

José Antonio Caro John

Yamila Fakhouri Gómez

Katrin Gierhake

Günther Jakobs

Claus Kreß

Jan-Michael Simon



9 789567 721911

MEMORIA



---

XXXV JORNADAS INTERNACIONALES  
**DE DERECHO PENAL**

PROCESOS DE PAZ: DERECHO  
PENAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL

---



**JAIME BERNAL CUÉLLAR**  
Compilador

Universidad  
**Externado**  
de Colombia



Jaime Bernal Cuéllar  
Compilador

**XXXV JORNADAS  
INTERNACIONALES  
DE DERECHO PENAL**  
**Procesos de paz: derecho  
penal y justicia transicional**

**Memoria**

Universidad Externado de Colombia



¿TOMA DE REHENES COMO PARTICIPACIÓN  
DIRECTA EN HOSTILIDADES?  
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA  
“CHAVÍN DE HUÁNTAR” (CSJ PERÚ)  
Y DE LA GUÍA DEL COMITÉ DE LA CRUZ ROJA\*

JAN-MICHAEL SIMON\*\*

1. SENTENCIA “CHAVÍN DE HUÁNTAR” (CSJ PERÚ)

En la noche del 17 de diciembre de 1996, catorce miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (en adelante: MRTA) ocuparon la residencia del embajador de Japón en el Perú y tomaron como rehenes a los allí presentes, entre otros, magistrados de la Corte Suprema, congresistas, ministros de

---

\* Ponencia presentada en las xxxv Jornadas Internacionales de Derecho Penal: “Procesos de paz: Derecho Penal y justicia transicional”, 25, 26 y 27 de septiembre del 2013, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. El presente texto corresponde al manuscrito definitivo del autor, culminado el 28 de septiembre de 2013.

\*\* Miembro de la plantilla de personal científico fijo de la Sociedad Max Planck para el Fomento de las Ciencias. Jefe de la Sección de América Latina del Departamento de Derecho Penal del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional; coordinador-general del programa de doctorado en Derecho Penal comparado “International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law”, de la Universidad Alberto-Ludovico de Friburgo e Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo en Brisgovia, Alemania. Las opiniones expresadas por el autor son de su exclusiva responsabilidad. j.simon@mpic.de

Estado, altos mandos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, diplomáticos y políticos. Los captores portaban armamento de tipo militar, como fusiles, ametralladoras, lanzacohetes, pistolas, revólveres, granadas de mano, explosivos y máscaras antigás. Entre otras exigencias, demandaban la liberación de los miembros del grupo encarcelados y el posterior traslado a la selva central de estos últimos y de los emerretistas allí presentes. El proceso de negociaciones duró varios meses, durante los cuales se llevaron a cabo varias reuniones entre el gobierno y los emerretistas. Paralelamente a las negociaciones, el entonces presidente de la República del Perú ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI ordenó la elaboración de una operación conjunta para rescatar a los rehenes en caso de que las negociaciones fracasaran. De conformidad con el plan de operación denominado "Chavín de Huántar"<sup>1</sup>, el objetivo del mismo era, según documento oficial, dominar el inmueble para "capturar o eliminar a los terroristas del MRTA y rescatar a los rehenes".

El 22 de abril de 1997, ante "el fracaso de las conversaciones para una salida pacífica al problema de los rehenes en la residencia del embajador del Japón y no existiendo otra alternativa que el empleo de la fuerza", el presidente FUJIMORI ordenó la operación de rescate de rehenes. Luego de ser comunicado que las condiciones para la intervención estaban dadas, el presidente FUJIMORI, a través de la cadena de mando, ordenó el inicio de la operación. Tras realizar varias explosiones subterráneas, alrededor de 143 comandos integrados por distintos grupos entraron a la residencia del embajador a través de túneles, sorprendiendo a los captores mientras jugaban fútbol. Durante el operativo perdieron la vida dos oficiales del ejército peruano, un rehén magistrado de la Corte Suprema de Justicia y todos los emerretistas allí presentes. Los restantes 71 rehenes fueron liberados con vida.

---

1 También llamado "operativo Nipón 96".

Así mismo, en el operativo resultaron heridos 14 agentes estatales y 8 rehenes. En el operativo se aplicó la táctica de "tiro selectivo instintivo", procedimiento consistente en efectuar tres disparos en dos segundos a las partes vitales, seguidos por un último impacto en la cabeza<sup>2</sup>.

Tras denuncia formulada por familiares de algunos de los captores que murieron en el operativo de rescate, en el 2002, se dio inicio a una investigación en el fuero penal común. Posteriormente la Corte Suprema de Justicia del Perú remitió, por competencia, la investigación al fuero penal militar<sup>3</sup>, donde la misma fue archivada entre 2003 y 2004. Sin embargo, dispuso la Corte, continuar la instrucción en el fuero común, contra VLADIMIRO MONTESINOS TORRES, un coronel del Ejército peruano en retiro y otros individuos, considerados "personas ajenas al operativo militar", argumentando que los "posibles ajusticiamientos extrajudiciales contra terroristas rendidos, configurarían un caso de violación a los derechos humanos tipificado como delito de lesa humanidad"<sup>4</sup>.

Tras haber declarado admisible la denuncia en relación con los artículos 1, inciso 1, 4, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>5</sup>, el 13 de diciembre de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH) presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH) el caso "Operación Chavín de Huántar"<sup>6</sup>. En octubre de 2012 la Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de Lima absolvió

- 
- 2 Respecto a los hechos, cf. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (en adelante: CSJ, Sala Penal Transitoria: R. N. 3521-2012, sentencia de 24 de julio de 2013; cf. también CIDH, 2011: Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y otros v. Perú ("Operación Chavín de Huántar"), caso 12.444, informe de fondo n.º 66/11 de 31 de marzo de 2011, párrafo 51 y ss.
  - 3 CSJ, Sala Penal Transitoria: contienda de competencia n.º 19/21-2002, decisión de 16 de agosto de 2002, punto resolutivo tercero.
  - 4 *Ibíd.*, punto resolutivo séptimo.
  - 5 Cf. CIDH, 2004: Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y otros v. Perú, informe de admisibilidad n.º 13/04 (136/03) del 27 de febrero de 2004.
  - 6 Cf. CIDH, 2011, *supra* n.º 2.



a los procesados<sup>7</sup>, entre ellos, VLADIMIRO MONTESINOS TORRES, reservando el juzgamiento respecto al coronel del Ejército peruano en retiro, JESÚS SALVADOR ZAMUDIO ALIAGA, quien no se había presentado al proceso. Esta sentencia fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia a través de fallo de 24 de julio de 2013<sup>8</sup>. El Alto Tribunal, después de haber establecido que a los hechos objeto de estudio no era aplicable el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional<sup>9</sup> (en adelante: AP/II), por no llenar los requisitos del artículo 1, inciso 1 de dicho tratado internacional, en la decimasexta fundamentación de su sentencia, no obstante, declaró:

[C]omo en el presente caso, los miembros del MRTA [...] tomaron directa o personal intervención en esta *acción terrorista de secuestro y toma en rehenes* (énfasis JMS), que es un delito permanente y, por tanto actual, en perjuicio de inocentes [...], *se tornaron en objetivos militares legítimos durante esa participación* (énfasis JMS), en aras de la ejecución de una operación de rescate<sup>10</sup>.

En este punto, la sentencia de la Corte Suprema pareciera errada. Al declarar que los captores se tornaron objetivos militares legítimos solo durante su participación en la toma de rehenes, la Corte da a entender que no considera a los captores como personas con una función continua de combate; más bien, se trataría de civiles. De tratarse en el caso de los captores, desde la perspectiva de la Corte Suprema,

7 Corte Superior de Justicia de Lima, Tercera Sala Penal Especial Liquidadora: exp. 26-2002, sentencia de 15 de octubre de 2012.

8 CSJ, R. N. 3521-2012, *op. cit. supra* n.º 2, decimasexta fundamentación.

9 "Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)", en: 1125 UNTS, n.º I-17.513, 609 (texto auténtico en inglés), 642 (texto auténtico en español).

10 CSJ R. N. 3521-2012, *op. cit. supra* n.º 2, decimasexta fundamentación.

de civiles, estos solo podrían tornarse en objetivos militares cuando participarían directamente en las hostilidades. En este caso, la posición de la Corte Suprema estaría contradiciendo la recomendación número v del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante: CICR), contenida en su "Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario" (en adelante: CICR/Guía)<sup>11</sup>, seguida ya en algunas legislaciones latinoamericanas<sup>12</sup>, y que explícitamente excluye la toma de rehenes del requisito del "umbral de daño" en su concepto de participación directa en hostilidades. Así, los captores de los rehenes en la residencia del embajador del Japón en Perú jamás podrían haberse tornado "*en objetivos militares legítimos*", pues se trataría, más bien, de una operación en el marco del Derecho de hacer cumplir la ley. Sin embargo, en lo que sigue, se demostrará que la CICR/Guía no puede oponerse a este resultado de la sentencia, al menos no de manera tajante, como se pretende hacer ver.

Ahora bien, para demostrarlo no basta con afirmar simplemente y de manera apodíctica lo opuesto al criterio jurídico del CICR. Se trata, por el contrario, de demostrar que la posición del CICR de no aceptar que la toma de rehenes llene el requisito del "umbral de daño" en su concepto de participación directa en hostilidades, carece de plausibili-

11 Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante: CICR), 2009, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, CICR, Ginebra, 2009, p. 46 y ss. (Recomendación n.º v).

12 Tal como es el caso del proyecto de ley estatutaria en Colombia que busca desarrollar el Acto Legislativo n.º 2 de 2012, del 27 de diciembre de 2012 (publicado en *Diario Oficial* 48.657, del 28 de diciembre de 2012), el cual en su exposición de motivos respecto al artículo 11 del proyecto de ley ("Participación directa en las hostilidades") afirma: "La definición propuesta en el artículo 11 recoge el criterio del comité de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja"; esta afirmación es de por sí ya equivocada, porque no se trata de un "criterio del comité de expertos", sino solo del propio Comité Internacional de la Cruz Roja (cf. *infra* n.º 110).

dad. Para ello se requiere analizar las condiciones materiales exigidas para autorizar el uso de la fuerza letal en el Derecho Internacional Humanitario (en adelante: DIH), sin necesidad de entrar aquí, atendiendo el objetivo fijado para la presente disertación, en el campo muy controvertido de la relación entre el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>13</sup>.

Las condiciones materiales para el uso de la fuerza letal en un conflicto armado no internacional (en adelante: CANI) son muy complejas<sup>14</sup>. Sin embargo, pueden sintetizarse de la siguiente manera: 1) En primer lugar, debe haber un conflicto susceptible de ser calificado como CANI. Una vez confirmada la existencia de un CANI, 2) el objetivo del uso de la fuerza letal debe considerarse como un objetivo militar, un término que incluye a combatientes y personas civiles que participan directamente en las hostilidades. Y, por último, 3), aun cuando el ataque esté dirigido contra un objetivo militar legítimo, su planeación debe llevarse a cabo de acuerdo con los límites del uso de la fuerza letal, incluyendo las debidas precauciones<sup>15</sup>. Para comprobar la hipótesis aquí formulada y que es objeto de la presente disertación, se procederá, en la medida de lo necesario, al análisis de las dos primeras condiciones arriba mencionadas.

Respecto a la base jurídica del DIH aplicable, debemos remitirnos en el DIH convencional al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra I-IV<sup>16</sup> (en adelante: CG/I-IV) y al

---

13 Cf. para una sinopsis CHRISTIAN TOMUSCHAT, "Human rights and international humanitarian law", *European Journal of International Law*, n.º 21, 2010, pp. 15-23.

14 MICHAEL N. SCHMITZ. "Human shielding in international humanitarian law", en 38 *IYHR*, 2008, p. 45.

15 *Ibíd.*, p. 46.

16 Cf. "Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y de los enfermos de las fuerzas armadas en campaña" (= Convenio de Ginebra I), en 75 *United Nations Treaty Series* (en adelante: UNTS), n.º 970, p. 31 (texto auténtico en inglés); "Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar" (= Convenio de Ginebra II),

AP/II que regulan el uso de la fuerza letal en un CANI, los cuales Perú ha ratificado<sup>17</sup>. El Derecho internacional convencional, sin embargo, es bastante rudimentario, y ofrece pocos detalles en relación con las normas que regulan el uso de la fuerza letal. Por lo tanto, el Derecho aplicable debe ser completado por el DIH consuetudinario, particularmente en lo que nos preocupa en esta disertación, por el principio de distinción.

## 2. CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

### 2.1 Marco jurídico

La determinación relativa a si los hechos del caso decidido en la sentencia "Operación Chavín de Huántar" de la Corte Suprema de Justicia del Perú sucedieron en una situación que puede ser calificada como CANI es crucial para aplicar a estos hechos el DIH. Aunque el Derecho internacional convencional ha establecido diferentes umbrales para su aplicación en un CANI<sup>18</sup>, entre el artículo 3 común CG/I-IV, por un lado, y el artículo 1 AP/II, por otro, no existe una

---

en 75 UNTS, n.º 971, p. 85 (texto auténtico en inglés); "Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra" (= Convenio de Ginebra III), en 75 UNTS, n.º 972, p. 135 (texto auténtico en inglés); "Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra" (= Convenio de Ginebra IV), en 75 UNTS, n.º 973, p. 287 (texto auténtico en inglés).

- 17 Los CG/I-IV fueron aprobados por resolución legislativa n.º 12.412 de 31 de octubre de 1955, con instrumento de ratificación depositado el 15 de febrero de 1956, en vigencia para el Perú a partir del 15 de agosto de 1956. El AP/II, suscrito el 12 de diciembre de 1977, aprobado por resolución legislativa n.º 25.029 de 23 de mayo de 1989, con instrumento de ratificación depositado el 14 de julio de 1989, en vigencia para el Perú a partir del 14 de enero de 1990.
- 18 Cf. la diferenciación del CICR entre el artículo 3 común CG/I-IV y el artículo 1 AP/II, CICR, 2008: *¿Cuál es la definición de "conflicto armado" según el Derecho Internacional Humanitario?* Documento de opinión, marzo de 2008 (mimeo), p. 3 y s.

definición general de “conflicto armado no internacional” en el Derecho convencional<sup>19</sup>.

### 2.1.1 Artículo 3 común CG/I-IV

Sin embargo, respecto al término “conflicto armado no internacional”, en el artículo 3 común CG/I-IV se ha aceptado que el umbral de aplicación del AP/II que figura en el artículo 1, inciso 2 AP/II y que excluye los disturbios y las tensiones internas del ámbito de un CANI, es procedente también para el mismo artículo 3 común CG/I-IV<sup>20</sup>. Esta posición se ve confirmada –aun en el ámbito del Derecho Penal Internacional (en adelante: DPI) como *regla secundaria* del DIH<sup>21</sup>– por la redacción del artículo 8, inciso 2, letra d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante: Estatuto de Roma)<sup>22</sup>, con relación al artículo 8,

19 Cf., sobre los dos diferentes enfoques en el Derecho internacional convencional, respecto a no definir por un lado y definir por otro, SANDESH SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, Oxford University Press (en adelante: OUP), Oxford et al., 2012a, p. 155 y ss.

20 SYLVIE-STOYANKA JUNOD, “Article 1” (AP/II), en YVES SANDOZ, CHRISTOPHE SWINARSKI y BRUNO ZIMMERMAN (eds.), *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987 (= *Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (protocolo I)*, Plaza & Janés, Bogotá, 2000; *Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II) y del artículo 3 de estos convenios*, Plaza & Janés, Bogotá, 1998), nn. 4473. Cf. también, aun sobre una base jurisdiccional dudosa, CIDIH, 1998, Juan Carlos Abella v. Argentina (“La Tablada”), caso 11.137, informe de fondo n.º 55/97 de 18 de noviembre de 1997, párrafo 151 y s.

21 Respecto a las implicaciones metodológicas de utilizar el concepto de “crímenes de guerra” del DPI con relación al DIH, entre otros, SIVAKUMARAN, 2012a, *op. cit. supra* n.º 19, p. 78 y ss.

22 “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en 2187 UNTS, n.º 1-38544, 90 (texto auténtico en inglés), 307 (texto auténtico en español), 503 (*corrigendum* en inglés), 515 (*corrigendum* en español).

inciso 2, letra c) del Estatuto que se refiere a violaciones graves del artículo 3 común CG/I-IV.

Ahora, para aplicar correctamente el artículo 3 común CG I-IV, se debe determinar si un cierto nivel de confrontación armada ha sido alcanzado. De acuerdo con la CIDH en el caso *Juan Carlos Abella v. Argentina* ("La Tablada"), el umbral extremo inferior de un CANI es alcanzado en confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados. Este tipo de confrontaciones deben ocurrir, además, dentro del territorio de un Estado en particular, en el que no necesariamente deben existir hostilidades generalizadas y a gran escala o una situación que pueda compararse con una guerra civil en la que grupos armados de disidentes ejerzan el control de partes del territorio nacional<sup>23</sup>. Así, a pesar de su brevedad, de aproximadamente 30 horas, la CIDH consideró que los hechos del caso "La Tablada" superaron el umbral de disturbios internos, para justificar la aplicación del DIH<sup>24</sup>.

De lo anterior surgen dos requisitos exigidos para determinar la existencia de un CANI: un nivel mínimo de intensidad y un nivel mínimo de organización de las partes. Esta regla general es compartida por el CICR<sup>25</sup>, la jurisprudencia internacional en materia penal<sup>26</sup>, por el mecanismo de ex-

23 CIDH, 1998: *Juan Carlos Abella v. Argentina* ("La Tablada"), *cit. supra* n.º 20, párrafo 152.

24 *Ibid.*, párrafo 156.

25 CICR: *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts. Report. 31st international conference of the Red Cross and Red Crescent*. Geneva, en 31IC/11/5.1.2, octubre de 2011, p. 9.

26 Cf. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (en adelante: ICTY, por sus siglas en inglés): *Prosecutor v. Tadic*, Judgment (Trial Chamber), case n.º IT-94-1-T, 7 de mayo de 1997, párrafo 561 y s.; así como también, por ejemplo; *id.*: *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgment (Appeals Chamber), case n.º IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párrafo 55; *id.*: *Prosecutor v. Stakic*, Judgment (Trial Chamber), case n.º IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, párrafo 566 y ss.; *id.*: *Prosecutor v. Milosevic*, Trial Chamber decision on motion for judgment of acquittal (98bis decision), case n.º IT-02-54-T, 16 de junio de 2004, párrafo 28; *id.*: *Prosecutor v. Limaj et al.*, Judgment (Trial Chamber),

peritos y relatores especiales de las Naciones Unidas<sup>27</sup> y por misiones de *fact-finding* tanto del sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas<sup>28</sup> como del mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Uni-

---

case n.º IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párrafo 84 y ss.; íd.: Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski, Judgment (Trial Chamber), case n.º IT-04-82, 10 de julio de 2008, párrafo 175 y ss.; íd.: *Prosecutor v. Dordevic*, Public judgment with confidential annex, volume 1 of 11 (Trial Chamber 11), case n.º IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, párrafo 1522; íd.: Prosecutor v. Haradinaj *et al.*, case n.º IT-04-84bis-T, Public judgment without confidential annex (Trial Chamber 11), 29 de noviembre de 2012, párrafo 393; International Criminal Tribunal for Rwanda (en adelante: ICTR, por sus siglas en inglés): Prosecutor v. Akayesu, Judgment (Trial Chamber 1), case n.º ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, p. 619 y ss.; íd.: Prosecutor v. Rutaganda, Judgment (Trial Chamber 1), case n.º ICTR-96-3-T, 6 de diciembre de 1999, párrafo 93; Special Court for Sierra Leone (en adelante: sCSL, por sus siglas en inglés): Prosecutor v. Brima *et al.*, Judgment (Trial Chamber 11), case n.º sCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, párrafo 244; íd.: Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Judgment (Trial Chamber 1), case n.º sCSL-04-14-T, 2 de agosto de 2007, párrafo 124; íd.: Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Judgment, case n.º sCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, párrafo 95; cf. también International Criminal Court (en adelante: ICC, por sus siglas en inglés): Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, case n.º ICC-01/04-01/06-803-TEN, 29 de enero de 2007, párrafo 233, e íd.: Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, case n.º ICC-01/04-01/06-2843, 14 de marzo de 2012, párrafo 535 y s., aunque con relación al artículo 8, inciso 2, *lit. (f)* del Estatuto de Roma y, por lo tanto, con relación a otras violaciones graves del DIH en un CANI, más allá del artículo 3 común CC/1-IV (cf. artículo 8, inciso 2, *lit. (e)* del Estatuto).

- 27 Cf., por ejemplo, Naciones Unidas (en adelante: ONU), 2010: *Report of the special rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Study on targeted killings*, en UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, párrafo 52; y ya antes, ONU, 2005a: *Report of the independent expert on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Robert K Goldman*, en UN Doc. E/CN.4/2005/103, 7 de febrero de 2005, párrafo 14.
- 28 Cf., entre otras, ONU, 2001: *Question of the violation of human rights in the occupied arab territories, including Palestine, report of the human rights inquiry commission established pursuant to commission resolution S-5/1 of 19 October 2000*, en UN Doc. E/CN.4/2001/121, 16 de marzo de 2001, párrafo 39; ONU, 2006: *Report of the commission of inquiry on Lebanon pursuant to human rights council resolution S-2/1*, en: UN Doc. A/HRC/3/2, 23 de noviembre de 2006, párrafo 51.

das<sup>29</sup>; también por la Comisión de Derecho Internacional<sup>30</sup>, la jurisprudencia nacional<sup>31</sup>, Comisiones de la Verdad<sup>32</sup> y por la academia<sup>33</sup>. Además, al haber sido sintetizada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante: ICTY, por sus siglas en inglés) en la fórmula de “violencia armada prolongada”<sup>34</sup>, del concepto CANI se descartan simples e insignificantes disturbios civiles, revueltas esporádicas o actos terroristas aislados<sup>35</sup>, sin ocasionar mayores implicaciones ni en un tercer requisito de cualificación adicional *ratione temporis*<sup>36</sup>, ni en el ámbito

29 ONU, 2005b: *Report of the international commission of inquiry on Darfur to the secretary-general, pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, en UN Doc. S/2005/60, 1 de febrero de 2005, párrafo 74.

30 Cf. la definición en el artículo 2, *lit.* (b) de los “Draft articles relating to the effects of armed conflicts on treaties”, en ONU, 2011a: *International law commission. Report on the work of its sixty-third session (26 April to 3 June and 4 July to 12 August 2011)*, en: UN GAOR, 56th Sess., Supp. n.º 10, UN doc A/66/10 and Add.1 (2011), 179 y s.

31 Cf. Corte Constitucional de Colombia (en adelante: CC Colombia), Sentencia C-291/2007 (M. P.: Cepeda), 25 de abril de 2007, apartado III.D.1; Tribunal de Asilo y de Inmigración del Reino Unido: *HH and others v. State for the Home Department* (2008), UKAIT 00022, párrafo 257; auditor militar de la Corte de Garrison Haut-Katanga (Congo), *Kyungu Mutanga case*, Referral decision, 10 de julio de 2007, p. 3 y s.

32 Comisión para el Esclarecimiento Histórico: *Guatemala, memoria del silencio*, tomo II, UNOPS, Guatemala, 1999, párrafo 1691; Truth and Reconciliation Commission: *Report of the Sierra Leone truth and reconciliation commission*, tomo I, 2004, párrafo 57; Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação de Timor Leste: *Chega. Report of the commission for reception, truth and reconciliation Timor-Leste*, parte II, 2005, párrafo 141 (mimeo).

33 International Law Association: *The Hague conference (2010): Use of force. Final report on the meaning of armed conflict in international law*, 2 (mimeo).

34 Así ICTY: *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (Appeals Chamber), case n.º IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párrafo 70. Cf. también Ministry of Defence (UK): *The joint service manual of the law of armed conflict*, Joint Doctrine and Concepts Centre, Shrivenham 2004 (Joint Service Publication 383), 29, nm. 3.3.

35 ICTY: *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Judgment (Appeals Chamber), case n.º IT-95-14/2-A, 17 diciembre 2004, párrafo 341.

36 Cf. ICTY: *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, case n.º IT-04-84-T, Judgment (Trial Chamber), 3 de abril de 2008, párrafo 49 y ss. Criticando la jurisprudencia del ICTY: *Prosecutor v. Tadic*, *cit. supra* n.º 34, como demasiado restrictiva en cuanto a un supuesto requisito de cualificación temporal, particularmente con



de la redacción –aparentemente diferente entre la letra d) y la letra f) del artículo 8, inciso 2– del Estatuto de Roma<sup>37</sup>. Igualmente se excluye un requisito de calificación adicional, como lo sería el control territorial, en contra de algunos informes de misiones de *fact-finding* de las Naciones Unidas<sup>38</sup>, que confunden la diferencia entre el valor indiciario del control territorial y un auténtico requisito de calificación de un CANI para la aplicación del artículo 3 común CC I-IV<sup>39</sup>.

Aunque ambos requisitos de calificación de un CANI se refieren, básicamente, a cuestiones de hecho que deben decidirse en cada caso en particular<sup>40</sup>, no hace falta orientación. De acuerdo con la Corte Penal Internacional (en adelante: CPI), al decidir si un grupo es un grupo armado organizado, la siguiente lista, no exhaustiva de factores indicativos, es potencialmente relevante: la capacidad de imposición o la jerarquía interna del grupo, la estructura de mando y las normas internas del grupo, por lo menos en la medida en que demuestren la capacidad de ejercer un cierto control sobre

---

referencia al caso CIDH, 1998: Juan Carlos Abella *v.* Argentina (“La Tablada”), *cit. supra* n.º 20; JEAN-FRANÇOIS QUÉGUINER, “Dix ans après la création du tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: évaluation de l’apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire”, en *85 Revue Internationale de la Croix-Rouge* (en adelante: RICC), 2003, p. 279.

- 37 La jurisprudencia de la CPI en el caso ICC: *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, *cit. supra* n.º 26, no ha cambiado esta posición; *cf.* SANDESH SIVAKUMARAN, “Identifying an armed conflict not of an international character”, en CARSTEN STAHN y GÖRAN SLUJTER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Nijhoff, Leiden y Boston, 2009, p. 377 y *ss.*, así como las referencias *infra* n.º 51 y 52.
- 38 ONU, 2005b, *cit. supra* n.º 29, párrafo 75; ONU, 2011b: *Report of the international commission of inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya*, en UN Doc. A/HRC/17/44, 1 de junio de 2011, párrafo 64.
- 39 Sobre esta diferencia, *cf.* CLAUS KRESS, “The 1999 crisis in East Timor and the threshold of the law on war crimes”, en *13 Criminal Law Forum*, 2002, p. 417.
- 40 ICTY: *Prosecutor v. Limaj et al.*, *cit. supra* n.º 26, párrafo 90; *id.*: *Prosecutor v. Dordevic*, *cit. supra* n.º 26, párrafo 1522; *id.*: *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, case n.º IT-04-84bis-T, *cit. supra* n.º 26, párrafo 393; ICTR: *Prosecutor v. Rutaganda*, *cit. supra* n.º 26, párrafo 93.

el grupo<sup>41</sup>; el equipo militar disponible, incluyendo armas de fuego; la fuerza o habilidad del grupo para planificar operaciones militares y ponerlas en práctica y, finalmente, la dimensión, firmeza e intensidad de cualquier actividad militar<sup>42</sup>.

Por otro lado, con el fin de evaluar la intensidad de un conflicto armado, el ICTY ha señalado como factores a tener en cuenta, entre otros: la firmeza de los ataques y el aumento potencial en los enfrentamientos armados, su extensión sobre el territorio y durante cierto tiempo, el aumento en el número de las fuerzas del gobierno y la movilización y distribución de armas entre las partes en conflicto<sup>43</sup>. Estos elementos son compartidos por la CPI<sup>44</sup>.

### 2.1.2 "Otras violaciones graves" del DIH

El término CANI, además de encontrarse en el artículo 3 común CG/I-IV<sup>45</sup>, también aparece como base para poder aplicar el concepto de "otras violaciones graves" del DIH, según el artículo 8, inciso 2, letra e) del Estatuto de Roma, refiriéndose a otras violaciones graves, diferentes a las del

---

41 Para que finalmente las obligaciones básicas del artículo 3 común CG/I-IV sean aplicables, de acuerdo con la ICTY: *Prosecutor v. Dordevic*, cit. *supra* n.º 26, párrafo 1525; íd.: *Prosecutor v. Boskoski*, cit. *supra* n.º 26, párrafo 196; íd.: *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, case n.º IT-04-84bis-T, cit. *supra* n.º 26, párrafos 393 y 395, así como también de acuerdo con el relator especial Philip Alston, ONU, 2010, op. cit. *supra* n.º 27, párrafo 52; cf., sin embargo, la discusión de MARCO SASSÒLI, "Introducing a sliding-scale of obligations to address the fundamental inequality between armed groups and states?", en *93 International Review of the Red Cross* (en adelante: *IRRC*), 2011, pp. 425-431, y YUVAL SHANY, "A rebuttal to Marco Sassòli", en: *93 IRRC*, 2011, pp. 432-436.

42 *icc: Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Judgment, cit. *supra* n.º 26, párrafo 537; *ICTY: Prosecutor v. Haradinaj et al.*, case n.º IT-04-84bis-T, cit. *supra* n.º 26, párrafo 395.

43 *ICTY: Prosecutor v. Haradinaj et al.*, case n.º IT-04-84bis-T, cit. *supra* n.º 26, párrafo 394.

44 *cc: Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Judgment, cit. *supra* n.º 26, párrafo 538.

45 Cf. artículo 8, párrafo 2, lit. (c) del Estatuto de Roma.

artículo 3 común CG/I-IV<sup>46</sup>. Esta norma del Estatuto de Roma, para fines del DPI, contiene reglas del DIH consuetudinario que se encuentran también en el AP/II<sup>47</sup>. Sin embargo, pese a que prácticamente todas las disposiciones en el artículo 8, inciso 2, letra e) del Estatuto de Roma encuentran apoyo en el texto del AP/II<sup>48</sup>, conviene subrayar que de ello no se deduce que el AP/II se puede aplicar por medio del tratado sin haber cumplido con las condiciones de su ámbito material de aplicación, de acuerdo con artículo 1, inciso 1, AP/II<sup>49</sup>.

Para la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 8, inciso 2, letra e) del Estatuto de Roma, el inciso 2, letra f) de la misma norma, recurre a la fórmula del artículo 1, inciso 2, AP/II, agregando esta misma letra f) en su segunda

46 Violaciones graves del artículo 3 común CG/I-IV.

47 Cf. CICR, 1998: *International committee of the red cross: Concerns on threshold for war crimes committed in noninternational armed conflicts as contained in the bureau proposal in document A/Conf.183/C.1/L.59 and corr.*, UN Doc A/CONF.183/INF/11, 13 de julio 1998, en: United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. Rome, 15 June - 17 July 1998. Official Records, Volume III (Reports and other documents), UN Doc A/CONF.183/13 (Vol. III), UN Sales n.º C.02.1.5, New York 2002, 226. Pareciera que son todas las normas cuya infracción es considerada "otra violación grave" del DIH, según el listado en el Artículo 8, inciso 2, lit. (e) del Estatuto; cf. el comentario a Rule 156, en: CICR, 2005: Henckaerts, Jean-Marie/Doswald-Beck, Louise (eds.): *Customary international humanitarian law*, tomo I (Rules = El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, tomo I, CICR, Buenos Aires 2007), Cambridge University Press (en adelante: CUP), Cambridge et al. 2005 (2009 reprinted with corrections), 591, 593, 597; esto aplicaría igualmente a los nuevos núm. (xiii), (xiv) y (xv) del Artículo 8, inciso 2, lit. (e) del Estatuto, según los comentarios a Rule 72, en: ibíd., 252 y s; Rule 70, en: ibíd., 239 y ss; Rule 77, en: ibíd., 270 y ss; sobre el estatus consuetudinario del AP/II cf. también ICTY: *Prosecutor v. Tadic*, cit. supra n.º 34, párrafo 117.

48 HERMAN VON HEBEL y DARRYL ROBINSON, "Crimes within the jurisdiction of the court", en ROY S. LEE (ed.), *Reflections on the International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, Kluwer, The Hague et al., 1999, p. 119.

49 Con poca precisión, WILLIAM A. SCHABAS, *An introduction to the international criminal court*, CUP, Cambridge et al., 2011, 4ª ed., p. 143, afirma que "[...] párrafos (e) y (f) aplican a CANI dentro del ámbito de aplicación del Protocolo II".

frase que “[...] (A)plica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

Llama la atención que esta fórmula, para aplicar el concepto de “violaciones graves” del DIH, haya introducido como elemento del CANI la existencia de un “conflicto armado prolongado” en vez de la terminología utilizada por el ICTY de “violencia armada prolongada”, a pesar de haber tomado este elemento de la jurisprudencia del ICTY<sup>50</sup>. Ahora bien, a pesar de esta diferencia, según la jurisprudencia de la CPI, con la redacción del artículo 8, inciso 2, letra f) del Estatuto, no se creó un umbral de aplicación del artículo 8, inciso 2, letra e) del Estatuto, diferente o más restrictivo del umbral establecido por la jurisprudencia del ICTY<sup>51</sup>.

Por ello, el umbral más bajo de aplicación del AP/II es el mismo del artículo 1, inciso 2 del Estatuto de Roma, tanto para la aplicación del artículo 3 común CG/I-IV como para la aplicación del concepto de “otras violaciones graves” del

50 VON HEBEL y ROBINSON, *op. cit. supra* n.º 48, 121, n.º 115.

51 Cf. ICC: Prosecutor *v.* Lubanga Dyilo, Judgment, *cit. supra* n.º 26, párrafo 534 y ss., con referencia a Prosecutor *v.* Lubanga Dyilo, Decision, *cit. supra* n.º 26, párrafo 233 y, a pesar de ser fuera de la jurisdicción del Estatuto de Roma, la interpretación del ICTY: Prosecutor *v.* Limaj *et al.*, Judgment (Trial Chamber), case n.º IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párrafo 87, con referencia a varios comentaristas del Estatuto; cf. también en este sentido la explicación del legislador alemán respecto a la implementación del Artículo 8 del Estatuto al Artículo 8 del Código de Derecho Penal Internacional (“Völkerstrafgesetzbuch”, en adelante: vstgb, por sus siglas en alemán) *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, en: Deutscher Bundestag, Drucksache 14/8524, del 13 de marzo de 2002, 25, con referencia a ICTY: Prosecutor *v.* Tadić, Decision, *cit. supra* n.º 34, párrafo 70; además, sin embargo, antes de la sentencia en el caso Prosecutor *v.* Lubanga Dyilo, la posición de la Segunda Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Prosecutor *v.* Bemba Gombo, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the rome statute on the charges of the prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo (Pre-Trial Chamber II), case n.º ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párrafo 235, señalando que “conflicto armado prolongado” puede ser interpretado como umbral más alto o adicional al Artículo 8, inciso 2, *lit.* (d) del Estatuto.

DIH<sup>52</sup>. La introducción de una tercera categoría de CANI, entre el umbral de aplicación del artículo 3 común CG/I-IV y el del AP/II, sin que sus relaciones estén firmemente establecidas, lejos de contribuir a una aplicación estable y uniforme del DIH, introduciría un elemento de complejidad e incertidumbre adicional, que no hace parte del interés manifestado por los Estados. Por eso, a pesar de los intereses particulares de una minoría de Estados en el proceso de génesis del Estatuto de Roma<sup>53</sup>, no hay ninguna razón objetiva para llevar a cabo una restricción temporal con relación a la determinación de un CANI<sup>54</sup>, como tampoco existe un requisito de calificación adicional de control territorial<sup>55</sup> ni de una “dirección de un mando responsable”<sup>56</sup>.

---

52 En el mismo sentido, THEODOR MERON, *War crimes law comes of age*, Clarendon Press, Oxford *et al.*, 1998, p. 309, y THEODOR MERON, “Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court”, en HERMAN VON HEBEL, JOHAN G. LAMMERS y JOLIE SCHUKKING (eds.), *Reflections on the International Criminal Court*, Asser, The Hague, 1999, p. 54, así como GERHARD WERLE, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 3.ª ed., p. 478 y s., nm. 1076, con muchas referencias en el mismo sentido y, aun menos detallado, ya *id.*, *Principles of international criminal law*, Asser, The Hague, 2005, p. 829. En cambio, algunos mantienen que el umbral de aplicación del artículo 8, inciso 2, *lit.* (e) del Estatuto sí es diferente, diferenciando de esta manera entre un CANI *simpliciter* y uno “prolongado”, tal como es el caso de MICHAEL COTTER, “Article 8. Introduction/general remarks”, en OTTO TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers notes, article by article*, Beck *et al.*, München *et al.*, 2008, 2.ª ed., 290, nm. 5, y KAI AMBOS, *Nociones básicas del Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 70 y ss.

53 Cf. SIVAKUMARAN, *op. cit. supra* n.º 37, 2009, p. 371 y ss.

54 QUÉGUINER, *op. cit. supra* n.º 36, 281.

55 ICC: Prosecutor *v.* Bemba Gombo, *cit. supra* n.º 51, párrafo 236, y Prosecutor *v.* Lubanga Dyilo, Judgment, *cit. supra* n.º 26, párrafo 536.

56 Prosecutor *v.* Lubanga Dyilo, Judgment, *cit. supra* n.º 26, párrafo 536, n.º 1634, con referencia a Prosecutor *v.* Lubanga Dyilo, Decision, *cit. supra* n.º 26, párrafo 232 y s., por un lado, y Prosecutor *v.* Bemba Gombo, *cit. supra* n.º 51, párrafo 234, por el otro.

### 2.1.3 Artículo 1, inciso 1 AP/II

Además, si bien la distinción entre el artículo 3 común CG/I-IV y “otras violaciones graves” del DIH por un lado y el AP/II por otro es actualmente de poca relevancia porque la aplicación del artículo 3 común CG/I-IV prevalece en la práctica<sup>57</sup>, el AP/II podría ser aplicable de forma paralela a las disposiciones del artículo 3 común CG/I-IV y del concepto de “otras violaciones graves” del DIH.

El campo de aplicación del AP/II es más estrecho que el del artículo 3 común CG/I-IV y del concepto de “otras violaciones graves” del DIH, también en el ámbito del Estatuto de Roma<sup>58</sup>, porque el artículo 1, inciso 1, AP/II restringe el ámbito de aplicación del AP/II a conflictos armados “que se desarrollen [...] entre [...] 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* (énfasis JMS) operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

Esta definición tiene una consecuencia fundamental. En circunstancias bajo las cuales se satisfagan las condiciones del artículo 1, inciso 1, AP/II, se aplican tanto el AP/II como el artículo 3 común CG/I-IV y el concepto de “otras violaciones graves” del DIH. Pero si el conflicto no contiene los elementos característicos requeridos por el AP/II, entonces se aplican solo el artículo 3 común CG/I-IV y el concepto de “otras violaciones graves” del DIH. Este último caso se configura cuando varias facciones se enfrentan sin intervención de las fuerzas armadas gubernamentales o, como sucede frecuentemente, al inicio de un conflicto armado<sup>59</sup>.

57 Cf. GARY D. SOLIS, *The law of armed conflict*, CUP, Cambridge et al., 2010, p. 130.

58 CC: Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Judgment, cit. supra n.º 26, párrafo 536.

59 SYLVIE-STOYANKA JUNOD, “Article 1” (AP/II), en CICR, 1987, op. cit. supra n.º 20, nm. 4461 y 4469.

Respecto al requisito de calificación “bajo la dirección de un mando responsable”, el umbral de aplicación del AP/II es más alto que el nivel mínimo de organización de las partes necesario para la aplicación del artículo 3 común CG/I-IV y del concepto de “otras violaciones graves” del DIH<sup>60</sup>. Así, mientras que, en este último caso, el nivel de organización de los “grupos armados organizados” debe ser el suficiente, como para estar en condiciones de llevar a cabo la “violencia armada prolongada”<sup>61</sup>, en el caso del artículo 1, inciso 1, AP/II se requiere un nivel de organización suficiente para poder concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, para poder imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho<sup>62</sup>.

Con relación al requisito de calificación de control territorial del artículo 1, inciso 1, AP/II, como condición para poder concebir y realizar operaciones militares sostenidas y concertadas así como aplicar efectivamente las normas del AP/II, es importante señalar que el dominio territorial tiene a veces un carácter relativo; por ejemplo, cuando los centros urbanos permanecen en poder gubernamental, mientras que las zonas rurales escapan a su autoridad<sup>63</sup>. En la práctica, si los grupos armados insurrectos están organizados según las exigencias del AP/II, la parte del territorio que pueden pretender dominar será la que escape al control de las fuerzas armadas gubernamentales. Se necesitará, no obstante, cierta estabilidad en el control de una porción del territorio, aunque sea modesta<sup>64</sup>.

Finalmente, igual que en el caso del criterio de “violencia armada prolongada” o “conflicto armado prolongado”,

---

60 ICC: Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Judgment, *cit. supra* n.º 26, párrafo 536.

61 *Ibid.*

62 JUNOD, *op. cit. supra* n.º 59, nm. 4463.

63 *Ibid.*, nm. 4466; cf. también SASSÒLI, 2011, *op. cit. supra* n.º 41, p. 430 y s.

64 *Ibid.*, nm. 4467.

utilizado para delimitar la aplicación del artículo 3 común CG/I-IV o el concepto de “otras violaciones graves” del DIH, en el caso del criterio “operaciones militares sostenidas y concertadas” del artículo 1, inciso 1, AP/II, se trata de una variable dependiente (“[...] tal que les *permita* realizar [...]”) de un indicio objetivo y no de un requisito adicional de cualificación *ratione temporis*<sup>65</sup>, para establecer la existencia de un CANI en el ámbito del AP/II<sup>66</sup>.

## 2.2 Hechos

Aplicando el marco jurídico analizado a los hechos sucedidos en 1996-1997 en la ciudad de Lima respecto del caso decidido en la sentencia “Operación Chavín de Huántar” de la Corte Suprema de Justicia del Perú, surgen las siguientes consideraciones.

### 2.2.1 Contexto

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que, para determinar si los hechos sucedidos en 1996-1997 en Lima califican como sucesos ocurridos en el marco de un CANI, no basta constatarse que estos se hayan cometido en un periodo en el cual hubo “decenas de miles de personas muertas en un contexto de violencia armada y varios miles de heridos o mutilados” en el Perú<sup>67</sup>. Además, si bien

65 Cf., si bien respecto al “control territorial”, sobre la diferencia sistemática entre un auténtico requisito de cualificación y el factor indicativo de un hecho para determinar una situación KRESS CANI, *op. cit. supra* n.º 39, p. 417.

66 QUÉGUINER, *op. cit. supra* n.º 36, p. 281: tal requisito de cualificación *ratione temporis* es desconocido en el DIH; cf. también JUNOD, *op. cit. supra* n.º 59, nm. 4469, que afirma que los criterios de duración e intensidad no se tuvieron en cuenta como tales en la definición, porque habrían introducido un elemento subjetivo.

67 Cf., sin embargo, Comisión de la Verdad y Reconciliación (en adelante: CVR), *Informe final*, tomo 1, CVR, Lima, 2003, p. 204.



el contexto general del Perú podría eventualmente en los años 1996-1997 ostentar, en algunas regiones del país<sup>68</sup>, elementos de un CANI<sup>69</sup>, se debe determinar, con base en la buena fe y el estudio objetivo de los hechos del caso en concreto, si en el suceso específico la confrontación violenta habría alcanzado, tanto respecto a su intensidad como a la organización de las partes involucradas, el nivel mínimo que califica estos hechos como sucesos parte de un CANI<sup>70</sup>.

### 2.2.2 Nivel de organización

En cuanto a la capacidad de control en el interior del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) en el momento de la incursión del grupo del MRTA en la residencia del embajador de Japón en Lima el 17 de diciembre de 1996, se puede constatar lo siguiente:

El MRTA, como grupo armado de decisión y mando altamente centralizados desde su fundación<sup>71</sup>, había sufrido cuatro años antes de los hechos varias separaciones<sup>72</sup> y un golpe rotundo dos años antes con la detención de uno de sus máximos dirigentes, Miguel Rincón Rincón, alias "comandante Francisco"<sup>73</sup>. Sin embargo, la organización siguió bajo el mando de Néstor Cerpa Cartolini, alias "comandante Evaristo", con una jerarquía interna y estructura de mando, generando un grado de disciplina con habilidad para planificar y poner en práctica esos planes, de tal manera que

68 Cf. *ibíd.*, p. 144 y ss.

69 Sin embargo, cf. en *ibíd.*, p. 76, el subtítulo "contrasubversión sin subversión" que describe de manera significativa el asalto a la residencia del embajador japonés en Lima como una de "[L]as últimas acciones de gran impacto de la guerra interna".

70 Cf. СІДН, 1998: Juan Carlos Abella v. Argentina ("La Tablada"), *cit. supra* n.º 20, párrafo 153.

71 *CVR, op. cit. supra* n.º 67, tomo I, p. 79, y tomo II, p. 386 y ss.

72 *Ibíd.*, tomo II, p. 420 y ss., 431.

73 *Ibíd.*, tomo IV, p. 465.

el grupo contó con la capacidad requerida para diseñar, programar y ejecutar de forma detallada y perfeccionista la incursión en la residencia del embajador japonés y la toma de rehenes que duró en total 127 días<sup>74</sup>. La dimensión, firmeza e intensidad con las que el grupo ejecutó su plan, bajo el mando de Néstor Cerpa Cartolini, así como también el armamento utilizado<sup>75</sup>, fueron de tal calidad que su nivel de organización militar puede ser considerado suficiente para calificar su confrontación violenta con las fuerzas del Estado peruano como suceso perteneciente al contexto propio de un CANI.

### 2.2.3 *Intensidad*

El desenlace en la residencia del embajador japonés el 22 de abril de 1997 marcó prácticamente la desaparición del MRTA en el escenario nacional<sup>76</sup>. Anteriormente, tanto el número de integrantes del MRTA como el número de enfrentamientos armados con las fuerzas del Estado peruano y su extensión sobre el territorio en el periodo 1996-1997, se habían reducido drásticamente<sup>77</sup>, sobre todo en comparación con la situación entre 1989 y 1992<sup>78</sup> y, en menor medida, entre 1992 y 1995<sup>79</sup> en general en el Perú, y en la región Lima metropolitana, zona central (incluyendo a San Isidro), en especial<sup>80</sup>. Sin embargo, es posible afirmar que los hechos aquí objeto de análisis alcanzan el umbral mínimo para ser calificados como sucesos parte de un CANI, teniendo en cuenta el número de efectivos que participaron en el enfrentamiento, la distri-

---

74 Cf. por todo *ibíd.*, tomo VII, p. 719 y ss.

75 AKM, UZI, RPG, pistolas, revólveres, granadas de mano, explosivos y máscaras antigás, según *ibíd.*, tomo VII, 720.

76 *Ibíd.*, tomo II, p. 424.

77 *Ibíd.*, tomo II, p. 423 y s.

78 *Ibíd.*, tomo I, p. 71 y ss., y tomo II, p. 410 y ss.

79 *Ibíd.*, tomo II, p. 420 y ss.

80 Cf. por todo *ibíd.*, tomo IV, p. 412 y ss.

bución de armas entre ambas partes, su firmeza militar y la naturaleza y grado de violencia armada empleada.

### 2.3 Resultado

De lo anterior surge que tanto el nivel de organización como la intensidad de los hechos fallados por la Corte Suprema de Justicia del Perú en la sentencia "Operación Chavín de Huántar" alcanzan el umbral mínimo que califica estos hechos como sucesos parte de un CANI. Por lo tanto, si bien este suceso significó al mismo tiempo la desaparición del MRTA del escenario nacional, deben ser clasificados como parte de una "violencia armada prolongada" que se inicia en los años 1980, a la cual se aplica tanto el artículo 3 común CG/I-IV como, en la medida en que, ya en 1997, hacían parte otras normas del DIH consuetudinario<sup>81</sup>, desde luego, sin que lo anterior surtiera efectos sobre el estatuto jurídico del MRTA (artículo 3 común CG/I-IV *in fine*), efectos referidos, sobre todo, al Derecho del Estado peruano a perseguir judicialmente, juzgar y condenar a los miembros del MRTA<sup>82</sup>. Ahora bien, ante la debilidad del MRTA en 1996-1997, no aplican las normas del AP/II, sobre todo por carecer del control territorial necesario<sup>83</sup>.

---

81 Cf. la comunicación del 13 de julio de 1998 del CICR, 1998, *op. cit. supra* n.º 47.

82 Cf. el comentario al artículo 3 común CG/I-IV en CICR, 1952: JEAN PICTET (ed.), *Les conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire*, tomo I (*La convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*) CICR, Genève 1952, p. 65 (article 3) (= tomo II, 1959: *La convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, p. 36; tomo III, 1958: *La convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, p. 50; tomo IV, 1956: *La convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, p. 50).

83 La CVR, *op. cit. supra* n.º 67, tomo I, p. 205, no opinó sobre la aplicación del AP/II por no considerarse competente.

### 3. PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

Una vez establecido que los hechos del caso decidido en la sentencia “Operación Chavín de Huántar” de la Corte Suprema de Justicia del Perú son parte de un CANI, debe analizarse si los captores de los rehenes en la residencia del embajador del Japón podían tornarse en objetivos militares, tal como la Corte afirma en su sentencia. El marco normativo para resolver esta pregunta es el principio de distinción.

El principio de distinción obliga a las partes en conflicto a diferenciar en todo momento entre civiles y combatientes. Este principio no se encuentra consagrado ni en el texto del artículo 3 común CG/I-IV ni en el AP/II. Solamente el artículo 48 del AP/I<sup>84</sup> hace referencia a este, al establecer que las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes; entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares. El principio de distinción es de carácter consuetudinario y se aplica al CANI<sup>85</sup>. El principio tiene como objetivo proteger a la población civil de ataques indiscriminados<sup>86</sup>. Así, mientras que los civiles no deben ser atacados, por el contrario, los miembros de las fuerzas armadas sí podrán serlo<sup>87</sup>.

84 “Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)”, en 1125 UNTS, n.º 1-17.512, 3 (texto auténtico en inglés), 214 (texto auténtico en español), 272 (texto auténtico en francés); suscrito el 12 de diciembre de 1977, aprobado por resolución legislativa n.º 25.029 de 23 de mayo de 1989, con instrumento de ratificación depositado el 14 de julio de 1989, en vigencia para el Perú a partir del 14 de enero de 1990.

85 Rule 1, en CICR, 2005, *op. cit. supra* n.º 47, tomo I, pp. 3-8, y tomo II, p. 3-133; cf. también cc Colombia, Sentencia C-291/2007 (M. P.: Cepeda), *op. cit. supra* n.º 31, apartado III.D.3.2: “[...] forma parte del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, y tiene en sí misma el rango de *ius cogens*”.

86 Rule 11 y Rule 12, en CICR, 2005, *op. cit. supra* n.º 47, tomo I, pp. 37-43, y tomo II, pp. 247-296.

87 Rule 1, 2.ª frase, en *ibid.*, tomo I, pp. 5-8, y tomo II, pp. 15-22; cf. también CIDH, 1998: Juan Carlos Abella v. Argentina (“La Tablada”), *cit. supra* n.º 20, párrafo 178.

### 3.1 Civil *vs.* miembro de fuerzas armadas

“Civiles” son las personas que no son miembros de las fuerzas armadas<sup>88</sup>. Tratándose de un CANI, la práctica es ambigua al momento de determinar si los miembros de grupos armados de oposición son considerados miembros de las fuerzas armadas o civiles<sup>89</sup>. Los miembros de los grupos armados de oposición no pertenecen a “fuerzas armadas” gubernamentales, y por lo tanto, en esa medida, no pierden su condición de “civiles”.

Sin embargo, el término “fuerzas armadas” puede ser ampliado para incluir también a “grupos armados organizados”<sup>90</sup>. Así, las personas pertenecientes a fuerzas armadas o grupos armados podrían ser atacadas en todo tiempo<sup>91</sup>, salvo que hayan depuesto las armas o estén fuera de combate (*arg.* artículo 3 común, inciso 1 CG/1-IV). Por otro lado, si los miembros de un grupo armado organiza-

88 Rule 5, en *ibíd.*, tomo I, pp. 17-19, y tomo II, pp. 100-107.

89 *Ibíd.*, p. 17.

90 Así, ICJY: *Prosecutor v. Galic*, Judgment (Trial Chamber I), case n.º IT-98-29-T, 5 de diciembre de 2003, párrafo 47, y asimismo cc Colombia, Sentencia C-291/2007 (M. P. Cepeda), *op. cit. supra* n.º 31, apartado III.D.3.3.2. *Cf.* también el documento de referencia, producido por Nils Melzer, asesor jurídico del CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 27 y ss. (Recomendación n.º 11), con reserva que el término “fuerzas armadas” en esta publicación institucional del CICR incluye “grupos organizados armados” solo para fines del concepto de “participación directa en las hostilidades” y no para fines relativos a las consecuencias de la participación directa de una persona en las hostilidades, una vez que está en el poder del adversario (*ibíd.*, p. 7). Esta argumentación es arriesgada. A pesar de la advertencia cautelar en cuanto a su ámbito de aplicación, corre el riesgo de considerar a los participantes directos como una categoría aparte, de lo que se puede desprender que no tienen derecho a las protecciones de las cuales gozan personas civiles, sobre todo durante su detención, en el marco del CG/IV, tal como reafirma el exasesor jurídico del Departamento del Estado de los EEUU la posición del gobierno de George W. Bush en la materia, JOHN B. BELLINGER III y VIJAY M. PADMANABHAN, “*Detention operations in contemporary conflicts: Four challenges for the Geneva conventions and other existing law*”, en *105 American Journal of International Law* (en adelante: AJIL), 2011, p. 218 y s.

91 *Cf.* el comentario a Rule 6, en CICR, 2005, *op. cit. supra* n.º 47, tomo I, p. 19.

do fueran considerados civiles y gozaran de la respectiva protección<sup>92</sup>, estarían amparados contra el ataque, salvo que participaran directamente en hostilidades y mientras dure tal participación<sup>93</sup>; *tertium non datur*: “combatientes ilegales”<sup>94</sup>.

### 3.2 Participación en las hostilidades (PDH)

Suponiendo que a los miembros de un grupo armado organizado de un CANI se les considerara como civiles, de acuerdo con el DIH consuetudinario perderían la protección cuando participen directamente en las hostilidades<sup>95</sup>.

- 
- 92 *Ibid.* Pero *cf.* Corte Suprema de Justicia de Israel (en adelante: csj Israel): *Public committee against torture in Israel and palestinian society for the protection of human rights and the environment v. Israel et al.*, HCJ 769/02, Judgment, 13 de diciembre de 2006, en *International Law in Domestic Courts - Oxford Law Reports* (en adelante: ILDC), p. 597 (II. 2006), párrafo 26.
- 93 Rule 6, en CICR, 2005, *op. cit. supra* n.º 47, tomo I, pp. 19-24, y tomo II, pp. 107-133.
- 94 *Cf.* sobre todo el párrafo 948a (1)(A) del Military Commissions Act of 2006, publicado en: *United States Statutes at Large*, tomo 120 (109th Congress, 2nd Session), United States Government Printing Office, Washington, 2007, p. 2600. En esencia, hoy el término se refiere a personas que toman parte directa en las hostilidades, a pesar de que no cumplan con la definición del combatiente en el DIH; *cf.* YORAM DINSTEIN, “Distinction and loss of civilian protection in international armed conflicts”, en *38 Israel Yearbook on Human Rights* (en adelante: IYHR), 2008, p. 8, refiriéndose a YORAM DINSTEIN, “Unlawful combatancy”, en *32 IYHR*, 2002, pp. 247-270, *passim*. *Cf.* también la explicación de las consecuencias jurídicas de tal calificación por YORAM DINSTEIN, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, CUP, Cambridge *et al.*, 2004, p. 29 y s., quien señala que “[É]l es un combatiente en el sentido de que puede ser un blanco legítimo del enemigo, pero no puede reclamar los privilegios que correspondan a la beligerancia lícita. Tampoco disfruta de los beneficios de la condición de civil”, refiriéndose a la sentencia del caso de la Corte Suprema de EEUU: *Ex parte Quirin et al.*, de 1942, en 317 US SUPREME COURT REPORTS, n.º 1, p. 30 y s. En contra de la creación de una tercera categoría, *cf.* csj Israel: HCJ 769/02, *cit. supra* n.º 92, párrafo 28, así como csj Israel: *A and B v. Israel*, CrimA 6659/06 *et al.*, Judgment, 11 de junio de 2008, en: ILDC 1069 (II. 2008), párrafo 12 *in fine*, ubicando el término “combatiente ilegal” como “subcategoría” en la categoría “civil”.
- 95 *Cf.* el comentario a Rule 6, en: CICR, 2005, *op. cit. supra* n.º 47, tomo I, p. 21; así, por ejemplo, CIDH, 1998: *Juan Carlos Abella v. Argentina* (“La Tablada”), *cit. supra* n.º 20, párrafo 178; csj Israel: CrimA 6659/06 *et al.*, *cit. supra* n.º 94,

### 3.2.1 Definición de la Guía del CICR

La “participación directa en las hostilidades” no solo no está definida en el DIH convencional o consuetudinario. Además, parece estar rodeada de un elemento de confusión adicional. Mientras que el artículo 13, inciso 3, AP/II utiliza el término participación “directa”, el artículo 3 común CG/I-IV utiliza el término participación “activa”. Desde que la sentencia de la CPI en el caso *Prosecutor v. Lubanga Dyilo* afirmó que la expresión “participar activamente en las hostilidades” es opuesta a la expresión “participación directa”<sup>96</sup>, no está claro si los vocablos “directa” y “activa” se pueden entender como sinónimos<sup>97</sup>. Sin embargo, todo indica que la CPI solo se pronunció de forma ambigua<sup>98</sup>, sin que sus conclusiones afectasen la equivalencia entre “participación directa” y “participación activa”, dado que estas no se basan en la diferencia entre ambos términos en el DIH y el DPI en general, sino en el propio DIH referido a la materia especial<sup>99</sup> de protección de niñas y niños en con-

---

párrafo 30; cc Colombia, Sentencia C-291/2007 (M. P.: Cepeda), *op. cit. supra* n.º 31, apartado III.D.3.3.2.2.

96 Cf. por el otro lado ICC: *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Judgment, *cit. supra* n.º 26, párrafo 627 y s., con referencia en el párrafo 622 a scsl (Sala II de Primera Instancia); *Prosecutor v. Brima et al.*, *cit. supra* n.º 26, párrafo 736.

97 Cf. por un lado CIJH, 1998: *Juan Carlos Abella v. Argentina* (“La Tablada”), *cit. supra* n.º 20, párrafo 176, así como ICTY: *Prosecutor v. Strugar*, Judgment (Appeals Chamber), case n.º I T-01-42-A, 17 de julio de 2008, párrafo 173; ICTR: *Prosecutor v. Akayesu*, *cit. supra* n.º 26, párrafo 629 y scsl (Sala I de Primera Instancia); *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, *cit. supra* n.º 26, párrafo 131, en que afirma que los términos son sinónimos; cf. también en este sentido CSJ ISRAEL: HCJ 769/02, *cit. supra* n.º 92, párrafo 34.

98 Cf. el análisis de ROMAN GRAF, “The International Criminal Court and child soldiers”, en *10 Journal of International Criminal Justice* (en adelante: JICJ), 2012, p. 960 y ss.

99 Cf. la aclaración de COTTIER, *op. cit. supra* n.º 52, p. 470 y s., nm. 229, basada en los *travaux préparatoires*, en cuanto a la norma de referencia en el DIH del tipo penal en el artículo 8, inciso 2, lit. (b) (xxvi) del Estatuto de Roma, o sea, al artículo 4, inciso 3, lit. (c) AP/II, el que, en particular, contrario al artículo 77, inciso 2 AP/I, excluye *cualquier* participación de niñas y niños en las

flictos armados, así como en la *ratio legis* del tipo penal<sup>100</sup> respecto al bien jurídico tutelado de la integridad de niñas y niños en conflictos armados<sup>101</sup>.

Existen dos posiciones extremas en torno al significado de “participación directa en las hostilidades” (en adelante: PDH). Mientras que la comprensión de la expresión PDH que la concibe únicamente como participación en combates es demasiado estrecha, un concepto que incluye la participación en cualquier actividad militar resulta demasiado amplio<sup>102</sup>. Ante esta situación, como una definición clara y uniforme de PDH no se ha desarrollado en la práctica de los Estados<sup>103</sup>, no hay otra salida que encontrar una solución caso por caso, reduciendo paso a paso las discrepancias<sup>104</sup>. Cualquier solución, sin embargo, debe estar basada en criterios objetivos.

Una aproximación a elementos objetivos, constitutivos de PDH y que encuentra apoyo en el Comentario (no obligatorio) del CICR al AP/I y al AP/II de 1987<sup>105</sup>, ofrece la posición de la

hostilidades; cf. también la crítica al voto separado y parcialmente en disidencia del juez Mutanga Itoe en ICC: *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, *cit. supra* n.º 26, anexo, párrafo 12, así como SANDESH SIVAKUMARAN, *War crimes before the special court for Sierra Leone: Child soldiers, hostages, peacekeepers and collective punishments*, 8 JICJ, 2012b, p. 1019 y s.

- 100 Cf. la aclaración de WERLE, 2005, *op. cit. supra* n.º 52, 333, nm. 983, sobre la *ratio legis* del tipo penal en el artículo 8, inciso 2, *lit.* (b) (xxvi) del Estatuto de Roma y el alcance del concepto de “participación activa” correspondiente en este tipo penal (cf. ya antes *id.*, 2002: *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, 1.ª ed., p. 367, nm. 968).
- 101 Cf. GRAF, *op. cit. supra* n.º 98, 963 y ss., así como KAI AMBOS, “The first judgment of the international criminal court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues”, en *12 International Criminal Law Review*, 2012, p. 137.
- 102 Cf. JEAN DE PREUX, Article 43 (AP/I), en CICR, 1987, *op. cit. supra* n.º 20, nm. 1679.
- 103 Cf. el comentario a Rule 6: CICR, 2005, *op. cit. supra* n.º 47, tomo I, p. 23.
- 104 CSJ Israel: HCJ 769/02, *cit. supra* n.º 92, párrafo 34, refiriéndose a ICTY: *Prosecutor v. Tadic*, *cit. supra* 26 (sin citar expresamente el párrafo 616 de la sentencia).
- 105 JEAN DE PREUX, Article 43 (AP/I), en CICR, 1987, *op. cit. supra* n.º 20, nm. 1679,



CIDH, expresada en 1999. Según la CIDH<sup>106</sup>, la PDH se refiere a actos que, por su naturaleza y propósito, buscan infligir un daño a personal o material enemigo. Tal participación también sugiere una relación causal directa entre la actividad en desarrollo y el daño causado al enemigo en el tiempo y lugar en que la actividad se lleva a cabo<sup>107</sup>.

Una variante de esta posición de la CIDH se encuentra más elaborada en la “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario” (en adelante: CICR/Guía) del CICR<sup>108</sup>. Si bien la determinación de los elementos objetivos constitutivos de PDH en la recomendación n.º v de la CICR/Guía solo refleja la posición del CICR, por lo que esta posición no es, ni puede ser, de obligatorio cumplimiento<sup>109</sup>, es importante señalar que aun para los expertos que han sido muy críticos respecto a otros apartes de la CICR/Guía<sup>110</sup>, en principio, los elementos de la definición de PDH ofrecida en la CICR/Guía son menos controvertidos<sup>111</sup>. Así, la única crítica que se le hace, más que referida a los elementos *per se*,

y CLAUDE PILLOUD y JEAN PICTET, Article 51 (AP/1), en CICR, 1987, *cit.*, nm. 1942 y ss.

106 CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, p. 95, párrafo 53.

107 *Ibíd.*

108 CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11.

109 Como se señala de forma general en *ibíd.*, p. 6 y s.

110 Las controversias en las sesiones de expertos reunidos para la redacción de la CICR/Guía, en particular en torno del borrador de la Guía, eran de tal calidad que una parte considerable de ellos decidió retirar su nombre del proyecto, por lo que el CICR decidió publicar la Guía sin los nombres de los expertos; cf. MICHAEL N. SCHMITT, “The interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities: A critical analysis”, 1 *Harvard National Security Journal*, 2010, pp. 7-44, 6; PARKS W. HAYS, “Part IX of the ICRC “direct participation in hostilities” study: No mandate, no expertise, and legally incorrect”, 42 *Journal of International Law and Politics* (en adelante: *JILP*), 2010, p. 783 y s.

111 SCHMITT, 2010a, *op. cit. supra* n.º 110, p. 43, y SCHMITT, 2010b: “The interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities: A critical analysis”, 42 *JILP*, 2010, p. 738.

tiene relación con el alcance de estos elementos<sup>112</sup>, es decir, contra lo que el CICR identifica como “umbral de daño”, “causalidad directa” y “nexo beligerante”<sup>113</sup>.

En cuanto al requisito del “umbral de daño”, la CICR/Guía exige que deben existir probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en el conflicto armado, o bien de que cause la muerte o heridas<sup>114</sup> a las personas, o destrucción de los bienes protegidos contra ataques directos<sup>115</sup>. Por lo tanto, cuando razonablemente quepa esperar que un acto causará un daño de naturaleza claramente militar, el requisito del “umbral de daño” se cumplirá independientemente de la gravedad del daño<sup>116</sup>. Incluso se alcanzará aun cuando no se produzcan efectos adversos sobre operaciones militares<sup>117</sup> y la gravedad de los daños comprenda la muerte o heridas de personas protegidas. Además, no se requiere la materialización del daño para que alcance el umbral, sino simplemente basta con la probabilidad objetiva de que el acto tenga como consecuencia ese daño<sup>118</sup>. Por lo tanto, la determinación del umbral correspondiente debe basarse en el daño “probable”, es decir, en el daño que razonablemente

---

112 Para una crítica contra la limitación del concepto del elemento “umbral de daño”, por no incluir también el beneficio militar, cf. SCHMITT, 2010a, *op. cit. supra* n.º 110, p. 27 y s., y SCHMITT, 2010b, *op. cit. supra* n.º 111, p. 719 y s. Críticas sobre la naturaleza restrictiva del conjunto de los tres elementos en general ofrece, en particular, KENNETH WATKIN, “Opportunity lost: Organized armed groups and the ICRC ‘direct participation in hostilities’ interpretive guidance”, 42 *JILP*, 2010, p. 657 y ss.

113 CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 46.

114 La versión en inglés utiliza el término “injuries” (CICR, 2009a: *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*, ICRC, Ginebra, 2009, p. 46), mientras que la versión en francés utiliza el término “blessures” (CICR, 2009b: *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, ICRC, Ginebra, 2009, p. 48).

115 CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 46.

116 *Ibid.*, p. 47.

117 *Ibid.*, p. 49 y s.

118 *Ibid.*

se puede esperar que un acto tenga como consecuencia en las circunstancias del caso<sup>119</sup>.

Respecto al requisito de la “causalidad directa”, según la CICR/Guía es necesario un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto sea parte integrante<sup>120</sup>. Para calificar un acto específico a título de participación “directa” en vez de “indirecta” en las hostilidades, debe existir una relación causal bastante próxima entre el acto y el consiguiente daño<sup>121</sup>. En la causalidad directa, el daño que alcanza el umbral exigido debe ser ocasionado por una sola secuencia causal<sup>122</sup>. Por consiguiente, la conducta individual que simplemente fomenta o mantiene la capacidad de una parte para dañar al adversario o que, de otra manera, causa un daño solo de forma indirecta, queda excluida del concepto de participación directa en hostilidades<sup>123</sup>.

Para que haya un “nexo beligerante” de acuerdo con la CICR/Guía, el propósito específico del acto debe ser alcanzar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra<sup>124</sup>. El requisito del nexo beligerante se refiere a la relación entre un acto y la conducción de las hostilidades entre las partes en un conflicto armado, y no solo a la relación entre un acto y una situación de conflicto armado en general<sup>125</sup>. Como criterio objetivo relacionado únicamente con el acto, el requisito

---

119 *Ibíd.*

120 *Ibíd.*

121 *Ibíd.*, p. 52.

122 *Ibíd.*, p. 53.

123 *Ibíd.*

124 *Ibíd.*, p. 46.

125 *Ibíd.*, p. 59, n.º 147; destaca la diferencia entre el requisito del “nexo beligerante” y el requisito constitutivo de crímenes de guerra en la jurisprudencia, con referencia a ICTY: *Prosecutor v. Kunarac et al.*, *cit. supra* n.º 26, párrafo 58, así como ICTR: *Prosecutor v. Rutaganda*, *cit. supra* n.º 26, párrafo 570.

del “nexo beligerante” no puede estar relacionado con intenciones subjetivas del actor relevante<sup>126</sup>.

### 3.2.2 Exclusión de la toma de rehenes como PDH

Para subsumir los hechos del caso decidido en la sentencia “Operación Chavín de Huántar” de la Corte Suprema de Justicia del Perú en la definición de PDH recomendada por el CICR, se debe analizar si la toma de los rehenes en la residencia del embajador japonés llevada a cabo por el grupo del MRTA satisface el requisito del “umbral de daño” de PDH.

Si bien la toma de rehenes, con la que se pretendía obligar al Estado peruano a liberar de las cárceles peruanas a los miembros del MRTA a cambio de la liberación de los rehenes retenidos en la residencia del embajador y a que después de ello fueran transportados a la Selva Central tanto los miembros del grupo MRTA presentes en dicha residencia como los miembros del mismo grupo liberados<sup>127</sup>, viola<sup>128</sup>

126 CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 59 y s.

127 Así como a pagar un “impuesto de guerra” y, además, a cambiar la política económica del Perú, según CVR, *op. cit. supra* n.º 67, tomo VII, p. 720 y ss.; se estima que eran 458 miembros del MRTA recluidos (ibíd.).

128 El artículo 1, inciso 1, de la “Convención internacional contra la toma de rehenes” de 1979 (en: 1316 UNTS, n.º 1-21931, p. 205 (texto auténtico en inglés), p. 238 (texto auténtico en español); en adelante: “Convención contra la toma de rehenes”), a la cual el Perú accedió en 2001 (aprobada por resolución legislativa n.º 27.457 de 24 de mayo de 2001, con instrumento de ratificación depositado el 6 de julio de 2001), define la toma de rehenes como “apoder(arse) de otra (persona) (que en adelante se denominará ‘el rehén’) o detenerla, y amena(zarla) con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén”. Aunque la Convención contra la toma de rehenes no es un tratado del DIH y, según su artículo 12, excluye la aplicación de la Convención a la toma de rehenes durante conflictos armados, ya que tales actos están cubiertos por el DIH (cf. ONU, 2012: *Human Rights and issues related to terrorist hostage-taking. Draft final report prepared by Wolfgang Stefan Heinz on behalf of the drafting group of the advisory committee*, en: UN Doc. A/URC/AC/10/2, 12 de diciembre de 2012, párrafo 10 y s.), su definición es

una prohibición de orden convencional<sup>129</sup> y consuetudinaria<sup>130</sup> del DIH aplicable a los CANI, y además las conductas aquí desplegadas por los miembros del MRTA pueden ser consideradas para fines del DPI<sup>131</sup> como violaciones serias<sup>132</sup>

recogida en la prohibición de la toma de rehenes del DIH consuetudinario, siendo aplicable a cualquier persona y no solamente a personas civiles (cf. el comentario a Rule 96, en CICR, 2005, *op. cit. supra* n.º 47, tomo I, p. 336); sobre el concepto de “civil” cf. *supra* n.º 88. Para fines del DPI, se utiliza la misma definición, pero se agrega que el comportamiento que se exige del tercero puede ser una condición no solo para la liberación del rehén, sino también para su seguridad (cf. el elemento n.º 3 del tipo del crimen de guerra de la toma de rehenes en el artículo 8, inciso 2, *lit.* (c) (iii) del Estatuto de Roma, según los *Elements of crimes. Adopted by the assembly of states parties*, en: ICC-ASP Official Records, 1<sup>st</sup> session, ICC-ASP/1/3, 2002, p. 108). Además, en el marco del artículo 2 del Estatuto del ICTY (cf. respecto a este problema *infra* n.º 132) en la jurisprudencia del ICTY se agregó que la privación de libertad tiene que ser ilegal (ICTY: Prosecutor v. Blaskic, Judgment (Trial Chamber), case n.º IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párrafo 158; íd.: Prosecutor v. Kordic and Cerkez, Judgment (Trial Chamber), case n.º IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, párrafo 312).

- 129 Según el artículo 3, inciso 1, *lit.* (b) común CC/1-IV; la prohibición convencional en el artículo 4, inciso 2, *lit.* (c) AP/II no aplica al caso porque se concluyó *supra* p. 17 y s. que los hechos no alcanzan el umbral del artículo 1, inciso 1 AP/II.
- 130 Según el comentario a Rule 96, en CICR, 2005, *op. cit. supra* n.º 47, tomo I, p. 334 y ss., y tomo II, pp. 2262-2285.
- 131 Cf. Artículo 8, inciso 2, *lit.* (c) (iii) Estatuto de Roma; artículo 4, *lit.* (c) del Estatuto del ICTR (Statute of the International Tribunal for Rwanda, UN SC Res. 955 (1994), en: UN SCOR, 49th Sess., 3453d mtg., 3, UN Doc. S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, Annex); artículo 3, *lit.* (c) del Estatuto del scsl. (Statute of the Special Court for Sierra Leone, en: Letter dated 6 march 2002 from the secretary-general addressed to the president of the security council, en: UN Doc. S/2002/246, 8 de marzo de 2002, Annex, Appendix II, Attachment); sección 6, párrafo 6.1, *lit.* (c) (iii) de la UNTAET regulation n.º 2000/15, on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences, en: UN Doc. UNAET/REG/2000/15, 6 de junio de 2000.
- 132 En cuanto a la diferencia entre “violación grave” y “violación seria”, en el marco de los artículos 2 y 3 del Estatuto del ICTY (Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, UN SC Res. 827 (2003), en: UN SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., 1-2, U.N. Doc. S/RES/827, 25 de mayo de 1993; Report of the secretary-general pursuant to paragraph 2 of security council resolution 808 (1993), en: UN Doc. S/25704/Add.1/Corr.1, 3 de mayo de 1993 y 30 de mayo de 1993, Annex), cf. ICTY: Prosecutor v. Tadić, *cit. supra* n.º 34, párrafo 79 y ss. Sobre la continuidad de esta diferencia en el marco del Estatuto de Roma cf. la opinión de KNUT DÖRMANN, article 8, en TRIFFTERER, *op. cit. supra* n.º 51, 300 y s., nm. 10.

del DIH dadas las graves consecuencias para las víctimas de esta toma<sup>133</sup>, el problema central consiste en que la CICR/Guía no incluye la privación de la libertad dentro del ámbito del “umbral de daño” de la PDH, sino que comprende solamente el hecho de causar la muerte o heridas a personas protegidas. Es así que el CICR excluyó del ámbito del “umbral de daño” de PDH, en particular, la privación de la libertad de personas protegidas, tomando como ejemplo expresamente la toma de rehenes<sup>134</sup>.

Esta decisión del CICR de excluir del ámbito del “umbral de daño” de la PDH la toma de rehenes resulta de carácter dudoso, pues no es posible descartar que toda toma de rehenes, de acuerdo con la experiencia, pueda conllevar la probabilidad objetiva de la muerte o heridas a rehenes<sup>135</sup>. La inclusión en el ámbito del “umbral de daño” de hechos

133 Cf. sobre este requisito ANDREAS ZIMMERMANN, article 8, en: TRIFFTERER, *op. cit. supra* n.º 51, 487, nm. 277, con referencia a ICTY: *Prosecutor v. Tadić*, *cit. supra* n.º 34, párrafo 94.

134 Cf. la posición desfavorable relatada en CICR, 2006: *Draft interpretive guidance on the notion of “direct participation in hostilities”*. Fourth expert meeting on the notion of “direct participation under IHL” (Geneva 27/28 November 2006), ICRC, TMC Asser Institute, Ginebra (mimeo), 28, n.º 82, con referencia a NILS MELZER, 2005: *Third expert meeting on the notion of “direct participation in hostilities”*. Geneva, 23-25 October 2005. Summary report, ICRC, TMC Asser Institute, Ginebra (mimeo), p. 11 y s. Cf. también la discusión relatada por NILS MELZER, 2006: *Fourth expert meeting on the notion of direct participation in hostilities* (Geneva 27/28 November 2006). Summary report, ICRC, TMC Asser Institute, Ginebra (mimeo), p. 43 y s., así como la revisión del primer borrador de la CICR/Guía por CICR, 2006a: *Revised draft interpretive guidance on the notion of “direct participation in hostilities”*. Based on the fourth expert meeting on the notion of “direct participation under IHL” (Geneva 27/28 November 2006), ICRC, TMC Asser Institute, Ginebra (mimeo), p. 38, así como la discusión relatada por NILS MELZER: *Fifth informal expert meeting. The notion of direct participation in hostilities under IHL. Expert comments & elements of response concerning the revised draft on the interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities*. Geneva, 5/6 November 2008, ICRC, Ginebra (mimeo), p. 27, y NILS MELZER: *Fifth expert meeting on the notion of direct participation in hostilities*. Geneva, 5/6 february 2008. Summary report, ICRC, Ginebra (mimeo), p. 67 y ss.

135 Esta opción es considerada de manera genérica en CICR, 2006a, *op. cit. supra* n.º 134, p. 38. Este sería el caso, por ejemplo, cuando el plan táctico de la

que causen la muerte o heridas de personas protegidas no puede apartar de plano la toma de rehenes.

### 3.2.3 Toma de rehenes como daño a la persona protegida

Como fue señalado de manera acertada en el proceso de redacción de la CICR/Guía, determinar si los hechos cometidos por civiles pueden calificar como PDH cuando no se dirigen contra el adversario, sino contra civiles protegidos, constituye un problema fundamental en situaciones contemporáneas de conflictos armados<sup>136</sup>. Por eso, cualquier definición de PDH debe abarcar este problema<sup>137</sup>.

Así, de acuerdo con la CICR/Guía, cuando se presentan hechos que causan la muerte o heridas a civiles protegidos o a personas protegidas en general<sup>138</sup>, basta, para satisfacer el requisito del “umbral de daño” requerido para la PDH, que estos hechos estén relacionados con el conflicto armado, en los términos del otro requisito constitutivo de PDH, denominado “nexo beligerante”<sup>139</sup>, sin ser necesario que

---

toma de rehenes esté diseñado de tal manera que la sobrevivencia de una parte de los rehenes implica la muerte o heridas de otros rehenes.

136 Cf. NILS MELZER, *Background document working session I. Residual issues form the questionnaire (expert meeting 2004)*, ICRC, TMC Asser Institute, Ginebra (mimeo), 2004, p. 2.

137 Cf. también la opinión de CSJ Israel: HCJ 769/02, *cit. supra* n.º 92, párrafo 33, por supuesto, siempre tomando en cuenta la posición de la CSJ Israel sobre el concepto de “civil”, relatada *supra* n.º 94.

138 Por un lado, el término “personas protegidas” se refiere a los civiles. Por el otro, a los combatientes a los que se ha concedido una protección específica contra los efectos de conflictos armados; cf. el resumen general de HEIKE KRIEGER, “Protected persons”, en RÜDIGER WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, tomo 8, OUP, Oxford et al., 2012, pp. 540-544, *passim*.

139 Cf. la explicación en CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 49 y s. del elemento “contra el adversario” del concepto de “ataque”, la cual señala que “[L]a frase ‘contra el adversario’ no especifica el objetivo, sino el *nexo beligerante* (énfasis JMS) de un ataque; por consiguiente, incluso los actos de violencia dirigidos específicamente contra personas civiles o bienes de carácter civil pueden llegar a constituir una participación directa en las hostilidades”.

estos causen un daño militar<sup>140</sup>. Consecuentemente, según el CICR, hechos que causen la muerte o heridas a personas protegidas son suficientes para satisfacer *per se* el “umbral de daño” y califican como PDH cuando, además del requisito del “nexo beligerante” de PDH, cumplan también con el requisito de la “causalidad directa” entre el acto y el daño.

En este concepto del “umbral de daño” de la PDH, el daño a personas protegidas es equivalente al daño militar, en la medida que ambos tipos de daño pueden constituir un resultado calificado como PDH. Ahora, como en este concepto de “umbral de daño” la diferencia entre el daño militar y el daño a personas protegidas es cualitativa y no cuantitativa<sup>141</sup>, sin importar la magnitud del primero<sup>142</sup>, el término “umbral” recomendado por el CICR en su definición de PDH parece de por sí ya ser equivocado<sup>143</sup>. Sin embargo, el CICR propone un criterio cuantitativo para establecer la equivalencia entre el daño a personas protegidas y el daño militar, cuando determina que solo “causar la muerte o heridas” a personas protegidas alcanza el “umbral de daño” de PDH. Por eso, el término “umbral” no es equivocado en la medida en que señala que la categoría genérica “daño” abarca dos tipos de daño cuya equivalencia en cuanto a la

---

Esta explicación en la CICR/Guía es acompañada por la siguiente referencia en *ibíd.*, nota 107: “[S]obre el nexo beligerante, v., más adelante, Sección V.3”; *cf.*, además, la cláusula introductoria a la recomendación n.º v en la CICR/Guía que señala que los tres elementos constitutivos de PDH “están estrechamente relacionados entre sí, y [...] existe la posibilidad de que se superpongan en algunos aspectos” (*ibíd.*, p. 46).

140 *Ibíd.*; sin perjuicio de la pregunta distinta, no relevante para el presente propósito, de si la toma de rehenes está destinada a causar un daño militar, opción que fue considerada de manera genérica en MELZER, 2006, *op. cit. supra* n.º 134, p. 43.

141 *Cf.* también la explicación en CICR (b), *op. cit. supra* n.º 134, p. 35 y ss.

142 *Cf. supra* n.º 116.

143 Así, SCHMITT, 2010b, *op. cit. supra* n.º 111, p. 716, quien califica la selección del término “umbral” como “desafortunada”.



consecuencia jurídica “daño resultante de PDH” se determina por vía cuantitativa.

Si bien la palabra “umbral” es el término acertado para señalar que el fundamento de este concepto bifurcal del daño de PDH consiste en la equivalencia entre dos tipos de daño, establecida por medio de un criterio cuantitativo, la coherencia de este criterio cuantitativo dentro del concepto bifurcal del daño de PDH es cuestionable. Así, se debe explicar por qué hechos que causan la muerte o heridas a personas protegidas alcanzan el umbral equivalente a un daño militar, mientras que la toma como rehenes de personas protegidas se considera por debajo de este umbral.

La coherencia del criterio cuantitativo para establecer la equivalencia entre los dos tipos de daño radica en el fundamento utilizado por el CICR para su concepto bifurcal del daño de PDH. En este sentido, parece que el CICR justificara la calificación del hecho cometido por civiles contra personas protegidas como daño resultante de PDH, cuando este hecho podría ser clasificado como resultado de un “ataque” a las personas protegidas, lo que, además, debería implicar, en términos cuantitativos, “como mínimo, la muerte (o) heridas [...]” a estas personas<sup>144</sup>.

De esta forma, el CICR argumenta que el concepto de “ataque” del DIH, que está sintetizado en el artículo 49 AP/I como “actos de violencia contra el adversario, sean (estos) ofensivos o defensivos”<sup>145</sup>, “no especifica el objetivo [...] de un ataque” por lo que “[...] incluso los actos de violencia dirigidos específicamente contra personas civiles [...] pueden llegar a constituir una participación directa en las hostilidades”<sup>146</sup>. Así mismo, argumenta, después de haber

144 CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 49.

145 Artículo 49, inciso 1 AP/I: “Se entiende por ‘ataques’ los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”.

146 Cf. la referencia *supra* n.º 139, citando en apoyo a esta conclusión ICTY: *Prosecutor v. Galic, cit. supra* n.º 90, párrafo 27 junto con párrafo 52, e *id.*:

definido previamente el concepto de “hostilidades” como “recurso (colectivo) por las partes en el conflicto a medios y métodos de causar daño al enemigo”<sup>147</sup>, que “(l)os actos que no pueden causar muerte (o) heridas [...] en detrimento de personas protegid(a)s no pueden ser equiparados al uso de métodos y medios de ‘hacer la guerra’ o, respectivamente, dañar al ‘enemigo’”<sup>148</sup>.

Ahora bien, si el CICR abarca con su concepto bifurcal del daño de PDH solo el daño a personas protegidas, cuando este tipo de daño resulta de un ataque que implica la muerte o heridas a personas protegidas, surge la pregunta por qué, en cambio, la clasificación del daño militar como daño resultante de PDH no está condicionada de la misma forma. Más bien, el CICR clasifica el daño militar como daño resultante de PDH independientemente de la gravedad de este<sup>149</sup>, esto es, aun cuando este daño se realiza muy por debajo del umbral de un ataque que resulta en la muerte o heridas a personas protegidas.

La CICR/Guía no se expresa de manera explícita sobre la razón que justificaría esta diferencia clasificatoria entre los dos tipos de daño. En particular, la referencia del CICR a los “métodos y medios de hacer la guerra”, según el artículo 35, inciso 1, AP/I, y a los “medios de perjudicar al enemigo” previstos en el artículo 22 del Reglamento anexo a la Convención de La Haya IV<sup>150</sup>, no explica nada más de lo que

---

Prosecutor *v.* Strugar, *cit. supra* n.º 97, párrafo 282 y s. junto con párrafo 289. Cf. también NILS MELZER, 2010: *Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities*, en: 42 *JILP*, 2010, p. 860.

147 CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 43.

148 *Ibid.*, p. 50.

149 Cf. la referencia *supra* n.º 116 y en particular el resumen de la discusión en la nota 97 de CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 47.

150 Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre: *Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, y su anexo: *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (IV)* del 18 de octubre de 1907 (en adelante: Convención de La Haya IV), reproducido

debe explicar, esto es, que un daño a personas protegidas solo puede considerarse como resultado de la conducción de hostilidades cuando el DIH así lo defina. Por eso, para no caer en una *petitio principii*, es necesario indagar el fundamento en el DIH para clasificar el daño a personas protegidas, como resultado de la conducción de hostilidades.

En el DIH convencional, la relación entre el concepto de personas protegidas y los métodos y medios de conducción de hostilidades se encuentra especialmente regulada en el AP/I<sup>151</sup>. De hecho, el AP/I junto con el AP/II expresan y dan fe de la unidad y complejidad en el Derecho internacional entre la concepción jurídica de personas protegidas (“Derecho de Ginebra”) y la reglamentación de los métodos y medios de la conducción de hostilidades (“Derecho de La Haya”), que forman hoy lo que se considera el DIH como un único sistema complejo<sup>152</sup>, en el cual la distinción clásica entre el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya se limita a una función esencialmente analítica, sin que a esta distinción se pueda dar un significado legal<sup>153</sup>.

Siendo el AP/I el sustento idóneo para fundamentar conforme al DIH convencional un concepto de daño a personas protegidas resultante de la conducción de hostilidades, es coherente que este concepto del CICR se apoye, en el caso de una conducta lesiva contra civiles protegidos<sup>154</sup>, en la definición de “ataque” del artículo 49 AP/I, ubicada en la

---

en: HEINRICH TRIEPEL (ed.), *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*. Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens. Troisième série, tomo III, Theodor Weicher, Leipzig, 1910, pp. 461, 486.

- 151 GASSER, HANS-PETER y THÜRER, DANIEL. “Humanitarian law, international”, en WOLFRUM (ed.), *op. cit. supra* n.º 138, tomo 5, pp. 59-71, rn. 19.
- 152 International Court of Justice (en adelante: ICJ, por sus siglas en inglés). *Legality of the treat or use of nuclear weapons*, Advisory Opinion, 8 de julio de 1996 (General List n.º 95), en ICJ Reports 1996, 34, párrafo 75.
- 153 FRANÇOIS BUGNION, “Droit de Genève et droit de La Haye”, en 83 *RICR*, 2001, p. 921.
- 154 Cf. CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 49; respecto a la diferencia entre los dos

sección I del título IV del AP/I sobre la protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades, también aplicable a CANI<sup>155</sup>. En particular, con esta referencia al término “ataque” en el artículo 49 AP/I<sup>156</sup>, que es un término neutro<sup>157</sup>, se deja claro que la base del concepto de daño a personas protegidas resultante de la conducción de hostilidades no es la legalidad o ilegalidad de la conducta lesiva, sino si esta conducta constituye una parte integral de las hostilidades en un conflicto armado<sup>158</sup>.

Ahora bien, a pesar de su naturaleza neutral, operativamente, el término “ataque”, como término prescriptivo, previsto para tratar consecuencias específicas<sup>159</sup>, es un diferenciador clave del DIH, porque muchas de las principales prohibiciones del DIH, incluida la prohibición de no atacar a civiles protegidos, únicamente se aplican a los actos que califican como “ataque”<sup>160</sup>. Por ello resulta coherente señalar, como caso ilustrativo de hostilidades contra civiles protegidos, los daños tipificados en la regla sobre protección de

---

tipos de sujetos protegidos en el marco del término genérico de “personas protegidas” *cf. supra* n.º 138.

155 sCSL: Prosecutor *v.* Sesay, Kallon and Gbao, *cit. supra* n.º 26, párrafo 220.

156 Que difiere del término “ataque” utilizado en el contexto del *jus ad bellum*, en el sentido que en el DIH se refiere simplemente a un tipo particular de actos de violencia durante un conflicto armado, al cual se aplican normas particulares del DIH; *cf.* MICHAEL N. SCHMITT, 2012: “‘Attack’ as a term of art in international law: The cyber operations context”, en CZOSSECK, CHRISTIAN; OTTIS, RAIN y ZIOLKOWSKI, KATHARINA (eds.), 2012 *4th International Conference on Cyber Conflict*, NATO CCD COE Publications, Tallinn 2012, p. 286; sobre la relación entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello* codificado en el AP/I, *cf.* el comentario al preámbulo del AP/I de BRUNO ZIMMERMANN, *Preamble (AP/I)*, en CICR, 1987, *op. cit. supra* n.º 20, nn. 27 y ss.

157 En el sentido que algunos ataques son legales, mientras que otros no lo son, ya sea debido al estatus del objeto del ataque o cómo se realiza el ataque, según SCHMITT, 2012, *op. cit. supra* n.º 156, p. 285.

158 *Cf.* la aclaración general de MELZER, 2010, *op. cit. supra* n.º 146, p. 861.

159 SCHMITT, MICHAEL N. “Wired warfare: Computer network attack and *jus in bello*”, en 84 *IRRC*, 2002, p. 377.

160 *Íd.*, 2012, *op. cit. supra* n.º 156, p. 285.

la población civil del artículo 51 AP/I<sup>161</sup>, que codificó por primera vez el principio consuetudinario fundamental del DIH, según el cual población civil y civiles individuales no deben ser objetos de ataques<sup>162</sup>.

Sin embargo, no se encuentra en estas normas del AP/I, ni se deduce de ellas, que la noción de "ataque" esté limitada a los actos dirigidos específicamente a causar la muerte o heridas a civiles protegidos. Más bien, jurisprudencia internacional en materia de crímenes de guerra<sup>163</sup>, basada en el concepto de "ataque" del artículo 49 AP/I<sup>164</sup>, indica que el término "ataque" a civiles es mucho más amplio que causar su muerte o heridas. Así, el ICTY establece respecto a la segunda parte<sup>165</sup> del artículo 51, inciso, 2 AP/I, también DIH consuetudinario<sup>166</sup>, que la lógica subyacente en la prohibi-

---

161 CICR, 2009, *op. cit. supra* n.º 11, p. 49, que en la nota 108k, además del artículo 51 AP/I, hace referencia al artículo 13 AP/II; *cf.* también MELZER, 2010, *op. cit. supra* n.º 146, p. 860, nota 109, quien señala que "[E]l hecho de que los daños causados durante las hostilidades no necesariamente tienen que ser de naturaleza militar se ilustra, por ejemplo, por las numerosas referencias en el Derecho convencional a los 'ataques' contra personas protegidas (y objetos) que [...], aunque no necesariamente causen daños de naturaleza militar, son claramente discutidos como parte de la conducción de las hostilidades", refiriéndose especialmente, entre otras, a las disposiciones en el artículo 51, inciso 2, inciso 4, inciso 5, *lit.* (b), inciso 6 AP/I.

162 BOTHE, MICHAEL; PARTSCH, KARL JOSEF y SOLE, WALDEMAR A. *New rules for victims of armed conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 299; sobre la regla consuetudinaria *cf.* Rule 1, 3.ª frase, en CICR, 2005, *op. cit. supra* n.º 47, tomo I, pp. 3-8, y tomo II, pp. 3-133.

163 Respecto al artículo 3 del Estatuto del ICTY, *cit. supra* n.º 128, con base en el Derecho internacional consuetudinario, *cf.* ICTY: Prosecutor *v.* Galic, Judgment (Appeals Chamber), case n.º IT-98-29-A, 30 de noviembre de 2006, párrafo 79 y *ss.*

164 *Ibid.*, párrafo 102.

165 Recogiendo aquí la terminología utilizada de *id.*: Prosecutor *v.* Galic, Judgment (Trial Chamber I), *cit. supra* n.º 90, párrafo 94; artículo 51, inciso 2 AP/I: "No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil".

166 *Id.*: Prosecutor *v.* Galic, Judgment (Appeals Chamber), *cit. supra* n.º 163, párrafo 87.

ción agravada<sup>167</sup> de realizar ataques contra civiles mediante actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población, al “[...] *no causar* (énfasis, JMS) la muerte o heridas”<sup>168</sup>, la constituye la prohibición de crear “miedo extremo”<sup>169</sup>. Incluso, la jurisprudencia internacional<sup>170</sup>, refiriéndose a la prohibición paralela, aplicable a CANI, de la segunda parte del artículo 13, inciso 2, AP/II, ha señalado que esta norma abarca, en principio, “actos de terrorismo *por cualesquiera medios* (énfasis, JMS)”<sup>171</sup>.

- 
- 167 Sobre esta clasificación *cf. id.*: Prosecutor *v.* Dragomir Milosevic, Judgment (Trial Chamber II), case n.º IT-98-29/1-T, 12 de diciembre de 2007, párrafo 882. Respecto a la clasificación como caso específico del concepto genérico de “ataque”, *cf. id.*: Prosecutor *v.* Galic, Judgment (Trial Chamber I), *cit. supra* n.º 90, párrafo 98.
- 168 *Id.*: Prosecutor *v.* Galic, Judgment (Appeals Chamber), *cit. supra* n.º 163, párrafo 100 *in fine*: “[...] actos de violencia no causando la muerte o heridas”.
- 169 *Id.*: Prosecutor *v.* Galic, Judgment (Trial Chamber I), *cit. supra* n.º 90, párrafo 137, tratándose de un concepto basado en una pericia psicológica (*cit.*, párrafo 75); confirmado en segunda instancia por *id.*: Prosecutor *v.* Galic, Judgment (Appeals Chamber), *cit. supra* n.º 163, párrafo 103, nota 320.
- 170 *Cf.*, aún sin referencia expresa al artículo 49, inciso 1 AP/I (sin embargo, respecto a la aplicabilidad del concepto de “ataque” del artículo 49, inciso 1 AP/I al AP/II, *cf.* la referencia *supra* n.º 155), con relación al artículo 3, *lit.* (d) del Estatuto del scsl, *cit. supra* n.º 131, la sentencia del scsl: Prosecutor *v.* Sesay, Kallon and Gbao, *cit. supra* n.º 26, párrafo 111; sobre la aplicación no diferenciada en la jurisprudencia del scsl entre el concepto más estrecho de “actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil” de la segunda parte del artículo 51, inciso 2 AP/I así como de la segunda parte del artículo 13, inciso 2 AP/II por un lado y el concepto más amplio de “actos de terrorismo” del artículo 4, inciso 2, *lit.* (d) AP/II por el otro, *cf.* la crítica de ANDREA BIANCHI y YASMIN NAQVI, *International humanitarian law and terrorism*, Hart, Oxford-Portland, 2011, p. 228 y ss.
- 171 scsl: Prosecutor *v.* Sesay, Kallon and Gbao, *cit. supra* n.º 26, párrafo 114; *cf.* también respecto a la segunda parte del artículo 51, inciso 2 AP/II la sentencia de ICTY: Prosecutor *v.* Galic, Judgment (Appeals Chamber), *cit. supra* n.º 163, p. 102, que resalta que “[l]a naturaleza (énfasis JMS) de los actos o de las amenazas de violencia dirigida contra la población civil puede variar” y señala en la nota al pie de página correspondiente 317, “[...] que muchos Estados se refirieron a ‘propaganda’ como un posible método de terror”, con base en los *travaux préparatoires* respecto a la segunda parte del artículo 51, inciso 2 AP/I (segunda parte del artículo 46, inciso 1 AP/I-borrador), sin embargo, con un error en la referencia a los *travaux préparatoires*, porque no se trata del tomo xv, sino del Federal Political Department: *Official records*

Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, no es la violencia del ataque contra civiles protegidos la que determina normativamente su característica como “ataque”, sino la violencia de la consecuencia posterior<sup>172</sup>. Esta violencia, sin embargo, no está limitada a causar la muerte o heridas a civiles protegidos, como sí lo afirma la CICR/Guía<sup>173</sup>. Esta limitación utilizada por el CICR se opone

- 
- of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts*. Geneva (1974-1977), tomo XIV, Bern, 1978, pp. 52, 61, 67; respecto a esta posición referida, cf. también la sentencia de primera instancia de la Sala de Sentencia I del ICTY: *Prosecutor v. Galic, Judgment (Trial Chamber I)*, cit. supra n.º 90, párrafo 100.
- 172 Cf. también BOTHE, PARTSCH y SOLF, *op. cit. supra* n.º 162, p. 288, que señalan que el término “ataque” se refiere a “aquellos aspectos de operaciones militares que afectan (énfasis, JMS) de la manera más inmediata la seguridad de la población civil [...]”, a pesar de insistir, *cit.*, p. 289, que el término “ataque” significa “fuerza física”; en el mismo sentido, SCHMITT, 2002, *op. cit. supra* n.º 159, p. 377; *íd.*, 2011: “Cyber operations and the jus in bello: Key issues”, en: *Naval War College International Law Studies*, n.º 87, 2011, p. 94, e *íd.* (2012), *op. cit. supra* n.º 156, p. 290 y s.; así como NILS MELZER, 2011: “Cyber operations and jus in bello”, en *Disarmament Forum*, 2011/4, p. 7.
- 173 Equivocado, CRYER, ROBERT, “An overview of the law on terrorism”, en *Centre of Excellence Defence Against Terrorism (ed.)*, *Legal aspects of combating terrorism*, NATO Science for Peace and Security Series E: Human and Social Dynamics, tomo 47, IOS Press, Amsterdam, 2008, p. 20, quien afirma en la nota 32 que la Sala de Apelaciones del ICTY: *Prosecutor v. Galic, Judgment (Appeals Chamber)*, cit. supra n.º 163, habría confirmado en los párrafos 79-104 de la sentencia, la definición del delito denominado por el autor como “ataques terroristas”, establecida por la Sala de Sentencia I de *íd.*: *Prosecutor v. Galic, Judgment (Trial Chamber I)*, cit. supra n.º 90, párrafo 133 (igualmente equivocada, la referencia del mismo CRYER, *cit.*, al párrafo 136 de la sentencia de primera instancia en vez de citar el párrafo 133 de la misma), incluyendo el elemento “actos de violencia [...] causando la muerte o lesiones graves al cuerpo o a la salud dentro de la población civil” (igualmente equivocado, VAN DER VYVER, JOHAN D., “Prosecuting terrorism in international tribunals”, en *Emory International Law Review*, n.º 24, 2010, p. 543). Esto es equivocado porque la Sala de Apelaciones, *cit.*, párrafo 101, expresamente tomó como base de su análisis de los elementos del tipo la definición textual encontrada en la segunda parte del artículo 51, inciso 2 AP/I, en vez de la definición utilizada en la sentencia de la primera instancia por la Sala de Sentencia I. Esta decisión de la Sala de Apelaciones, de basarse en el texto de la norma y no en la definición de la sentencia de primera instancia, se debe a que la sala de la primera instancia –en cuanto al primer elemento de su definición, “[...] actos de violencia causando (énfasis, JMS) la

a lo que el DIH define claramente como parte de la conducción de hostilidades en su prohibición agravada de ataques contra civiles, prevista en la segunda parte del artículo 51, inciso 2, AP/1, y del artículo 13, inciso 2, AP/II<sup>174</sup>: el “miedo extremo”, sin la necesidad que este implique la causación de heridas a civiles o incluso su muerte<sup>175</sup>.

### 3.3 Resultado

De lo anterior se deduce que la limitación del elemento “umbral de daño” en la definición de PDH de la CICR/Guía no solamente es demasiado restrictiva, sino que también, en relación con “actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”, resulta incluso *contra legem*.

Consecuentemente, esta limitación en la definición de PDH de la CICR/Guía no es una interpretación del DIH *de lege lata*, sino una posición *de lege ferenda*. Por eso, no es cierto lo que afirma uno de los principales defensores de la CICR/Guía cuando defiende su posición como la solución de un “dilema entre adoptar una interpretación demasiado

---

muerte o heridas serias al cuerpo o a la salud”- “[...] no había considerado si el delito de terror contra la población civil [...] podría consistir solamente en amenazas de violencia o actos de violencia *no causando* (énfasis, JMS) la muerte o heridas”, *cit.*, párrafo 100 *in fine*. Es sobre esta base que la Sala de Apelaciones del ICTY llega a las decisiones *cit. supra* n.º 163 y n.º 171.

174 Curiosamente el propio MELZER, 2010, *op. cit. supra* n.º 146, p. 860, menciona en la nota 109 la prohibición de ataques a civiles en el artículo 51, inciso 2 AP/1 como caso del DIH convencional “claramente discutido como parte de la conducción de las hostilidades” para justificar que “el daño no necesariamente tiene que ser de carácter militar”.

175 *Cf.*, otra vez (ya citado *supra* n.º 168 y 173), ICTY: Prosecutor *v.* Galic, Judgment (Appeals Chamber), *cit. supra* n.º 163, párrafo 100 *in fine*, sin perjuicio, por supuesto, de heridas tales como “traumas extensivos y daños psicológicos”, *cit.*, párrafo 102 *in fine* (la terminología empleada por el CICR de “heridas”, “injuries” en inglés y “blessures” en francés, *op. cit. supra* n.º 114, está conforme con la terminología empleada en los artículos 48 y ss. AP/1 de las tres versiones de los textos auténticos, *cit. supra* n.º 84).



restrictiva o demasiado permisiva de la ley<sup>176</sup> porque su solución está fuera de la misma ley invocada<sup>177</sup>.

Por lo tanto, la exclusión de la toma de rehenes del “umbral de daño” en el concepto de PDH de la CICR/Guía debe ser rechazada por falta de coherencia respecto al marco jurídico aplicable que pretende regular. De esta forma, se impone a quienes respaldan tal postura, a pesar de ser la toma de rehenes *prima facie* subsumible en la participación directa en hostilidades, demostrar lo contrario. En cuanto estos no logren sustentar mejor su hipótesis, la misma debe refutarse por poco plausible.

#### 4. CONCLUSIÓN

De lo anterior se concluye que la posición del CICR de excluir la toma de rehenes del requisito de “umbral de daño” de su concepto de PDH en la CICR/Guía, no se puede oponer de forma plausible al resultado de la sentencia “Operación Chavín Huántar” de la Corte Suprema de Justicia del Perú

176 Como afirma MELZER, 2011, *op. cit. supra* n.º 172, p. 9.

177 Aún más estrecho que la recomendación n.º v de la CICR/Guía, parece ser el concepto del “umbral de daño” en el comentario a la Rule 35 del “Manual de Tallinn” que aplica el concepto de la CICR/Guía, requiriendo “physical harm” (“daños físicos”), en vez de “injuries” (“heridas”) de las personas protegidas; cf. MICHAEL N. SCHMITT (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare. Prepared by the international group of experts at the invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*, CUP, Cambridge *et al.*, 2013, p. 118 y s., con referencia en la nota 63 a CICR, 2009a, *op. cit. supra* n.º 114, p. 47, así como a la Rule 29 (iii) del Program on Humanitarian Policy and Conflict Research: *Manual on international law applicable to air and missile warfare*, Harvard University, Cambridge (MA), 2009, p. 15, que recoge la fórmula utilizada por la CICR/Guía (“[...] ejemplos de lo que puede constituir la participación directa en las hostilidades: [...] ataques [...] destinados a causar la muerte o heridas a civiles [...]”); sin embargo, el comentario en el “Manual de Tallinn” también señala que “[...] aunque la mayoría estuvo de acuerdo con estos criterios, existían diferencias de opinión en cuanto a su aplicación concreta”. Estas diferencias sobre la Rule 35 del “Manual de Tallinn” fueron muy parecidas a las diferencias entre los expertos en el proceso de la redacción de la recomendación n.º v de la CICR/Guía.

que establece que los captores de los rehenes en la residencia del embajador de Japón “se tornaron en objetivos militares legítimos durante esa participación”.

Si el resultado encontrado en la presente disertación se sigue manteniendo, siendo controlado por el concepto de “ataque”, entendido como “acto(s) o amenaza(s) de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”, *i. e.*, buscando crear “miedo extremo” en la población civil, de acuerdo con la prohibición de ataques definida en la segunda parte del artículo 51, inciso 2, AP/I y del artículo 13, inciso 2, AP/II, dicho tema no constituye el objetivo de la presente disertación, que, por el contrario, sí se ocupa de demostrar la falta de plausibilidad de la exclusión de la toma de rehenes del “umbral de daño” en la definición de PDH de la CICR/Guía.

Esto dependería de tres presupuestos: primero, la toma de rehenes debe ser compatible, de manera sistemática, con el *concepto* de la prohibición de “acto(s) o amenaza(s) de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”, *i. e.*, buscar crear “miedo extremo” en la población civil; segundo, la toma de rehenes también debe ser materialmente compatible con la prohibición anteriormente mencionada; y tercero, la toma de rehenes, en el caso concreto de los sucesos que motivaron la sentencia “Operación Chavín de Huántar” de la Corte Suprema de Justicia del Perú, debe ser subsumible bajo esta prohibición.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### 1. Autores y organizaciones particulares

AMBOS, KAI. *Nociones básicas del Derecho Internacional Humanitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

AMBOS, KAI. “The first judgment of the International Criminal Court (Prosecutor *v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues”, *International Criminal Law Review*, n.º 12, 2012, pp. 115-153.

- BELLINGER III, JOHN B. y PADMANABHAN, VIJAY M. "Detention operations in contemporary conflicts: Four challenges for the Geneva conventions and other existing law", *American Journal of International Law*, n.º 105, 2011, pp. 201-243.
- BUGNION, FRANÇOIS. "Droit de Genève et droit de La Haye", *RICR*, n.º 83, 2001, pp. 901-922.
- BIANCHI, ANDREA y NAQVI, YASMIN. *International humanitarian law and terrorism*, Hart, Oxford y Portland, 2011.
- BOTHE, MICHAEL, PARTSCH, KARL JOSEF y SOLF, WALDEMAR A. *New rules for victims of armed conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. Informe final, tomo I, CVR, Lima, 2003.
- Comisión para el Esclarecimiento Histórico. *Guatemala, memoria del silencio*, tomo II, UNOPS, Guatemala, 1999.
- Commission for Reception, Truth and Reconciliation. "Chega. Report of the commission for reception, truth and reconciliation Timor-Leste", parte II, 2005 (mimeo).
- COTTIER, MICHAEL. "Article 8. Introduction/general remarks", en OTTO TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers notes, article by article*, 2.ª ed., Beck et al., München et al., 2008.
- CRYER, ROBERT. "An overview of the law on terrorism", en Centre of Excellence Defence Against Terrorism (ed.), *Legal aspects of combating terrorism*, NATO Science for Peace and Security Series E: Human and Social Dynamics, tomo 47, IOS Press, Amsterdam, 2008, pp. 15-22.
- DINSTEIN, YORAM. "Distinction and loss of civilian protection in international armed conflicts", *Israel Yearbook on Human Rights*, n.º 38, 2008, pp. 1-16.

- DINSTEIN, YORAM. "Unlawful combatancy", *IYHR*, n.º 32, 2002, pp. 247-270.
- DINSTEIN, YORAM. *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, CUP, Cambridge et al., 2004.
- GASSER, HANS-PETER y THÜRER, DANIEL. "Humanitarian law international", en WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, tomo 5, OUP, Oxford et al., 2012, pp. 59-71.
- GRAF, ROMAN. "The International Criminal Court and child soldiers", n.º 10, 2012, pp. 945-969.
- HAYS, PARKS W. "Part IX of the ICRC 'direct participation in hostilities' study: No mandate, no expertise, and legally incorrect", *Journal of International Law and Politics*, n.º 42, 2010, pp. 769-830.
- International Law Association. "The Hague conference (2010): Use of force. Final report on the meaning of armed conflict in international law" (mimeo).
- JUNOD, SYLVIE-STOYANKA. "Article 1 (AP/II)", en CICR: YVES SANDOZ, CHRISTOPHE SWINARSKI y BRUNO ZIMMERMAN (eds.), *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987.
- KREß, CLAUS. "The 1999 crisis in East Timor and the threshold of the law on war crimes", *Criminal Law Forum*, n.º 13, 2002, pp. 409-470.
- KRIEGER, HEIKE. "Protected persons", en RÜDIGER WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, tomo 8, OUP, Oxford et al., 2012, pp. 540-544.
- MELZER, NILS. "Background document working session I. Residual issues form the questionnaire (expert meeting 2004)", International Committee of the Red Cross, TMC Asser Institute, Ginebra, 2004 (mimeo).

- MELZER, NILS. "Third expert meeting on the notion of 'direct participation in hostilities'". Geneva, 23-25 October 2005. Summary report, International Committee of the Red Cross, TMC Asser Institute, Ginebra, 2005 (mimeo).
- MELZER, NILS. "Fourth expert meeting on the notion of direct participation in hostilities (Geneva 27/28 November 2006)". Summary report, International Committee of the Red Cross, TMC Asser Institute, Ginebra, 2006 (mimeo).
- MELZER, NILS. "Fifth informal expert meeting. The notion of direct participation in hostilities under IHL. Expert comments & elements of response concerning the revised draft on the interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities". Geneva, 5/6 November 2008, International Committee of the Red Cross, Ginebra, 2008 (mimeo).
- MELZER, NILS. "Fifth expert meeting on the notion of direct participation in hostilities". Geneva, 5/6 February 2008. Summary report, International Committee of the Red Cross, Ginebra, 2008 (mimeo).
- MELZER, NILS. "Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities", *Journal of International Law and Politics*, n.º 42, 2010, pp. 831-916.
- MELZER, NILS. "Cyber operations and *jus in bello*", *Disarmament Forum*, n.º 4, 2011, pp. 3-17.
- MERON, THEODOR. *War crimes law comes of age*, Clarendon Press, Oxford *et al.*, 1998.
- MERON, THEODOR. "Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court", en HERMAN VON HEBEL, JOHAN G. LAMMERS y JOLIEN SCHUKKING (eds.), *Reflections on the International Criminal Court*, Asser, The Hague, 1999.

Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. *Manual on international law applicable to air and missile warfare*, Harvard University, Cambridge (MA), 2009.

QUÉGUINER, JEAN-FRANÇOIS. "Dix ans après la création du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie: évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire", *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n.° 85, 2003.

SASSÒLI, MARCO. "Introducing a sliding-scale of obligations to address the fundamental inequality between armed groups and states?", *International Review of the Red Cross*, n.° 93, 2011.

SCHABAS, WILLIAM A. *An introduction to the International Criminal Court*, 4.<sup>a</sup> ed., CUP, Cambridge et al., 2011.

SCHMITT, MICHAEL. "Wired warfare: Computer network attack and *jus in bello*", *IRRC*, n.° 84, 2002, pp. 365-440.

SCHMITT, MICHAEL. "Human shielding in international humanitarian law", *IYHR*, n.° 38, 2008.

SCHMITT, MICHAEL. "The interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities: A critical analysis", *Harvard National Security Journal*, n.° 1, 2010, pp. 7-44.

SCHMITT, MICHAEL. "The interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities: A critical analysis", *Journal of International Law and Politics*, n.° 42, 2010, pp. 697-739.

SCHMITT, MICHAEL. "Cyber operations and the *jus in bello*: Key issues", *Naval War College International Law Studies*, n.° 87, 2011, pp. 89-110.

SCHMITT, MICHAEL. "'Attack' as a term of art in international law: The cyber operations context", en CHRISTIAN CZOSSECK, RAIN OTTIS y KATHARINA ZIOLKOWSKI (eds.), *4th International Conference on Cyber Conflict*, NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012, pp. 283-293.

- SCHMITT, MICHAEL (ed.). *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Prepared by the international group of experts at the invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, CUP, Cambridge *et al.*, 2013.
- SHANY, YUVAL. "A rebuttal to Marco Sassòli", *International Review of the Red Cross*, n.º 93, 2011.
- SIVAKUMARAN, SANDESH. "Identifying an armed conflict not of an international character", en CARSTEN STAHN y GÖRAN SLUTER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Nijhoff, Leiden y Boston, 2009.
- SIVAKUMARAN, SANDESH. *The law of non-international armed conflict*, Oxford University Press, Oxford *et al.*, 2012.
- SIVAKUMARAN, SANDESH. "War crimes before the special court for Sierra Leone: Child soldiers, hostages, peacekeepers and collective punishments", *Journal of International Criminal Justice*, n.º 8, 2012, pp. 1009-1034.
- SOLIS, GARY D. *The law of armed conflict*, Cambridge University Press, Cambridge *et al.*, 2010.
- TOMUSCHAT, CHRISTIAN. "Human rights and international humanitarian law", *European Journal of International Law*, n.º 21, 2010.
- Truth and Reconciliation Commission. *Report of the Sierra Leone truth and reconciliation commission*, tomo 1, 2004.
- VAN DER VYVER, JOHAN D. "Prosecuting terrorism in international tribunals", *Emory International Law Review*, n.º 24, 2010, pp. 527-547.
- VON HEBEL, HERMAN y ROBINSON, DARRYL. "Crimes within the jurisdiction of the court", en ROY S. LEE (ed.), *Reflections on the International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, Kluwer, The Hague *et al.*, 1999.

WATKIN, KENNETH. "Opportunity lost: Organized armed groups and the ICRC 'direct participation in hostilities' interpretive guidance", *Journal of International Law and Politics*, n.º 42, 2010, pp. 641-695.

WERLE, GERHARD. *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

WERLE, GERHARD. *Principles of international criminal law*, Asser, The Hague, 2005.

WERLE, GERHARD. *Völkerstrafrecht*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

ZIMMERMANN, BRUNO. "Preamble (AP/I)", en: CICR, YVES SANDOZ, CHRISTOPHE SWINARSKI y BRUNO ZIMMERMAN (eds.), *Commentary on the additional protocols of 8 june 1977 to the Geneva conventions of 12 august 1949*, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987.

## 2. Documentos de Naciones Unidas

Statute of the international tribunal for the former Yugoslavia, UN SC Res. 827 (2003), en UN SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., 1-2, UN Doc. S/RES/827, 25 de mayo de 1993.

Report of the secretary-general pursuant to paragraph 2 of security council resolution 808 (1993), en UN Doc. S/25704/Add.1/Corr.1, 3 de mayo de 1993 y 30 de mayo de 1993.

Statute of the International Tribunal for Rwanda, UN SC Res. 955 (1994), en UN SCOR, 49th Sess., 3453d mtg., 3, UN Doc. S/Res/955, 8 de noviembre de 1994.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. UN doc A/CONF.183/9 del 17 de julio de 1998.

International Committee of the Red Cross: Concerns on threshold for war crimes committed in noninternational armed conflicts as contained in the bureau proposal in document A/Conf.183/C.1/L.59 and corr., en: UN Doc A/CONF.183/INF/11,



13 de julio 1998, en: United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. Rome, 15 June-17 July 1998. Official Records, Volume III (Reports and other documents). UN Doc A/CONF.183/13 (vol. III), UN Sales n.º C.02.1.5, New York, 2002.

UNTAET regulation n.º 2000/15, on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences, en: UN Doc. UN/AET/REG/2000/15, 6 de junio de 2000.

Question of the violation of human rights in the occupied Arab territories, including Palestine, report of the human rights inquiry commission established pursuant to commission resolution S-5/1 of 19 October 2000, en UN Doc. E/CN.4/2001/121, 16 de marzo de 2001.

Statute of the special court for Sierra Leone, en Letter dated 6 march 2002 from the secretary-general addressed to the president of the security council, en: UN Doc. S/2002/246, 8 de marzo de 2002.

Report of the independent expert on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Robert K. Goldman, en UN Doc. E/CN.4/2005/103, 7 de febrero de 2005.

Report of the International Commission of inquiry on Darfur to the Secretary-General, pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, en UN Doc. S/2005/60, 1 de febrero de 2005.

Report of the commission of inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, en UN Doc. A/HRC/3/2, 23 de noviembre de 2006.

Report of the special rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Study on targeted killings, en UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010.

International Law Commission. Report on the work of its sixty-third session (26 April to 3 June and 4 July to 12 August 2011), en: UN GAOR, 56th Sess., Supp. n.º 10, UN doc A/66/10 and Add.1 (2011).

Report of the international commission of inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya, en UN Doc. A/HRC/17/44, 1 de junio de 2011.

ONU, 2012: Human Rights and issues related to terrorist hostage-taking. Draft final report prepared by Wolfgang Stefan Heinz on behalf of the drafting group of the advisory committee, en UN Doc. A/HRC/AC/10/2, 12 de diciembre de 2012.

### 3. Jurisprudencia

#### 3.1 *Jurisprudencia nacional*

##### Perú

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Contienda de competencia n.º 19/21-2002, decisión de 16 de agosto de 2002.

Corte Superior de Justicia de Lima, Tercera Sala Penal Especial Liquidadora, exp. n.º 26-2002, sentencia de 15 de octubre de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, R. N. n.º 3521-2012, sentencia de 24 de julio de 2013.

##### Colombia

Sentencia de la Corte Constitucional, C-291/2007, magistrado ponente: Manuel José Cepeda, 25 de abril de 2007.

## Israel

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de diciembre de 2006: Public committee against torture in Israel and palestinian society for the protection of human rights and the environment v. Israel et al., HCJ 769/02, en *International Law in Domestic Courts - Oxford Law Report* (IL 2006).

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 11 de junio de 2008: A and B v. Israel, CrimA 6659/06 et al., en *International Law in Domestic Courts - Oxford Law Reports* 1069 (IL 2008).

## Estados Unidos de América

Corte Suprema, *Ex parte Quirin et al.*, de 1942, en 317 US Supreme Court Reports.

## Reino Unido

Tribunal de Asilo y de Inmigración del Reino Unido: *HH and others v State for the Home Department* (2008), UKAIT 00022.

## República Democrática del Congo

Auditor Militar de la Corte de Garrison Haut-Katanga. Kyungu Mutanga case, Referral decision, 10 de julio de 2007.

3.2 *Jurisprudencia internacional*

## Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Sala de Apelaciones, decisión sobre la solicitud de la defensa relativa a la apelación interlocutoria de la jurisdicción, caso n.º IT-94-1-A, del 2 de octubre de 1995: *Prosecutor v. Tadic*.

Sala de enjuiciamiento, sentencia, caso n.º IT-94-1, del 7 de mayo de 1997: *Prosecutor v. Tadic*.

Sala de enjuiciamiento, sentencia, caso n.º IT-95-14-T, del 3 de marzo de 2000: *Prosecutor v. Blaskic*.

- Sala de enjuiciamiento, sentencia, caso n.º IT-95-14/2-T, del 26 de febrero de 2001: *Prosecutor v. Kordic*.
- Sala de Apelaciones, caso n.º IT-96-23 & IT-96-23/1-A, del 12 de junio de 2002: *Prosecutor v. Kunarac et al.*
- Sala de enjuiciamiento, caso n.º IT-97-24-T, del 31 de julio de 2003: *Prosecutor v. Stakic*.
- Sala de enjuiciamiento I, sentencia, caso n.º IT-98-29-T, del 5 de diciembre de 2003: *Prosecutor v. Galic*.
- Sala de Apelaciones, sentencia, caso n.º IT-95-14/2-A, del 17 diciembre de 2004: *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*.
- Sala de enjuiciamiento sobre moción de absolución (decisión 98bis), caso n.º IT-02-54-T, del 16 de junio de 2004: *Prosecutor v. Milosevic*.
- Sala de enjuiciamiento, sentencia, caso n.º IT-03-66-T, del 30 de noviembre de 2005: *Prosecutor v. Limaj et al.*
- Sala de Apelaciones, sentencia, caso n.º IT-98-29-A, del 30 de noviembre de 2006: *Prosecutor v. Galic*.
- Sala de enjuiciamiento, sentencia, caso n.º IT-98-29/1-T, del 12 de diciembre de 2007: *Prosecutor v. Dragomir Milosevic*.
- Sala de enjuiciamiento, sentencia, caso n.º IT-04-84-T, del 3 de abril de 2008: *Prosecutor v. Haradinaj et al.*
- Sala de enjuiciamiento, sentencia, caso n.º IT-04-82, del 10 de julio de 2008: *Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski*.
- Sala de Apelaciones, sentencia, caso n.º IT-01-42-A, del 17 de julio de 2008: *Prosecutor v. Strugar*.
- Sala de enjuiciamiento II, juicio público con anexo confidencial, volumen I de II, caso n.º IT-05-87/1-T, del 23 de febrero de 2011: *Prosecutor v. Dordevic*.

Sala de enjuiciamiento II, juicio público sin anexo confidencial, caso n.º IT-04-84bis-T, del 29 de noviembre de 2012: *Prosecutor v. Haradinaj et al.*

#### Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Sala de enjuiciamiento I, sentencia, caso n.º ICTR-96-4-T, del 2 de septiembre de 1998: *Prosecutor v. Akayesu.*

Sala de enjuiciamiento I, sentencia, caso n.º ICTR-96-3-T, del 6 de diciembre de 1999: *Prosecutor v. Rutaganda.*

#### Tribunal Penal Especial para Sierra Leona

Sala de enjuiciamiento II, sentencia, caso n.º SCSL-04-16-T, del 20 de junio de 2007: *Prosecutor v. Brima et al.*

Sala de enjuiciamiento I, sentencia, caso n.º SCSL-04-14-T, del 2 de agosto de 2007: *Prosecutor v. Fofana and Kondewa.*

Sentencia, caso n.º SCSL-04-15-T, del 2 de marzo de 2009: *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao.*

#### Corte Penal Internacional

Decisión de confirmación de cargos, caso n.º ICC-01/04-01/06-803-TEN, del 29 de enero de 2007: *Prosecutor v. Lubanga Dyilo.*

Decisión relativa al artículo 74 del Estatuto, caso n.º ICC-01/04-01/06-2843, del 14 de marzo de 2012: *Prosecutor v. Lubanga Dyilo.*

División de Pre-juicio (sala II), Decisión relativa al artículo 61 (7) (a) y (b), del Estatuto de Roma, caso n.º ICC-01/05-01/08-424, del 15 de junio de 2009: *Prosecutor v. Bemba Gombo.*

#### Corte Internacional de Justicia

Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion, 8 de julio de 1996 (General List n.º 95), en ICJ Reports 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe de fondo n.º 55/97, del 18 de noviembre de 1997: Juan Carlos Abella *v.* Argentina (“La Tablada”), caso 11.137.

Informe de admisibilidad n.º 13/04 (136/03) del 27 de febrero de 2004: Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y otros *v.* Perú.

Informe de fondo n.º 66/11, del 31 de marzo de 2011: Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y otros *v.* Perú (“Operación Chavín de Huántar”), caso 12.444.

#### 4. Otros documentos

Comité Internacional de la Cruz Roja

PICTET, JEAN (ed.). *Les conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire*, tomo I (La convention de Genève pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne), CICR, Genève, 1952.

PICTET, JEAN. *Les conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire*, tomo IV (La convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre), CICR, Genève, 1956.

PICTET, JEAN. *Les conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire*, tomo III (La convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre), CICR, Genève, 1958.

PICTET, JEAN. *Les conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire*, tomo II (La convention de Genève pour l’amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer), CICR, Genève, 1959.

International Committee of the Red Cross: Concerns on threshold for war crimes committed in noninternational armed conflicts as contained in the bureau proposal in document UN Doc A/Conf.183/C.1/L.59 And Corr.L, 1998.

Draft interpretive guidance on the notion of “direct participation in hostilities”. Fourth expert meeting on the notion of “direct participation under IHL” (Geneva, 27/28 November 2006), ICRC, TMC Asser Institute, Ginebra (mimeo).

Revised draft interpretive guidance on the notion of “direct participation in hostilities”. Based on the fourth expert meeting on the notion of “direct participation under IHL” (Geneva, 27/28 November 2006), ICRC, TMC Asser Institute, Ginebra (mimeo).

HENCKAERTS, JEAN-MARIE y DOSWALD-BECK, LOUISE (eds.). *Customary international humanitarian law*, tomo 1 (Rules = El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, tomo 1, CICR, Buenos Aires, 2007), Cambridge University Press, Cambridge *et al.*, 2005 (2009 reprinted with corrections).

¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario? Documento de opinión, marzo de 2008 (mimeo).

Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario, CICR, Ginebra, 2009.

Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law, ICRC, Ginebra, 2009.

Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire ICRC, Ginebra, 2009.

International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts. Report. 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent. Ginebra, EN 31IC/11/5.1.2, octubre de 2011.

## Otros

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, p. 95.

Congreso de la República de Colombia: Proyecto de Ley estatutaria para el desarrollo del Acto Legislativo n.º 2 de 2012, del 27 de diciembre de 2012, *Diario Oficial* n.º 48.657, del 28 de diciembre de 2012.

Corte Penal Internacional: Elements of crimes. Adopted by the assembly of states parties, en ICC-ASP Official Records, 1<sup>st</sup> session, ICC-ASP/1/3 (2002).

Departamento de Política Federal de la Confederación Suiza: Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts. Geneva (1974-1977), tomo XIV, Berna, 1978.

Ministerio de Defensa del Reino Unido: The joint service manual of the law of armed conflict, Joint Doctrine and Concepts Centre, Shrivenham 2004 (Joint Service Publication 383).

Parlamento Alemán: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, en Deutscher Bundestag, Drucksache 14/8524, del 13 de marzo de 2002.