

**¿SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS LAS ESPOSAS O COMPAÑERAS
MENORES DE 15 AÑOS DE LOS MIEMBROS DE LAS PARTES EN UN
CONFLITO ARMADO NO INTERNACIONAL FRENTE A LA VIOLENCIA
SEXUAL EJERCIDA POR SUS PROPIAS PAREJAS O POR OTROS
MIEMBROS DEL GRUPO AL QUE PERTENECEN?***

RESUMEN EJECUTIVO – EXECUTIVE SUMMARY

La protección general atribuida en los conflictos armados no internacionales por el artículo 3 común a la población civil, de la que las niñas menores de 15 años forman parte, no depende de su filiación con alguna de las partes en el conflicto, y se extiende, en principio, a todos los actos de violencia, entre los que se encuentran los de naturaleza sexual cometidos por cualquiera de las mismas, incluyendo aquellos cometidos por los miembros de la parte en el conflicto con la que se encuentren afiliadas.

Los casos contra *Thomas Lubanga* y *Bosco Ntaganda* muestran que, como regla general, las niñas menores de 15 años no desarrollan de manera prolongada actividades de participación directa en las hostilidades, por lo que, a pesar de acompañar permanente al grupo y de ser “esposas” o “compañeras” de sus comandantes, no asumen una función continua de combate y no pueden ser consideradas como miembros del mismo.

Además, los actos de naturaleza sexual coercitivamente desarrollados por las niñas menores de 15 años reclutadas por las FPLC en favor de los comandantes y miembros del grupo con las que se encuentran esposadas, no cumple ninguno de los tres requisitos exigidos por el concepto de participación directa en las hostilidades porque: (a) no son idóneos para causar directamente por sí mismos el umbral de daño requerido; (b) no forman parte integral de ninguna operación militar que pudiera generar dicho umbral de

* Escrito por Vanessa Bonilla Tovar, Hanna Bosdriesz, Lina María Caballero Martínez, María Alejandra Castillo Montilla, Jannluck Canosa Cantor, Andrea Catalina Cabrales Villamizar, Carlos Gabriel Jácome Romero, Carmen Suleika Mané Granados, Laura Marcela Quijano Ortiz, Daniela Suárez Vargas y Sander Wirken, como parte de la Clínica Jurídica Internacional (cohorte 2015), bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo Alonso y con la colaboración de Álvaro Pío Jaramillo García.

daño; y (c) no poseen el nexo beligerante requerido, puesto que no están específicamente diseñados para causar un menoscabo a la parte adversa de las FLPC.

Tampoco las demás actividades desarrolladas por las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FLPC, incluyendo trabajo doméstico (donde principalmente desempeñaron tareas culinarias), transporte de comida a bases aéreas y acompañamiento a las esposas de los comandantes, cumplen, según la Sala de Primera Instancia I en el caso *Lubanga*, con los tres requisitos necesarios para su consideración como participación directa en las hostilidades. De ahí, que las niñas no hayan perdido en ningún momento su protección general.

A todo lo anterior hay que añadir que los niños y niñas menores de 15 años, al ser una población particularmente vulnerable, gozan de una especial protección durante los conflictos armados (con independencia de su naturaleza), tal y como se manifiesta en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos adicionales de 1977, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 y las Resoluciones 1882 de 2009, 1960 de 2010 y 2106 de 2013 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Esta protección especial se extiende a los actos de violencia sexual cometidos por los miembros de las fuerzas armadas nacionales o grupos armados organizados que los alistan o reclutan.

En consecuencia, la protección general y especial a que son acreedoras las niñas menores de 15 años, no se limita a las agresiones provenientes de las partes adversas en el conflicto, sino que se extiende también a la violencia sexual ejercida contra ellas por los miembros del propio grupo que las alistó o reclutó, incluso en el caso de que ésta sea ejercida por los comandantes que las tomaron como esposas o compañeras. Las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas entre 2002 y 2003 por las FLPC de Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda eran sin duda acreedoras de dicha protección.

EXECUTIVE SUMMARY

The general protection provided for in non international armed conflicts to the civilian population (girls under the age of 15 are part of such civilian population) by common article 3 of the Geneva Conventions, does not depend on any affiliation with any of the parties to the conflict. Such protection extends, in principle, to all acts of violence,

including those of sexual nature committed by members of the party to the conflict with which the victims (girls under the age of 15) are affiliated.

The cases against Thomas Lubanga and Bosco Ntaganda show that, as a general rule, girls under the age of 15 do not carry out activities of direct participation in hostilities for an extended time. As a result, despite joining organized armed groups as wives or partners of the commanders of the groups, they don't assume a *continuous combat function* and cannot be considered members of the group, as such.

The Lubanga and Ntaganda cases also show that those acts of sexual nature coercively undertaken by girls under the age of 15 (usually with those commanders and group members who married them), do not meet any of the three requirements embodied in the notion of direct participation in hostilities because: (a) such sexual acts are not suitable to directly cause the required level of damage; (b) they do not form an integral part of any military operation that might cause such damage; and (c) they do not possess any belligerent nexus, since they are not specifically directed at causing a prejudice to the adverse parties.

Moreover, according to Trial Chamber I in the Lubanga case, other activities carried out by those girls under the age of 15 enlisted (or recruited) by the FLPC - including domestic work (such as cleaning and culinary tasks), transportation of food to military bases, and escorting the wives of the FPLC commanders -, do not meet with the above-mentioned requirements of the notion of direct participation in hostilities. As a result, such girls do not participate directly in the hostilities and do not lose at any time their protection under common article 3.

Children under the age of 15 are a particularly vulnerable population. As a result, they have a special protection during armed conflicts (regardless of their international or non-international nature). This special protection is provided for in the 1989 Convention on the Rights of Children, the 1949 Geneva Conventions and their 1977 Additional Protocols, the 1998 ICC Statute, and UN Security Council Resolutions 1882 (2009), 1960 (2010) and 2106 (2013). This special protection also covers those acts of sexual violence committed against girls under the age of 15 by commanders or members of national armed forces or organized armed groups that enlist or recruit them.

In conclusion, general and special protections, which girls under the age of 15 are entitled to, extends to sexual violence against those commanders or members of the group that enlisted or recruited them. This is so even if such violence is carried out by those who took them as wives or partners. Girls under the age of 15 enlisted (or recruited) between 2002 and 2003 by the FPLC of Thomas Lubanga and Bosco Ntaganda were undoubtedly entitled to such general and special protections.

I. Introducción

La determinación de los sujetos objeto de protección por el Derecho Internacional Humanitario (DIH) en los conflictos armados de carácter no internacional (CANI) continúa siendo una cuestión controvertida de indudable relevancia, si tenemos en cuenta que más del noventa por ciento de los casi cien conflictos armados de alta y baja intensidad existentes en la actualidad en el mundo tienen un carácter no internacional¹.

El presente trabajo analiza un aspecto importante de esta discusión, consistente en si las niñas menores de 15 años son objeto de protección por el DIH frente a la violencia ejercida sobre las mismas por los miembros del grupo que las ha alistado o reclutado. Para ello se centra en la violencia sexual sufrida entre 2002 y 2003 por las menores de 15 años dentro de las Fuerzas Populares para la Liberación del Congo (FPLC), en cuanto que la misma hace parte del caso ante la Corte Penal Internacional (CPI) contra Bosco Ntaganda, comandante adjunto de operaciones de las FPLC, constituido a mediados de 2002 como brazo militar de la Unión de Patriotas Congolese (UPC). Ambos movimientos, político y militar, fueron comandados entre julio de 2002 y agosto de 2003 por Thomas Lubanga Dyilo, ex gobernador de la provincia de Ituri (República Democrática del Congo) y primer condenado por la CPI².

Para analizar esta problemática es necesario abordar varias cuestiones. En primer lugar, es necesario determinar si, en los CANI, la protección ofrecida a la población civil,

¹ Véase Unidad de Alerta de la Escola de Cultura de Pau: “Alerta 2004: Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz”, pág 17; Véase también Rodríguez-Villasante, Jose Luis. *La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades* en Cuadernos de Estrategia, Vol. 160, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2013. p. 167; Fernandez, José; Miralles, Fátima y González, Betriz “Adiós a las armas: ni un solo niño en la guerra”, Página 78.

²CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Sala de Primera Instancia I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 10 Julio de 2012.

incluyendo a las niñas menores de 15 años, se limita a la violencia cometida por los miembros de las partes en conflicto con las que no se encuentren afiliadas las víctimas, o si por el contrario se extiende también dicha protección a la violencia ejercida por cualquiera de las partes en conflicto.

En este sentido, cabe subrayar que el DIH aplicable a los conflictos armados internacionales limita la protección a actos cometidos contra la población civil por el enemigo, ya sea definido en términos de nacionalidad, como se ha considerado tradicionalmente, o a la luz de otros rasgos distintivos como la etnicidad, tal y como ha subrayado el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (TIPY)³. En consecuencia, es necesario analizar si esta misma limitación opera también en los CANI, o si por el contrario, al tratarse estos últimos de conflictos que se desarrollan en el territorio de un sólo Estado por partes que con frecuencia se por su ideario social, político y económico, esta limitación no es aplicable a dicho tipo de conflictos, de manera que en los mismos la población civil se encontrará protegida indistintamente contra la violencia ejercida por cualquiera de las partes en el conflicto.

En segundo lugar, estudiaremos si las niñas menores de 15 años que son alistadas o reclutadas para cumplir las funciones de “esposas” o “compañeras” de los comandantes de los grupos armados organizados participantes en un CANI, son consideradas por el DIH como miembros del grupo, o como población civil protegida por el DIH a pesar de convivir con dichos comandantes. En este último supuesto, será necesario también analizar si las actividades que habitualmente realizan de asistencia a sus “esposos” o “compañeros” pueden ser, o no, calificadas como participación directa en las hostilidades. De ser así, a pesar de constituir población civil, perderían su protección durante el tiempo en que realicen dichas actividades. Por el contrario, si las funciones que realizan no son merecedoras de tal calificación, mantendrán en todo momento su protección como integrantes de la población civil, a pesar de la asistencia que puedan brindar a sus “esposos” o “compañeros”.

³ TIPY, *Prosecutor v. Tadic*, Appeal Judgment, 15 de Julio de 1999. Par. 166-169; *Prosecutor v. Blaskic.*, Judgment, 3 de Marzo del 2000. par. 126 - 127; *Prosecutor v. Kordic and Cerkez.*, Judgment Febrero 26 del 2001. par. 152; *Prosecutor v. Galic*, Judgment, Judgment, 5 diciembre de 2003. par. 45- 53; *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgment, Judgment, 14 de Enero del 2000. Par. 522- 523.

Finalmente, analizaremos si ciertos grupos particularmente vulnerables a la violencia propia de un CANI, y en particular las niñas menores de 15 años, disfrutaban de un régimen especial de protección.

II. ¿Existe alguna limitación en la protección de la población civil en los CANI por razón de la filiación a alguna de las partes en el conflicto?

La Defensa de *Bosco Ntaganda* afirma que las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por cualquiera de las partes en un CANI, sólo tienen protección frente a las partes en el conflicto con las que no se encuentran afiliadas⁴.

Sobre esta cuestión, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, afirma que todas las personas que no participen directamente en las hostilidades dentro de un CANI se encuentran protegidas “sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo”. En consecuencia, una lectura literal de la regulación contenida en el artículo 3 común contradice las alegaciones presentadas por la Defensa de *Bosco Ntaganda*.

En este sentido, el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) al artículo 3 común subraya que la intención de esta disposición fue buscar una protección general para quienes no estén participando directamente en las hostilidades, indistintamente de la filiación que tengan con cualquiera de las partes del conflicto⁵. Además, según el propio CICR, las partes deben propender por una aplicación amplia del artículo 3 común, evitando realizar interpretaciones restrictivas que introduzcan distinciones que no se encuentren comprendidas en el mismo⁶.

⁴ CPI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04–02/06–804-ENG, Trial Chamber VI, Defense Team of Mr. Bosco Ntaganda, Defense Application: In relation to counts 9 and 6 pursuant to Article 19 and rule 58, 01 September, 2015, par. 23-24, 28-29.

⁵ Pictet, Jean (1998). Comentario al Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra, Plaza & Janes, Colombia, Párrafo 1. <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm#4>>

⁶ Adicionalmente a los comentarios al artículo 3 común, se debe tener en cuenta el artículo 31.1 de las Convenciones de Viena para la Interpretación de los Tratados, el cual afirma que deben interpretarse conforme a su objeto y fin, lo cual es particularmente aplicable a la protección de quienes no participan directamente en las hostilidades.

En consecuencia, la protección atribuida por el artículo 3 común a la población civil, de la que las niñas menores de 15 años forman parte, no depende de su filiación con alguna de las partes en el conflicto, y se extiende, en principio, a todos los actos de violencia, entre los que se encuentran los de naturaleza sexual cometidos por cualquiera de las mismas⁷, incluyendo aquellos cometidos por los miembros de la parte en el conflicto con la que se encuentren afiliadas.

III. ¿Son las niñas que actúan como “esposas” o “compañeras” de quienes integran las partes en un CANI miembros de las mismas?

En los CANI son, en principio, personas protegidas todas aquellas que no son miembros de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto⁸. Estas últimas se encuentran conformadas por todas las agrupaciones y unidades que, según su derecho interno, integran o se encuentran adscritas a sus estructuras armadas, incluyendo los ejércitos de tierra, mar y aire, la policía e inteligencia militar, los reservistas y, en su caso, las unidades de policía e inteligencia civil⁹.

La protección que el DIH ofrece a quienes no son miembros de las fuerzas armadas del Estado afectado se pierde automáticamente al convertirse en miembro de un grupo armado organizado¹⁰. Dicha pérdida de protección se extiende durante todo el tiempo que dura su membresía en el grupo¹¹. De esta manera, aun cuando no se encuentren desarrollando en un momento dado operaciones militares (como por ejemplo al

⁷ Resolución 2106 de 2013, Secretario General de la ONU, Informe ante la Asamblea General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos, 13 de enero del 2012. Página 2 y 6, par. 17 y 18; Secretario General de la ONU, Informe ante el Consejo de Seguridad sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos, 23 de Marzo del 2015. Par. 7, 18, 29, 61, 64 y 83; Oficina del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, *The six Grave Violations against Children during Armed Conflict: The Legal Foundation*, Noviembre del 2013, Página 16

⁸ CICR (2008). Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, *International Review of the Red Cross*, Volume 90 Number 872, p. 1004.; *Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba, Confirmation of Charges*, 15 de junio del 2009, Par. 78

⁹ ICRC, *Customary International Humanitarian Law* (2005), Rule 3. Definition of Combatants: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule3. Ver también Rule 4, Definition of Armed Forces: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter1_rule4.

¹⁰ Art.1(1) PA.II. Schmitt, M. (2010). The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis, *Harvard National Security Journal*, Volume 1, March 5, 5-44, p. 21

¹¹ Idem.

encontrarse de permiso) pueden ser, conforme al DIH, objeto de ataque mientras dure su vinculación con el grupo¹².

El CICR utiliza un criterio funcional a la hora de distinguir en los CANI entre quienes son miembros de un grupo armado organizado y quienes no ostentan esta condición¹³. Como Williamson ha señalado conforme al mismo, únicamente se consideran miembros del grupo a quienes asumen una función continua de combate¹⁴, lo que para Schmitt equivale a participar directamente en las hostilidades de manera prolongada¹⁵. Esto significa que la membresía en el grupo no se expresa necesariamente a través del uso de uniformes, insignias o tarjetas de identificación¹⁶.

En consecuencia, los individuos que preparan, ejecutan o comandan a lo largo del tiempo las operaciones militares de un grupo armado organizado mantienen una función continua de combate.¹⁷ Lo mismo ocurre con quienes son alistados, reclutados, entrenados y equipados para dirigir hostilidades en nombre del grupo, aun cuando no hayan llevado a cabo algún acto hostil¹⁸.

Por el contrario, quienes acompañan o apoyan a un grupo armado organizado de manera prolongada, pero sin desarrollar funciones que los involucran directamente en las hostilidades, no pueden ser considerados como miembros del grupo¹⁹. En la misma

¹² Idem.

¹³ CICR (2008). Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December, p. 1006.

¹⁴ Williamson, J.A. (2010). Challenges Of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities, Duke Journal of Comparative and International Law, Volume 20, 457-471, p. 464.; Según el CICR, como características de la función continua de combate, se deben mencionar las siguientes: (i) exige una integración duradera del grupo armado organizado de manera que éste actúe como las fuerzas armadas de una parte no estatal, (ii) puede predicarse de personas que han sido reclutadas, formadas y equipadas por el grupo armado para participar de forma continua y directa en las hostilidades en su nombre, incluso antes de que cometan un acto hostil; y (iii) debe diferenciarse del rol que cumplen personas que si bien apoyan al grupo continuamente, no desarrollan una participación directa en las hostilidades, sino que su labor se limita a otras actividades como manufacturar, comprar o tener armas u otros equipos fuera del ámbito de operaciones militares específicas. Se incluye en este grupo a personas encargadas de recoger información de inteligencia que no tenga un carácter táctico. Ver *supra* 12.

¹⁵ Schmitt, M. (2010). The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis, Harvard National Security Journal, Volume 1, March 5, 5-44, p. 21.

¹⁶ International Committee of the Red Cross (ICRC,2008). Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December, p. 1006. Véase también: *supra* 12.

¹⁷ Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación activa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, CICR, P. 34. Véase también: *supra* 12.

¹⁸ CICR (2008). Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December, p. 1007.

¹⁹ *Ibid.*, p. 1008.

situación se encuentran quienes limitan su actividad dentro del grupo al reclutamiento, financiación o entrenamiento, a menos que tengan una función adicional que los vincule directamente en las hostilidades²⁰. También conservan su protección las personas que adquieren, manufacturan y hacen mantenimiento a las armas o que realizan trabajos de inteligencia al margen de operaciones militares específicas²¹.

De esta manera, el DIH distingue, en principio, entre aquellas niñas menores de 15 años que son alistadas o reclutadas por grupos armados organizados para ser formadas y equipadas con el fin de participar directamente en las hostilidades de manera prolongada, y aquellas otras que son alistadas o reclutadas para acompañar o asistir de manera continuada al grupo sin desarrollar actividades de participación directa en las hostilidades.

Si bien es necesario realizar un análisis caso por caso para determinar esta cuestión, los casos contra *Thomas Lubanga* y *Bosco Ntaganda* muestran que, como regla general, las niñas menores de 15 años no desarrollan de manera prolongada actividades de participación directa en las hostilidades²². En consecuencia, a pesar de acompañar permanente al grupo y de ser “esposas” o “compañeras” de sus comandantes, no asumen una función continua de combate y no pueden ser consideradas como miembros del mismo.

IV. ¿Desarrollan las esposas o compañeras de los miembros de las partes en un CANI actividades de participación directa en las hostilidades?

²⁰ Ibid., p. 1021.

²¹ Ibid, pp. 1008,1021-1022.

²² CPI, Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Marzo 14 del 2012, Par. 878- 882 y 892; Prosecutor vs. Bosco Ntaganda, Confirmación de Cargos, 9 de Junio del 2014. Par 82. La Sala de de Primera Instancia estableció que las niñas menores de 15 años reclutadas por las UPC/FPLC se dedicaban a cocinar en el campo de Mandro y a colaborar con el trabajo doméstico en Mamedi. Igualmente, dentro del grupo se estableció como práctica común el abuso y/o esclavitud sexual de algunas de esas niñas menores de 15 años. A este respecto, la Sala de Primera Instancia subrayó que dichas niñas no podían ser consideradas como parte directa en las hostilidades. ya que durante el tiempo en el cual estaban siendo abusadas, es evidente que no podían participar simultáneamente en las confrontaciones bélicas.

En los CANI, se puede perder también la protección, aún sin convertirse en miembro de una de las partes en conflicto, realizando actividades ocasionales de participación directa en las hostilidades en favor de una de las mismas, y en detrimento de la otra.²³

En este sentido, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra circunscribe la protección a “*las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa*”. Por su parte, el artículo 13(3) del Protocolo Adicional II (PA II)²⁴, prevé que las personas protegidas mantengan su protección a menos que participen directamente en las hostilidades y por el tiempo durante el cual se prologue dicha participación.

En consecuencia, a la hora de aplicar estas disposiciones, es necesario distinguir entre los actos que se consideran participación directa en las hostilidades y aquellos de participación indirecta que no implican la pérdida de protección. A este respecto, el CICR ha afirmado que para que una actividad específica pueda ser considerada como participación directa en las hostilidades es necesario que cumpla con los siguientes tres requisitos: (a) umbral de daño; (b) causalidad directa; y (c) nexo de beligerancia²⁵.

El umbral de daño exige la probabilidad objetiva de que el acto pueda afectar adversamente las operaciones militares o capacidad militar de una parte del conflicto²⁶ o, alternativamente, pueda producir la muerte, lesión o destrucción de personas o bienes protegidos²⁷. La causalidad directa requiere la existencia de un nexo causal entre el umbral de daño y el acto de que se trate, ya sea considerado en sí mismo o como parte de una operación militar coordinada de la que constituya una parte integral²⁸. En este sentido, los actos preparatorios para la ejecución de una operación militar, así como el despliegue hacia el lugar de ejecución y el retorno de éste formarían parte integral de la operación²⁹. Finalmente, el nexo beligerante exige que el acto deba haber sido

²³ CICR. Guía para interpretar la noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario. Página 45-64, y 70.

²⁴ Lo mismo dispone el artículo 51(3) del Protocolo Adicional I (PA I) en relación con los conflictos armados internacionales.

²⁵ CICR (2008). Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December, p. 1016.

²⁶ Ibid, Norma 8.

²⁷ Ibid, p. 1017.

²⁸ Ibid., p. 1019.

²⁹ Idem.

específicamente diseñado para causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte del conflicto y en menoscabo de otra³⁰.

Si bien, como se analiza en profundidad en otro de los artículos que se incluyen en el presente volumen³¹, autores como Schmitt difieren del CICR en aspectos concretos relativos al contenido de los tres requisitos que acabamos de mencionar³², lo cierto es que los actos de naturaleza sexual coercitivamente desarrollados por las niñas menores de 15 años reclutadas por las FPLC en favor de los comandantes y miembros del grupo con las que se encuentran esposadas, no cumple ninguno de estos tres requisitos. A esta conclusión se llega al constatar que tales actos (a) no son idóneos para causar directamente por sí mismos el umbral de daño requerido; (b) no forman parte integral de ninguna operación militar que pudiera generar dicho umbral de daño; y (c) no poseen el nexo beligerante requerido, puesto que no están específicamente diseñados para causar un menoscabo a la parte adversa de las FLPC.

Además de las actividades de naturaleza sexual, las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FLPC desarrollaron, mientras estuvieron vinculadas a este grupo, otro tipo de actividades, incluyendo trabajo doméstico, donde principalmente desempeñaron tareas culinarias³³. Además, transportaron comida a bases aéreas y acompañaron a las esposas de los comandantes³⁴. Si bien cada una de estas actividades debe ser analizada caso por caso, lo cierto es que, según la Sala de Primera Instancia I en el caso *Lubanga*, ninguna de las mismas parece cumplir con los tres requisitos necesarios para su consideración como participación directa en las hostilidades³⁵. De ahí, que las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC no perdieran en ningún momento su protección.

En este sentido ,conviene subrayar que la versión en inglés del artículo 3 común y de otras disposiciones de las Convenciones de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales ha

³⁰ Ibid, p. 1025.

³¹ Vid. Báez, Barón, Camargo, Castillo, Lozano, Mateus, Molano & Trujillo, *Pérdida de la Condición de Persona Protegida durante los Conflictos Armados*.

³² Schmitt, M. (2010). The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis, *Harvard National Security Journal*, Volume 1, March 5, 5-44.

³³ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842T-223-ENG, judgement pursuant to Article 74 of the Statute, & 14 March, 2012, par. 623

³⁴ Idem.

ICC, *Prosecutor V. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-309-ENG, Decision on the Confirmation of charges against Bosco Ntaganda, 09 June 2014, par. 82.

³⁵ *Ibid.*

inducido a cierta confusión, al utilizar, además del adjetivo ‘*direct*’³⁶, el adjetivo ‘*active*’³⁷ para calificar la participación en las hostilidades que da lugar a la pérdida de protección. En este contexto, el CICR entiende que los términos ‘*active*’ y ‘*direct*’ deben ser entendidos como sinónimos, puesto que las versiones francesa y española del texto usan únicamente la expresión participación “directa”³⁸ en las hostilidades. En consecuencia, para el CICR ambos adjetivos representan el mismo nivel y grado de participación en las hostilidades³⁹. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Internacional Penal para Ruanda en el caso en el caso Akayesu⁴⁰.

Sin embargo, la CPI ha distinguido en el caso *Lubanga* entre “participación directa” y “participación activa” al interpretar el contenido del crimen de guerra de utilización de menores de 15 años para participar “activamente” en las hostilidades⁴¹. De esta manera, para la CPI, el término participación activa en este crimen de guerra incluye la utilización de niños y niñas, tanto para realizar actividades de participación directa propiamente dichas, como para llevar a cabo otras actividades, que dentro de la clásica distinción entre participación directa e indirecta son consideradas como actividades de participación indirecta, pero suponen una contribución efectiva a las hostilidades (este sería el caso, por ejemplo, de las niñas que, sin estar involucrados en los combates, son utilizadas como guardaespaldas de los comandantes del grupo)⁴².

Ahora bien, la distinción realizada por la CPI entre “participación directa” y “participación activa” en las hostilidades se ha limitado exclusivamente, por el momento, a la interpretación del crimen de guerra arriba mencionado, sin que haya sido utilizada para interpretar de forma extensiva las actividades que, conforme al concepto de participación directa en las hostilidades, dan lugar a la pérdida de protección⁴³.

³⁶ Additional Protocol I, Art. 47, 51 (3) and 77 (2); Additional Protocol II 4(3)(c), 4(3)(d) and 13(3)

³⁷ Common Article 3 of the Four Geneva Conventions of 1949.

³⁸ En francés: “directement”

³⁹ Vid. International Committee of the Red Cross (ICRC,2008). Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December, p. 1014.

⁴⁰ TIPR. Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, párr. 629.

⁴¹ CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgement, 14 March 2012, párr.619-628.

⁴² Idem.

⁴³ En consecuencia, a la hora de determinar si las actividades realizadas por las niñas menores de 15 años en favor de la parte en el conflicto que las ha alistado o reclutado les hace perder su protección, es necesario analizar únicamente si se cumplen o no los requisitos para que dichas actividades puedan ser caracterizadas como participación directa en las hostilidades.

Como hemos visto, la Sala de Primera Instancia I en el caso *Lubanga*, ha considerado que ni las actividades de naturaleza sexual, ni ninguna otra de las actividades desarrolladas por las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC, constituyen una participación directa en las hostilidades que les haya hecho perder su protección. Pero además, para la Mayoría de la Sala de Primera Instancia I⁴⁴, dichas actividades, incluidas las de naturaleza sexual, no cumplen ni tan siquiera con los requisitos más flexibles de la participación activa, puesto que, las mismas, en particular las relaciones sexuales mantenidas con sus esposos o compañeros en las FPLC, no prestaron en ningún momento una contribución efectiva a las hostilidades⁴⁵.

En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en su decisión de confirmación de cargos contra Bosco Ntaganda, ha ido incluso más allá al afirmar en relación con las actividades sexuales de las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC, que no es posible que la función de compañera sexual se pueda dar de manera concomitante a la de participación activa en las hostilidades⁴⁶.

V. Alcance del régimen de protección especial de las niñas menores de 15 años en los CANI

Una interpretación integrada del DIH, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal⁴⁷, superadora de la tradicional concepción

⁴⁴ ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-2842T-223-ENG, judgement pursuant to Article 74 of the Statute, & 14 March, 2012, par. 622-623.

⁴⁵ Véase en sentido contrario la Opinión Disidente de la Magistrada Elizabeth Odio Benito: CPI, Separate and dissenting opinion by Judge Odio Benito. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, del 14 de Marzo de 2012.

⁴⁶ ICC, Prosecutor Vs Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-309, decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 9 June 2014, Pre-Trial Chamber II, [79]. “[T]hose subject to rape and/or sexual enslavement cannot be considered to have taken active part in hostilities during the specific time when they were subject to acts of sexual nature, including rape, as defined in the relevant Elements of Crimes. The sexual character of these crimes, which involve elements of force/coercion or the exercise of rights of ownership, logically preclude active participation in hostilities at the same time”; de la misma forma, autoras como Rosemary Grey han acogido esta misma posición, debido a la especial protección que el artículo 4(3) del PA II ofrece a las niñas menores de 15 años como consecuencia de su particular vulnerabilidad. “*Aquellas niñas objeto de abuso y/o esclavitud sexual no pueden considerarse que tomaron parte activa en las hostilidades durante el momento específico cuando fueron objeto de actos de naturaleza sexual, incluyendo abuso. El carácter sexual de estos crímenes, que contienen elementos de fuerza/coerción o el ejercicio de derechos de dominio, lógicamente evitan la activa participación en las hostilidades a la vez*”. Ver Grey, Rosemary. Sexual violence against child soldiers. International Feminist Journal of Politics. Volume 16 Issue 4. Diciembre 2014. Página 611. Disponible en: http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14616742.2014.955964#.Vq_jwoSsK0I

⁴⁷ Droegge C. (2008). Elective affinities? Human rights and humanitarian law. International Review of the Red Cross. Volume 90 Number 871 September 2008. Pag. 501-548. Disponible en:

del DIH como *lex specialis* en las situaciones de conflicto armado⁴⁸, provee de una amplia protección a las niñas menores de 15 años en los CANI.

Esta protección no sólo se limita a la otorgada a la población civil en los casos en que las niñas no sean miembros de las partes involucradas en el conflicto al no cumplir una función continua de combate, ni participar directamente en las hostilidades, sino que debido al carácter vulnerable que tienen los niños en general⁴⁹, y las niñas menores de 15 años en particular, presenta manifestaciones propias en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos adicionales de 1977, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 y las Resoluciones 1882 de 2009, 1960 de 2010 y 2106 de 2013 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En este sentido, la Oficina para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados⁵⁰ ha subrayado que el DIH ofrece una protección especial a los niños y niñas, puesto que los artículos 3 común y 27 del Convenio IV de Ginebra, así como los artículos 75(2), 76(1) y 77(1) del Protocolo Adicional I y 4(2)(e) del Protocolo Adicional II, disponen que los atentados contra la vida y la integridad corporal, contra la dignidad personal y los tratos humillantes y degradantes, como la violencia sexual y todo ataque contra el pudor de las personas, en especial de los niños y las niñas, están absolutamente prohibidos⁵¹.

http://www.humanitarianleaders.org/wp-content/uploads/2012/11/8.-Elective-affinities_-Human-rights-and-humanitarian-law.pdf

⁴⁸Esta distinción entre el DIH como *lex specialis* y el DIDH como *lex generalis* ha perdido vigencia en la doctrina, y tampoco ha sido aceptada por los tribunales regionales de Derechos Humanos. Vid. Milanovic, M. (2014), *The Lost Origins of Lex Specialis: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law* (2014), en Ohlin J. (ed.), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge University Press, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2463957>; y Isupova, M. V. (2013). Interrelationship between international humanitarian law and international human rights law in the process of fragmentation of international law. *Russian Juridical Journal / Rossijskij Juridiceskij Zurnal*, Vol. 92, Num. 5, pp. 43-48.

⁴⁹ Hernandez, Doris Marcela, *Menores y Conflicto Armado*, en: *Revista Derecho del Estado*, Vol. 9, pp. 145-166

⁵⁰ Fuera del ámbito específico de los conflictos armados, el artículo 19 de la Convención de los Derechos del niño recoge la protección especial de los niños y niñas frente a toda forma de perjuicio o abuso físico o mental e impone al Estado la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar de manera eficaz dicha protección. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 13 del 18 de abril de 2011, ha afirmado que el artículo 19 de la Convención debe entenderse en el contexto más amplio posible para eliminar y combatir todas las formas de violencia contra los niños y las niñas, excluyendo cualquier tipo de violencia por leve que sea, y protegiéndolos en cualquier tipo de entorno o en el tránsito entre entornos. Vid. Comité de derechos del niño. Observación General No. 13 del 18 de abril de 2011, página 5 numeral 7, y página 9, numeral 19.

⁵¹Oficina del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, *The six Grave Violations against Children during Armed Conflict: The Legal*

Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en varias ocasiones ha reiterado la protección especial de la cual gozan los niños y las niñas. Inicialmente, la Resolución 1882 de 2009, establece que su protección debe ser parte en toda estrategia general para resolver un conflicto⁵² y condena enérgicamente todas las violaciones de Derecho Internacional frente a los mismos, incluyendo la violación y todo acto de violencia sexual⁵³. Igualmente, en la Resolución 1960 de 2010, el Consejo de Seguridad reitera su exigencia a todas las partes en los conflictos armados para que “*pongan fin por completo con efecto inmediato a todos los actos de violencia sexual*”⁵⁴, en aras de hacer efectiva la protección general de la cual gozan los niños, las niñas y las mujeres como parte de la población civil y a la protección especial que tienen como población expuesta a ciertos riesgos específicos⁵⁵.

Ahora bien, ninguna de las disposiciones y resoluciones anteriores menciona expresamente los abusos físicos, mentales y sexuales sufridos por los niños y las niñas que son reclutados o alistados por alguna de las partes en un conflicto armado a manos de sus miembros. Es precisamente a esta situación, a la que se refiere la Resolución 2106 de 2013, en la que se subraya que el DIH prohíbe la violación y demás formas de violencia sexual⁵⁶ y se reconoce que las niñas y mujeres reclutadas para su incorporación en fuerzas armadas y grupos armados organizados son especialmente vulnerables a este tipo de violencia⁵⁷.

En este mismo sentido, varios informes presentados por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas ante la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en los años 2012 y 2015 respectivamente, han resaltado que en el marco de ciertos conflictos armados, se presentan casos donde quienes agreden sexualmente a las mujeres y niñas reclutadas de manera forzosa, son los propios miembros del grupo al que éstas pertenecen⁵⁸.

Foundation, Noviembre del 2013, p.16. Véase también: El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Normas, Comité Internacional de la Cruz Roja; y Artículo 22 de la Carta Africana de los Derechos del Niño.

⁵² Resolución del Consejo de Seguridad 1882 de 2009, página 2

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Resolución del Consejo de Seguridad 1960 de 2010, página 3.

⁵⁵ *Ídem*, página 2.

⁵⁶ Resolución del Consejo de Seguridad 2106 de 2013, página 2

⁵⁷ *Ídem*, página 6

⁵⁸ Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Informe ante la Asamblea General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos, 13 de enero del 2012. par. 17 y 18; Secretario General

Por ello, el Secretario General ha considerado que la violencia sexual contra las mujeres y las niñas reclutadas por las partes en conflicto está vinculada directamente con sus objetivos estratégicos, ideológicos y de financiación, y en particular es utilizada con la finalidad de promover imperativos tácticos como el reclutamiento, la generación de ingresos mediante la trata o esclavitud sexual, el adoctrinamiento y la modificación o disolución de lazos de parentesco que unen a las mujeres y a las niñas con sus comunidades⁵⁹.

En este mismo sentido, pueden interpretarse las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño⁶⁰, cuando, a los efectos del artículo 19 (1) de la Convención, entiende por "cuidadores" de los niños y las niñas a cualquier persona que los tenga a su cargo⁶¹, y afirma que *"pueden ser objeto de violencia por parte de sus cuidadores principales o circunstanciales y de otras personas de las que sus cuidadores les protegen."* En consecuencia, para el Comité, los niños y las niñas no solo pueden ser objeto de violencia por parte de terceros, sino también por parte de personas cercanas a ellos o que los cuidan⁶². Esta definición es importante en el marco de un conflicto armado, debido a que los niños y niñas que son alistados o reclutados por una parte en el conflicto se encuentran bajo el cuidado de sus miembros, que son quienes los tienen "a su cargo", y quienes por lo tanto pueden cometer actos de violencia física, mental y sexual contra los mismos.

Finalmente, el Derecho Internacional Penal ofrece también protección a los niños y niñas menores de 15 años frente a las partes en el conflicto armado que los han reclutado o alistado. En particular, el artículo 8(2)(b)(xxiii) del Estatuto de la CPI, para los conflictos armados internacionales, y el artículo 8(2)(e)(vii), para los CANI, recogen el crimen de guerra de *"reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar directamente en las hostilidades"*⁶³.

de la Organización de las Naciones Unidas, Informe ante el Consejo de Seguridad sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos, 23 de Marzo del 2015. par. 7, 18, 29, 61, 64 y 83.

⁵⁹ Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Informe ante el Consejo de Seguridad sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos, 23 de Marzo del 2015. par. 82 y 83.

⁶⁰ Weissbrodt, D., Hansen, J. C., & Nesbitt, N. H. (2011). The Role of the Committee on the Rights of the Child in Interpreting and Developing International Humanitarian Law. *Harvard Human Rights Journal*, 24(1), 115-153.

⁶¹ UNICEF. Observaciones Generales sobre la Convención del Niño. Observación General No. 13. *Definición de cuidadores*. Pág 238. En: <http://www.unicef.org/mexico/spanish/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

⁶² Ver, supra 56. página 14 numeral 2.

⁶³ Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, United Nations, Treaty Series , [vol. 2187](#), p. 3.

Como la CPI ha señalado en el caso *Lubanga*, la protección ofrecida por esta disposición se extiende en el tiempo e incluye los actos cometidos contra los niños y las niñas por los propios miembros del grupo, una vez que se ha producido su alistamiento o reclutamiento⁶⁴.

Atendiendo a todo lo anterior, se puede afirmar que los niños y niñas menores de 15 años gozan de una especial protección tanto en los conflictos armados de carácter internacional, como en los CANI⁶⁵, que se extiende a los actos de violencia sexual cometidos por los miembros de las fuerzas armadas nacionales o grupos armados organizados que los alistan o reclutan. En consecuencia, los actos de violencia física, mental y sexual cometidos por los comandantes y miembros de las FPLC contra las niñas menores de 15 años que han esposado o que han convertido en sus compañeras, constituyen violaciones de este régimen especial de protección⁶⁶.

VI. Conclusión

Las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las partes en un CANI son objeto de protección general en cuanto que integrantes de la población civil, siempre y cuando no cumplan una función continua de combate, ni participen directamente en las hostilidades. Así mismo, al tratarse de un grupo particularmente vulnerable a las violencias de los CANI, son objeto de protección especial, tal y como se manifiesta en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, los Convenios de Ginebra de 1949 y de

⁶⁴ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842T-223-ENG, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, & 14 March, 2012. Prr. 605. La CPI considera que la distinción entre reclutar y alistar se encuentra en la voluntad del niño o a niña, pues aunque ambas son formas de incorporación a las fuerzas armadas nacionales, o a grupos armados organizados, el reclutamiento se lleva a cabo a través de la coerción, mientras que el alistamiento es voluntario. Sin embargo, aun cuando el menor consienta, dicha manifestación de voluntad no representa defensa válida frente al hecho punible, puesto que en un ambiente coercitivo como es el de los conflictos armados, no se dan las circunstancias necesarias para que los niños y niñas menores de 15 años, que de por sí tienen una capacidad limitada para consentir debido a su temprana edad, puedan hacerlo válidamente. Vid. CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842T-223-ENG, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, & 14 March, 2012. Prr. 607, 616 y 618. En este punto, la CPI sigue la aproximación del Tribunal Especial para Sierra Leona, en el caso *Prosecutor v. Fofana and Kondewa* RSCSL-CDF/836/SCSL-04-14-ES-836-ENG, 11 August 2014. Prr 15 Count 8, Gravity of the crime, Pag 8. Además, como la CPI ha configurado los crímenes de guerra de alistamiento y reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años como crímenes de carácter continuado, estos se siguen cometiendo mientras el niño o la niña continua vinculado al grupo que lo alistó o reclutó hasta que cumplan la edad de 15 años.

⁶⁵ Matthews, H. (2013). The interaction between international human rights law and international humanitarian law: seeking the most effective protection for civilians in non-international armed conflicts. *International Journal Of Human Rights*, 17(5/6), 633-645. doi:10.1080/13642987.2013.831694. Pag. 635.

⁶⁶ Ver sección 2.

sus Protocolos adicionales de 1977, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 y las Resoluciones 1882 de 2009, 1960 de 2010 y 2106 de 2013 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Esta protección general y especial no se limita a las agresiones provenientes de las partes adversas en el conflicto, tal y como afirma la defensa en el caso *Ntaganda*; sino que las niñas menores de 15 años se encuentran también protegidas frente a la violencia sexual ejercida contra ellas por los miembros del propio grupo que las alistó o reclutó, incluso en el caso de que ésta sea ejercida por los comandantes que las tomaron como esposas o compañeras. En consecuencia, las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas entre 2002 y 2003 por las FPLC de Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda eran sin duda acreedoras de dicha protección.