este mecanismo internacional de protección de derechos humanos, es necesario que la petición sea presentada dentro del plazo de 6 meses después del agotamiento de los recursos de jurisdicción interna conforme los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, que no exista una duplicación del procedimiento en otro de carácter internacional y, que el solicitante complete con ciertos requisitos de identificación<sup>299</sup>. Hasta la fecha, ninguna de las víctimas o sus familiares han denunciado formalmente el reclutamiento de menores de 18 años. Sin embargo, se excepciona el cumplimiento del requisito de agotamiento de recursos internos cuando:

---

<sup>296</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 171.

<sup>297</sup> *Íd.*, párr. 172.

<sup>298</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 19.

<sup>299</sup> *Ejusdem*. Artículo 46

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos<sup>300</sup>.

Es necesario analizar qué otro recurso tiene la víctima además del penal para protegerse del reclutamiento por parte de los GAOs. Es decir, ¿Puede acceder a algún otro recurso idóneo y eficaz? En base a lo que se ha visto en el presente capítulo, las opciones que tienen las víctimas no garantizan una efectiva protección para los niños, niñas y adolescentes. De acuerdo a las opciones presentadas en realidad no existe una en la que se garantice la efectiva protección o reparación de los derechos.

Por otro lado, la Opinión Consultiva No. 11, la Corte IDH indicó que, en los casos en los que un “individuo es incapaz de obtener la asistencia legal requerida, debido a un temor generalizado en los círculos jurídicos de un determinado país”<sup>301</sup>, a indigencia, o a cualquier otra circunstancia que pudiera ser aplicable<sup>302</sup>, le corresponde al Estado no tolerar y remover los obstáculos que impidan el efectivo ejercicio de los derechos. Caso contrario, se vulnera el artículo 1.1 de la CADH y se releva al sujeto de cumplir con el requisito del artículo 46 de la misma<sup>303</sup>. Bajo estas premisas, sería posible presentar un caso ante el SIDH porque es claro que el Estado no ha tomado ninguna medida de protección, investigación, sanción ni reparación de los niños, niñas y adolescentes que han sido reclutados por grupos armados. “La acción de grupos armados irregulares ha sido una constante a lo largo de, por lo menos, la última década”<sup>304</sup>, lo que ha generado altos niveles de temor en toda la población cercana a la frontera.

### **2.5.2 Sistema Universal de Derechos Humanos.**

El Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones permite al Comité de los Derechos del Niño recibir comunicaciones o denuncias por parte de quienes consideren que se ha producido una violación de cualquiera de los derechos contenidos en la CDN o en sus respectivos Protocolos Facultativos. Entró en vigencia el

---

<sup>300</sup> *Ejusdem.*

<sup>301</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990.* “Excepciones al agotamiento de recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. párr. 33

<sup>302</sup> *Íd.*, párr. 41.

<sup>303</sup> *Íd.*, párr. 34 y 35.

<sup>304</sup> Plan Nacional para el Buen Vivir. Resolución 2. Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013, p. 244.

14 de abril de 2014 después de haberse depositado las 10 ratificaciones necesarias. La competencia del Comité se limita a las violaciones cometidas con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del instrumento<sup>305</sup>. El Ecuador por su parte firmó el Protocolo el 24 de abril de 2013 pero no lo ha ratificado, y por la competencia temporal no se podría presentar una denuncia que incluya la obligación de protección y prevención de reclutamiento de menores de edad sino las posteriores al hecho relacionadas con la debida diligencia. Al igual que el procedimiento en la instancia regional se debe cumplir con el requisito de agotamiento de recursos internos con el plazo de un año para presentar una denuncia, a menos que se pruebe que fue imposible esperar la última decisión<sup>306</sup>. No se descarta que a futuro se pueda presentar una denuncia ante el Comité de los Derechos del Niño, sin embargo aún es necesario que el Ecuador ratifique el Protocolo que faculta al Comité a recibir denuncias por lo que este mecanismo aún no está al alcance de las personas en el Ecuador.

Las víctimas tienen diferentes opciones a las que pueden acceder con el fin de proteger sus derechos o buscar justicia. Sin embargo, ninguna norma jurídica en el país proporciona una solución directa que no incluya obstáculos normativos o de hecho. Tampoco existe una política pública dirigida a la protección de los derechos de la niñez y adolescencia en un escenario de posible reclutamiento o posterior al mismo. Es más, hasta la fecha no existe ningún dato oficial sobre el número de menores de edad que han sido vinculados a los GAOs, ni tampoco se ha hecho una investigación de campo que ayude a identificarlos.

---

<sup>305</sup> Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones. (2014). Artículo 20.

<sup>306</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Nueva York y Ginebra: Folleto informativo No. 7/Rev.2: pp. 25-26.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Durante el desarrollo del presente trabajo de titulación se ha buscado analizar las distintas fuentes de Derecho Internacional respecto de la protección de niños, niñas y adolescentes que son reclutados por diferentes grupos armados en escenarios de conflictos armados de carácter interno.

Desafortunadamente, se puede notar que el desarrollo normativo internacional ha sido reactivo, es decir, se ha realizado una vez ocurrido el reclutamiento y concluido el conflicto, vulnerando la obligación de prevenir afectaciones al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

A través de los años se ha dado una especie de vaivén en las disposiciones relacionadas con la protección de la niñez en un contexto de conflicto armado y aunque el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño busca subsanar los vacíos de anteriores instrumentos, aún queda abierta la posibilidad de una actuación discrecional por parte de los Estados, aunque sí se muestra tajante en cuanto la prohibición absoluta a los grupos armados de reclutar a menores de 18 años.

Adicionalmente, la CPI marcó un cambio en la percepción de participación de menores de edad al indicar que esta ocurre cuando la actividad que realizan genera una amenaza para ellos. Es decir, no se trata del riesgo que representan para el enemigo, sino que basta que la actividad represente un peligro para que el menor de edad sea considerado como víctima. De la misma manera, constituye un avance normativo y conceptual el desarrollo realizado de los distintos verbos rectores [reclutamiento, alistamiento y uso].

La complementariedad existente entre el DIDH y el DIH es de vital importancia, aunque su relación debe ser tratada de manera muy técnica para no desnaturalizar ambas ramas. El ejemplo más claro es el presente trabajo de titulación. En éste se realizó un análisis de las obligaciones internacionales adquiridas dentro del Sistema Interamericano y del Sistema Universal con las normas de DIH, específicamente el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II con el fin de determinar el nivel de protección que el Ecuador ha brindado al grupo poblacional de estudio.

A pesar de que la naturaleza de los CANIs limita el conflicto al territorio de un Estado, sus efectos pueden tener incidencia en otro u otros Estados. En estos casos, el

Estado afectado debe aplicar las normas del DIH que contienen disposiciones relativas a la protección de civiles, particularmente relacionadas con la protección especial de grupos de atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes. Del análisis de la realidad ecuatoriana, se concluyó que los efectos del CANI colombiano han afectado a las personas que se encuentran en la frontera del lado ecuatoriano. El traspaso de los distintos grupos armados ha propiciado no sólo que encuentren refugio, sino también menores de edad que pueden ser vinculados a sus filas. A pesar de la obligación del Estado de proteger a los niños, niñas y adolescentes de cualquier amenaza a sus derechos, en la práctica no existen políticas públicas específicas que lidien con el problema desde un enfoque de prevención. Tampoco se han desarrollado protocolos de investigación para lograr identificar a las posibles víctimas y no puede alegarse que el Estado no tiene conocimiento de este fenómeno.

Aunque en el Derecho Penal interno se ha incorporado el tipo penal de reclutamiento desde el 2010, el artículo 602.46 solo se aplica a agentes estatales y no se considera como sujetos activos a otras personas, como son los miembros de los GAOs. Si bien se puede sostener que el Derecho, la costumbre y la jurisprudencia internacional resolvieron este problema, en la práctica puede representar una barrera en el proceso penal interno. Afortunadamente a partir de la vigencia del COIP en el año 2014, el tipo penal de reclutamiento de niños, niñas y adolescentes ha sido desarrollado correctamente.

El Ecuador está un paso adelante de los instrumentos internacionales al no hacer distinción entre quienes tienen menos de 15 años y quienes superan esa edad pero son menores de 18. No hay un tratamiento diferenciado en lo que a protección se refiere, es decir, en el derecho interno existe el delito de reclutamiento de menores de edad para alguien que tiene 16 años, mientras que en el sistema internacional, sólo se tipifica el delito si tiene menos de 15 años.

Por otro lado, la existencia de mecanismos internacionales de protección de derechos como es el SIDH permiten a la persona denunciar no sólo la vulneración de sus derechos, sino también sostener que el responsable es el Estado, ya sea por acción u omisión de agentes estatales o de particulares. Aunque se debe cumplir con varios requisitos para que la petición sea admisible, en este caso considero que el de agotamiento de recursos internos puede ser omitido, o por lo menos discutido, debido al

alto nivel de violencia y temor generalizado que existe en la frontera, lo que provoca que este tipo de casos no se pongan en conocimiento de las autoridades competentes. Además, no existe una acción que pueda considerarse verdaderamente idónea y eficaz para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es necesario, entonces, mejorar los mecanismos internos de protección de derechos, sea con la creación sistemas especializados o con el fortalecimiento de las capacidades de las instituciones estatales encargadas de la protección de los niños, niñas y adolescentes para evitar la activación de los existentes en el ámbito internacional en los que, muy probablemente, se declare la responsabilidad internacional del Estado. Además, es recomendable que el Estado ecuatoriano incremente la cooperación internacional con Colombia durante el proceso de paz, con la finalidad de facilitar la identificación de los menores de edad vinculados a las FARC, e iniciar un proceso de reparación, rehabilitación y reintegración.



## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- Alfonso César. “El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional”. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (ed.). Colombia: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. 2014.
- Álvarez de Lara Rosa María. *El concepto de niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Legislación Mexicana*. México: UNAM. 2011.
- Ambos Kai y Christian Steiner. “Sobre los fines de la pena al nivel Nacional y Supranacional”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. (2003).
- Ambos Kai. “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”. *International Criminal Law Review*. 12 (2012).
- Ambos Kai. *Derechos humanos y derecho penal internacional*. [http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi\\_dialogo\\_politico\\_3\\_04.pdf](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf).
- ARC. *Acciones por los Derechos del Niño. Niños, niñas y adolescentes vinculados al conflicto armado*. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7057.pdf?view=1>
- Arce Aggeo Miguel Ángel. *Concurso de Delitos en materia Penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad Buenos Aires, 1996.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Resoluciones del Pleno. *Resolución que condena el reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de cualquier fuerza regular o irregular, nacional o extranjera*. 11 de enero de 2011.
- Beloff Mary. “Justicia y derechos del Niño”. *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar*. Emilio García Méndez et al. Chile: UNICEF. 1999.
- Betancourt Henry, Analista de Protección Integral y Vigilancia del Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional. *Entrevista Personal*. 18 de febrero de 2016.
- Bouvier Antoine A. y Marco Sassòli. *How does Law protect in war. Cases, Documents and Teaching Material son Contemporary Practice in Humanitarian Law*. 2da. ed. Ginebra: CICR.
- Bustos Ramírez Juan J. y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

- Caro Coria Dino Carlos. “El elemento subjetivo del crimen imputado a Lubanga”. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (ed.). Colombia: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. 2014.
- Carswell Andrew J. “Como clasificar los conflictos: el dilema del soldado” *Revista internacional de la Cruz Roja*. 873 (2009).
- Cillero Bruñol Miguel. *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*. <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>.
- Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia. *Informe Conflicto Armado en Colombia: FRONTERAS: LA INFANCIA EN EL LÍMITE*. (2007).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 55/97*.
- Comité de los Derechos del Niño. *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. CRC/C/GC/13. 18 de abril de 2011. Observación General 13.
- Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos contemporáneos*. Ginebra: (2011).
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *¿Qué es el derecho internacional humanitario?*. <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949*. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *Derecho internacional humanitario consuetudinario*”. <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/overview-customary-law.htm>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *Humanitarian Aid to the victims of internal conflicts*. Geneva: 1963.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *La Corte Penal Internacional*. <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/international-criminal-court/overview-international-criminal-court.htm>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6fsjl7.htm>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *Rule 3*. [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule3](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule3).

- Comité Internacional de la Cruz Roja. *Rule 4. Definition of Armed Forces*. [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule4](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule4).
- Comité sobre los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*. CRC/C/OPAC/ECU/CO/1. (2010).
- Comité sobre los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados Partes*. CRC/C/SR.1476. (2010).
- Consejo Internacional para Estudios de Derechos Humanos. *El fin y los medios: una aproximación a los grupos armados desde la perspectiva de los derechos humanos*. [http://www.ichrp.org/files/summaries/6/105\\_summary\\_es.pdf](http://www.ichrp.org/files/summaries/6/105_summary_es.pdf).
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia. *Resolución 6*. “Defensorías Comunitarias de Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 603 de 02 de junio de 2009.
- Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia en transición al Consejo Nacional de igualdad Intergeneracional. Proceso de organización de Defensorías Comunitarias. <http://www.cpccs.gob.ec/docs/niceditUploads/tempo/1401741953PROCESO%20DE%20ORGANIZACIÓN%20DE%20DEFENSORÍAS%20COMUNITARIAS%20a%20Mayo%202012.pdf>.
- Coomaraswamy Radhika. “The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict- Towards Universal Ratification”. *International Journal of Children’s Rights*. 18 (2010).
- De Preux Jean. *Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra*. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdm4r.htm>.
- Dinstein Yoram, Charles H.B. Garraway y Michael N. Schmitt. *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*. San Remo: International Institute of Humanitarian Law. (2006). <http://www.ihl.org/ihl/Documents/The%20Manual%20on%20the%20Law%20of%20NIAC.pdf>.
- Dondé Matute Francisco Javier. “Consideraciones en torno a la implementación de los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. VII (2007).
- Dörmann Knut. *Elements of War Crimes under The Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge: ICCR, 2003.
- Drenik Simona. “Protection of Children in armed conflict under customary international humanitarian Law. (A comment to the 2005 ICRC Study on Customary Law)”. *Slovenian Law Review*. (2009).

- Dutli María Teresa y Antoine Bouvier. "Protection of children in armed conflict: the rules of international law and the role of the International Committee of the Red Cross". *The International Journal of Children's Rights*. (1996).
- El Universal. Alias "El Alemán" quedó en libertad. <http://www.eluniversal.com.co/colombia/alias-el-aleman-quedo-en-libertad-201406>.
- El-Haj Tabatha. "Armed conflict: The protection of children under international law". *The International Journal of Children's Rights*. (1997).
- Escobar Verónica. "Reclaiming the "Little Bees" and "Little Bells": Colombia's Failure to Adhere to and Enforce International and Domestic Laws in Preventing Recruitment of Child Soldiers". *Children's Legal Rights Journal*. 36 (2004).
- Frostad Magne. "Child Soldiers: Recruitment, Use and Punishment". *International Family Law Review*. Volumen 1.1. (2013).
- Gil Gil Alicia. "Responsabilidad penal individual en la sentencia Lubanga. Coautoría". *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (ed.). Colombia: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. 2014.
- Gómez Isa Felipe. *La participación de los niños en los conflictos armados*. Bilbao: Universidad de Deusto. (2000). <http://www.corteidh.or.cr/tablas/10662r.pdf>.
- Graham David. E.. "Defining Non-International Armed Conflict: A Historically Difficult Task." *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*. Kenneth Watkin et al. Rhode Island: Naval War College: 2012.
- Happold Matthew. C. E. "Child soldiers in international law: The legal regulation of children's participation in hostilities". *Netherlands International Law Review*. Volumen 47. (2000).
- Henckaerts Jean-Marie y Louis Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law*. Volume II: Practice. Cambridge: International Committee of the Red Cross, 2005.
- Henckaerts Jean-Marie y Louis Doswald-Beck. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Buenos Aires: CICR, 2007.
- Hernández Pastor Juan. "Definición y Ámbito de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario". *Revista Virtual. Observatorio Regional sobre la Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional*. <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CD0QFjAF&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fagendainternacional%2Farticle%2Fdownload%2F3666%2F3645&ei=bf8>

XVfnIMMjlsATU9IDQDw&usg=AFQjCNFOJZuSRzIXFbpgrsOLiBpPdrbsIA&si  
g2=BWq6q0AUfAg8ALf2\_ydx3A&bvm=bv.89381419,d.cWc.

Hernández Pradas Sonia. *El niño en los conflictos armados. Marco Jurídico para su protección internacional*. Valencia: Cruz Roja Española, 2001.

Heyns Christof. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*". A/HRC/23/47/Add.3. Consejo de Derechos Humanos: ONU. (2013).

Human Rights Watch. *Genocidio, Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad*. México: Universidad Iberoamericana (2010).

Internacional de la Cruz Roja. *Rule 6*. [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule6](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule6).

International Committee of the Red Cross. *Customary IHL: Rule 135*. [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule135](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule135).

International Committee of the Red Cross. *Customary IHL*. <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>.

International Criminal Court. *About the Court*. [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx)

Junod, Sylvie-Stoyanka en Sandoz, Yves *et. al. ICRC. Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja y Martinus Nijhoff. (1987).

Kirs Eszter. "Save the Children of War. Thoughts in Child Recruitment". *Acta Societatis Martensis*. 2006.

Medellín Urquiaga Ximena. *Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de Derecho Internacional*. Ed. María Clara Galvis Patiño. Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso, 2013.

Melzer Nils. *Guía para la participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: CICR. (2010).

Meza Angelina Guillermina. "La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: la atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia". *Revista del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* IV. (2010). [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0005A004\\_0005\\_investigacion.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0005A004_0005_investigacion.pdf).

Ministerio de Inclusión Económica y Social del Ecuador. *Desarrollo Infantil Integral*.  
<http://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/11/Libro-de-Pol%C3%ADticas-P%C3%ABlicas.pdf>.

Ministerio de Defensa de Colombia. *Comunicado de Prensa*.  
<https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/documents/News/NoticiaGrandeMDN/509d1faf-aed5-2d10-b8a3-954c48a2de27.xml>.

Ministerio de Defensa de Colombia. *Menor de edad muerto en campamento de las Farc era colombiano*.  
<https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/documents/News/NoticiaGrandeMDN/b078d0bc-ced4-2d10-f8ba-b33d8b0b01c2.xml>.

Ministerio de Inclusión Económica y Social. *Políticas, programas y servicios*.  
<http://www.igualdad.gob.ec/ninez/politicas-programas-y-servicios.html>.

Núñez Palacios Susana. “Interpretación y aplicación del derecho humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Corte IDH*. (2011).  
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26785.pdf>.

O’Donnell Daniel. *La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2467/8.pdf>.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Nueva York y Ginebra: Folleto informativo No. 7/Rev.2.

Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados. *Reclutamiento de niños*.  
<https://childrenandarmedconflict.un.org/es/efectos-del-conflicto/infracciones-mas-graves/ninos-soldados/>.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Compilación de Derecho Penal Internacional. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional*. Ed. Alejandro Valencia Villa. Bogotá: 2003.

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*.  
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>.

Pictet Jean. *Commentary to the Third Geneva Convention*. Ginebra: 1960. 2011.

Piñero Verónica Beatriz. “The challenges of reconstruction and reconciliation following an armed conflict. The implementation for child-soldiers as perpetrators”. *Eyes on the International Criminal Court*. (2004).

Plan Nacional para el Buen Vivir. Resolución 2. Registro Oficial Suplemento 78 de 11 de septiembre de 2013.

Prieto Sanjuán Rafael A. *et. al. Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio.* [https://books.google.com.ec/books?id=M4VwT\\_BQ7icC&printsec=frontcover&source=gbg\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=M4VwT_BQ7icC&printsec=frontcover&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false).

Rodríguez Rescia Víctor. *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.* <http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicaspecializado/sistema%20iidh.htm>.

Rodríguez-Villasante y Prieto José Luis. *La protección del niño en los conflictos armados por el Derecho Internacional Humanitario. Los niños soldados.* <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/Jose%20Luis%20Rgez.pdf>.

Roque Jr. Harry L. "The Criminal Nature of Recruitment of Child Soldiers Under International Humanitarian Law". *Asia-Pacific Yearbook of International Humanitarian Law.* (2005).

Segura Serrano Antonio. *El Derecho Internacional Humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas.* 1era. ed. Madrid: PyV, 2007. <https://books.google.com.ec/books?id=hMHnkAf7yyUC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.

Seinarski Christophe. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana.* San José: Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (1990).

Simon Campaña Farith. *Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador.* [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/1FC879A5C3F85DBF05257466006A2082/\\$FILE/EcuadorCodigoAnalisis.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/1FC879A5C3F85DBF05257466006A2082/$FILE/EcuadorCodigoAnalisis.pdf).

Simon Campaña Farith. *Derechos de la niñez y adolescencia. De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales.* Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2008.

Stewart James G. "Hacia una definición única de conflicto armado en el Derecho Internacional Humanitario: Crítica de los conflictos armados internacionalizados" *Revista Internacional de la Cruz Roja.* (2003).

Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the armed forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa. *Cape Town Principles and Best Practices.* South Africa. 27 al 30 de abril 1997.

Thürer Daniel. *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context.* Hague Academy of international Law. 2011.

UNICEF Argentina, Chile y Uruguay. *Justicia y Derechos del Niño*.  
[http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayderechos1.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf).

Verri Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Buenos Aires: CICR. 2008.

## **REFERENCIAS NORMATIVAS**

Carta de la OEA. (1948).

Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No. 737 de 03 de enero de 2003.

Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005.

Código Orgánico Penal Integral. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

Código Penal. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 440 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).

Convención sobre Derechos del Niño. (1989).

Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción inmediata para su Eliminación. (1999).

Convenios de Ginebra. (1949).

Estatuto de Roma. (2002).

Ley 975 (Colombia). 25 de julio de 2005.

Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento 196 de 19 de mayo de 2010.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad. Registro Oficial Suplemento 283 de 07 de julio de 2013.

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. (1977).



Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. (1977).

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. (2000).

Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones. (2014).

Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. (1907).

Reglas de Procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. (2002).

The Paris Principles: Principles and Guidelines on Children Associated with armed forces or armed groups. (2007).

## **JURISPRUDENCIA**

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2009. Serie C No 70.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118.

Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.

Corte IDH. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. *Caso Villagrán Morales Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982*. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990*. “Excepciones al agotamiento de recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

- Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002*. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.
- Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”.
- Corte Internacional de Justicia. *Caso relacionado con las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. Fondo. Sentencia de 27 de junio de 1986.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. No. Causa: 38222. Sentencia de 12 de diciembre de 2012.
- International Criminal Court. *Case Information Sheet: Situation in the Democratic Republic of the Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. <http://www.icc-pi.int/iccdocs/PIDS/publications/LubangaENG.pdf>.
- International Criminal Court. *Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Causa No. ICC-01/04-01/06. Decision on the confirmation of charges. 29 de enero de 2007.
- International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Causa No. ICC-01/04-01/06. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. 14 de marzo de 2012.
- International Criminal Court. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*. 14 de marzo de 2012.
- International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the Territory of the Former Yugoslavia. *Prosecutor v. Ljube Boskoski Johan Tarculovski*. Judgement: 10 July 2008.
- The Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. *Prosecutor v. Duko Tadi a/k/a Dule*. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 02 de octubre de 1995.
- Tribunal Constitucional del Ecuador. No. 35-2006-TC. Registro Oficial Suplemento 114 de 27 de junio de 2007.
- Tribunal Internacional para la Persecución de personas responsables por serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidos en el Territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991. *Prosecutor v. Duko Tadi a/k/a Dule*. Opinión y Sentencia 7 de mayo de 1997.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. No. Causa:  
110016000253200782701. Sentencia de 16 de diciembre de 2011.