

LUCHA CONTRASUBVERSIVA EN EL PERÚ: ¿CONFLICTO ARMADO O DELINCUENCIA TERRORISTA?

Alonso Gurmendi Dunkelberg**

El terrorismo vivido en el Perú durante las décadas de los ochenta y noventa ha sido uno de los acontecimientos determinantes en nuestra historia reciente y ha dejado una huella aún muy difícil de borrar. Hoy, pasada la peor parte, se hace necesario analizar lo sucedido en nuestro país en ese tiempo para así poder cerrar las heridas. Sin embargo, aún no hemos sido capaces de lograrlo. Subsiste todavía mucha controversia alrededor de varios temas; uno de ellos, sobre si la lucha llevada a cabo durante las décadas pasadas era un “conflicto armado” o era, en cambio, una “lucha contra el terrorismo”.

En el presente artículo, el autor analiza las características de la lucha contra Sendero Luminoso, llegando a la conclusión de que lo vivido aquí fue un conflicto armado interno, debido a la intensidad y la compleja organización del grupo subversivo. Posteriormente, evalúa cuáles son las consecuencias de esta determinación, ofreciendo una visión alternativa a las actualmente imperantes en nuestro país.

* El autor desea agradecer la ayuda brindada por Patrick Wieland Fernandini por sus comentarios a versiones preliminares de éste artículo.

** Abogado. Asociado del Estudio Echeopar. Miembro de la Asociación de Estudios sobre las Naciones Unidas del Perú. Las opiniones y los argumentos aquí vertidos son exclusivos del autor.

I. INTRODUCCIÓN

En las décadas de los ochentas y noventas, el Perú se enfrentó a épocas de intensa violencia terrorista que casi destruyen al Estado e instauran en su lugar una dictadura autocrática y totalitaria, sustentada en las ideologías comunistas de Sendero Luminoso y, en menor medida, del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru - MRTA.

Luego de veinte largos años de lucha contrasubversiva contra uno de los grupos terroristas más sanguinarios que ha conocido el Continente Americano –y, por qué no, el mundo– los peruanos hemos tenido que enfrentar profundas heridas que perduran hasta nuestros días y que, en muchos casos, nos han dejado como una sociedad marcadamente dividida, que aún busca llegar a términos con su propio pasado.

A fin de resolver estos problemas, el Gobierno de Transición del entonces Presidente Valentín Paniagua decretó la creación de la hoy ya famosa “Comisión de la Verdad y Reconciliación” (en adelante, la Comisión de la Verdad)¹. La Comisión de la Verdad trabajó durante diecinueve meses, entrevistándose con más de 15,000 personas en 509 distritos, repartidos en 129 provincias del país, presentando su Informe Final el 28 de agosto de 2003.

Sin embargo, a pesar de que sus orígenes se fundaron en el deseo de iniciar la curación de las heridas del pasado, la Comisión de la Verdad no ha dejado de ser fuente de discordia y desunión. Para algunos, el Informe

Final de la Comisión de la Verdad es una muestra fidedigna de lo ocurrido en la época del terrorismo; para otros, es un documento que bordea con la apología del senderismo y que ataca excesiva e injustamente a las fuerzas del Estado.

En esta línea, y a pesar de la naturaleza principalmente fáctica y de recopilación de información de la Comisión de la Verdad², una de las mayores controversias que ha suscitado su publicación ha girado en torno a su decisión de calificar los años de lucha contrasubversiva como un conflicto armado³, sujeto al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴.

Esta calificación ha sido trascendental en nuestro entendimiento de la época del terrorismo y ha terminado excediendo largamente el ámbito de la Comisión de la Verdad, constituyéndose no sólo en la posición oficial del Gobierno Peruano, sino informando y sustentando las posiciones y análisis legales del Estado en más de una ocasión.

Así, el Estado Peruano ha reconocido la autoridad de esta determinación en el contexto de sus procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando, por ejemplo, que: “[...] la existencia de la [Comisión de la Verdad] y de su Informe Final parten del dato incontestable de que el Perú padeció un conflicto armado interno, y que en dicho contexto específico se produjeron graves violaciones de los [D]erechos [H]umanos

¹ Ver: Decreto Supremo 065-2001-PCM. Ver también: Decreto Supremo 101-2001-PCM.

² Ver artículo 1 del Decreto Supremo 065-2001-PCM: “Créase la Comisión de la Verdad encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación a los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos”.

³ Tal como reporta la Elizabeth Salmón, “el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación [...] suscitó un encendido debate [...]”. Uno de los temas planteados es el referido a la calificación de conflicto armado interno para la situación de violencia que se desencadenó en el Perú y las supuestas consecuencias que de ella se derivan. En este sentido, se señaló que ello podría implicar el reconocimiento de Sendero Luminoso y el MRTA como grupos beligerantes, la atribución a sus miembros del estatuto de prisioneros de guerra y el reclamo de una amnistía para sus detenidos”. En: SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “El Reconocimiento del Conflicto Armado en el Perú. La Inserción del Derecho Internacional Humanitario en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional”. En: Derecho PUCP 57. 2005. p. 79.

⁴ Ver: Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (en adelante, CVR). Tomo I. Parte Primera. Capítulo Cuatro. p. 196: “La Dimensión Jurídica de los Hechos”. En esta sección de su Informe, la CVR empieza declarando de antemano que su enfoque legal se centra en el reconocimiento de “[...] un núcleo inderogable de derechos de la persona humana, establecido por normas imperativas de Derecho Internacional general, sean estas tributarias del Derecho Internacional de Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, o del Derecho Penal Internacional”.

atribuidas, entre otros actores del conflicto, al Estado peruano”⁵.

De igual forma, la calificación de la Comisión de la Verdad ha sido instrumental para nuestra Corte Suprema en los casos contra los altos mandos senderistas en el 2006⁶. Así, para la Corte Suprema: “La Comisión de la Verdad y Reconciliación ha señalado que la violencia por la que atravesó el Perú en la década de los ochenta y noventa constituye un conflicto armado interno, al que se le aplica el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra [...]”⁷.

Estos y otros ejemplos demuestran, entonces, que la calificación realizada por la Comisión de la Verdad en su Informe Final de 2003 ha sido de vital importancia para la forma en que el Perú y sus operadores legales han entendido y definido las dos décadas de lucha contrasubversiva que vivió el país.

Sin embargo, la evidente trascendencia del análisis jurídico de la Comisión de la Verdad y su amplia aceptación por los círculos oficiales, tanto a nivel nacional cuanto internacional, han hecho poco para convencer a los sectores más escépticos, quienes siguen convencidos de que los años de violencia terrorista no deben nunca ser descritos como un conflicto armado. Y, frente a esta realidad, surge el problema de que, más allá de su relevancia como hito histórico para el Perú, el análisis jurídico realizado por la Comisión de la Verdad dista mucho de ser exhaustivo y, por ende, parece ser incapaz de convencer a sus opositores.

En efecto, el análisis de la Comisión de la Verdad sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y la existencia de un conflicto armado en el Perú durante la

época del terrorismo ocupa únicamente cinco caras⁸ y no realiza un análisis completo de los requisitos que existen a nivel doctrinario y jurisprudencial para la calificación de una situación particular como conflicto armado. Más bien, para la Comisión de la Verdad, “los hechos examinados –decenas de miles de personas muertas en un contexto de violencia armada y varios otros miles de heridos o mutilados– no pueden explicarse sino por la existencia de un conflicto armado interno regido sin duda alguna por el artículo 3 común precitado”⁹.

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia más entendida, un gran número de muertos y heridos no es, por sí mismo, garantía de que nos encontremos frente a un conflicto internacional¹⁰. Después de todo, de ser esta la interpretación correcta, “la protección que pudiera ser provista por el Derecho Internacional Humanitario dejaría de aplicarse a muchas situaciones, en particular, a las primeras etapas de hostilidades o, en caso de conflictos armados de baja intensidad”¹¹.

Con esto en mente, entonces, y como señala Jean Pictet en sus Comentarios a la IV Convención de Ginebra, debe concluirse que “no importa cuánto dure el conflicto o cuánta matanza ocurra. El debido respeto a la persona humana como tal no se mide por el número de víctimas”¹².

Así pues, ya desde 1995, con la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadic, el Derecho Internacional Humanitario exige que la determinación de un conflicto armado sin carácter internacional (es decir interno) se haga en base a un análisis sobre la existencia de “violencia armada prolongada entre las

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta v. la República del Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 sobre Fondo, Reparaciones y Costas. párrafo 44.

⁶ Expediente Acumulado 560-03 (en adelante, Caso Abimael Guzmán). Sentencia de 13 de octubre de 2006.

⁷ Sentencia del Caso Abimael Guzmán. p. 136.

⁸ Informe Final de la CVR. pp. 201 a 205.

⁹ *Ibid.* p. 204.

¹⁰ Ver: CULLEN, Anthony. “The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law”. Cambridge: Cambridge University Press. 2010. p. 131.

¹¹ *Ibidem.* “The protection that might otherwise be provided by international humanitarian law would no longer apply to many situations, in particular in the early stages of hostilities or in case of low intensity conflict”.

¹² PICTET, Jean. “Comentarios a la IV Convención de Ginebra”. pp. 20-21. Disponible en: <http://www.icrc.org/ihi.nsf/COM/380-600005?OpenDocument>. “It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place. The respect due to the human person as such is not measured by the number of victims”.

autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado”¹³. Si bien la Comisión de la Verdad llegó a citar este caso en un pie de página del capítulo referente a la Dimensión Jurídica de los Hechos, no llegó a analizar en detalle si el caso peruano satisfizo este estándar en un acápite específico.

La falta de exhaustividad en el análisis legal de la Comisión de la Verdad es, sin embargo, comprensible y se encuentra plenamente justificada. Tal como admite la propia Comisión, ésta simplemente no era un ente obligado a absolver definitivamente complejas cuestiones jurídicas¹⁴, sino más bien era un ente encargado de recopilar información y producir un documento que sirva de guía y explicación a la población de lo que sucedió en esos años. Es por ello que, por ejemplo, entre sus miembros hubo únicamente dos abogados.

El problema, más bien, es que esta conclusión jurídica de la Comisión de la Verdad no ha sido acompañada por evaluaciones jurisprudenciales o doctrinales adicionales lo suficientemente completas como para que quede plenamente confirmada, causando que los niveles decisorios más altos del Estado peruano hayan confiado por una década entera en una determinación legal hecha por un ente que no fue diseñado para realizar este tipo de funciones legales.

Así pues, en este artículo proponemos que ha sido la inexistencia de un estudio legal autoritativo y definitorio (y de fácil acceso al común de la población), lo que ha causado que el tema del conflicto armado siga siendo hoy en día motivo de acalorados debates entre opositores y seguidores de la labor de la Comisión de la Verdad. No hay, después de todo, suficiente análisis que pueda realmente convencer a uno u otro bando de que lo que existió en el Perú fue o no un conflicto armado

sin carácter internacional (y qué implica llegar a esta conclusión). Este artículo busca ofrecer este análisis, evaluando y esclareciendo aquellos lugares comunes que detractores y partidarios suelen usar para justificar sus posiciones, al mismo tiempo que ofrece su propia versión de lo que sucedió.

El artículo, por ende, concluye afirmando que en el Perú de los ochentas y noventas sí hubo un conflicto armado no internacional, pero que el entendimiento de las consecuencias e implicancias de esta determinación por parte de opositores y detractores en nuestro país se encuentra profundamente errado, lo que los lleva a conclusiones manifiestamente insostenibles a la luz del Derecho Internacional que regula los conflictos armados. En última instancia, el artículo propone una visión alternativa de lo sucedido, que cumpla con satisfacer tanto las preocupaciones de seguridad de quienes se oponen a la existencia del conflicto, cuanto los deseos de respeto de los derechos humanos de quienes lo defienden.

Con este objetivo, el artículo ha sido dividido en cuatro partes. La primera analizará qué es exactamente un conflicto armado no internacional y cuál es el estándar internacional para determinar su existencia. La segunda buscará estudiar el caso peruano a la luz de este estándar para justificar la existencia de un conflicto armado internacional. La tercera establecerá cuáles son las consecuencias e implicancias de la existencia de un conflicto armado en el Perú de los ochentas y noventas, y la última sección ofrecerá nuestras conclusiones.

II. EL CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Hasta aproximadamente finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, las situaciones de violencia interna tradicionalmente estaban

¹³ Traducción libre del original en inglés. *Fiscal v. Dusko Tadic* (Caso IT-94-I). Decisión sobre Moción de la Defensa para Resolución Interlocutoria sobre Jurisdicción, 2 de octubre de 1995. párrafo 70. “[...] protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”.

¹⁴ Por ejemplo, la CVR se excusa de analizar la aplicabilidad del Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra, por establecer requisitos de aplicación que la CVR considera están fuera de su mandato. En efecto, “El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra [...] establece para su aplicación determinados requisitos (*inter alia*, un cierto tipo de control territorial por los insurgentes). La CVR en consecuencia, no siendo un órgano que debe resolver una tal cuestión, ha considerado que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra constituye el marco normativo adecuado para la determinación del núcleo inderogable de derechos vigentes durante un conflicto armado interno”.

por fuera del ámbito de interés de las normas internacionales, preocupándose el Derecho Internacional únicamente por aquellas situaciones en donde los Estados hacían uso de la fuerza armada los unos en contra de los otros. En siglos pasados, la única excepción a la regla era la aplicación del reconocimiento de beligerancia, mediante el cual un Estado otorgaba ciertas prerrogativas cuasi-soberanas a un grupo armado no estatal, pero únicamente para efectos bélicos.

Así, según Charles Rousseau, el objeto del reconocimiento de beligerancia implicaba “[...] reconocer a las fuerzas insurrectas –por lo menos en cuanto a los fines de la lucha en que están empeñadas y únicamente mientras dure la misma– los derechos necesarios para mantener esa lucha, con todas sus consecuencias. La facción, así reconocida, será considerada como un Estado, pero solamente por lo que respecta a las operaciones de guerra”¹⁵.

Sin embargo, dada la excepcional naturaleza del reconocimiento de beligerancia, las condiciones para su aplicación eran bastante elevadas y su aplicación dependía de una manifestación de voluntad de algún Estado. Según Sir Hersch Lauterpacht, por ejemplo: “Existe uniformidad en cuanto a la naturaleza de las condiciones que imponen el deber de reconocer la beligerancia –o que, según otros, justifica el reconocimiento de beligerancia. Estas condiciones son las siguientes: Primero, debe existir dentro del Estado un conflicto armado de carácter general (es decir, que no sea uno puramente local); segundo, los insurgentes deben ocupar y administrar una porción sustancial de territorio nacional; tercero, deben llevar a cabo las hostilidades de acuerdo con las reglas de la guerra y mediante fuerzas armadas organizadas que actúan bajo una autoridad responsable;

cuarto, deben existir circunstancias que hagan necesario para los terceros Estados definir su actitud por medio del reconocimiento de beligerancia”¹⁶.

El reconocimiento de beligerancia era, pues, una declaración por medio de la cual un Estado afirmaba que determinado conflicto había alcanzado un nivel tal de intensidad que permitía la toma de posición respecto de a quién apoyar o una declaración de neutralidad. El ejemplo típico es, por ejemplo, el caso de la Guerra Civil Estadounidense entre 1861 y 1865, en donde el país literalmente se dividió en dos bandos –la Unión y la Confederación–, cada uno con su propio ejército y gobierno.

Sin embargo, los casos de reconocimiento de beligerancia han sido pocos en número y son cada vez más infrecuentes¹⁷, en gran medida por las serias consecuencias que acarrear. Al otorgar un *status* de “cuasi-Estado” a los grupos insurgentes reconocidos como beligerantes, el conflicto deja de ser interno y asume una complejidad internacional, con todas las consecuencias que ello implica. Así los rebeldes, que originalmente no tenían un motivo justo para entablar combate y por ende podían ser sancionados penalmente por su levantamiento en armas, pasarían a detentar un estatuto de combatiente que implica el respeto del trato de prisionero de guerra, es decir, que no podrán ser sancionados penalmente por su participación en las hostilidades, salvo por aquellas violaciones al Derecho Internacional Humanitario que puedan cometer¹⁸.

Estas indeseadas consecuencias del reconocimiento de beligerancia y sus altos requisitos de aplicación, sin embargo, no menguaron el progresivo auto-convencimiento de la Comunidad Internacional de que la guerra interna era un fenómeno cruento, meritorio de regu-

¹⁵ ROUSSEAU, Charles. “Derecho Internacional Público”. Barcelona: Editorial Ariel. 1957. p. 300.

¹⁶ LAUTERPACHT, Hersch. “Recognition in International Law”. Cambridge: Cambridge University Press. 1947. pp. 175-176. Original: “There is general agreement as to the nature of the conditions which impose the duty of recognition of belligerency –or which, according to others, justify recognition of belligerency. These conditions are as follows: first, there must exist within the State an armed conflict of a general (as distinguished from a purely local) character; second, the insurgents must occupy and administer a substantial portion of national territory; thirdly, they must conduct the hostilities in accordance with the rules of war and through organized armed forces acting under a responsible authority; fourthly, there must exist circumstances which make it necessary for outside States to define their attitude by means of recognition of belligerency”.

¹⁷ Incluso, Rousseau refiere que “algunos autores contemporáneos creen que la teoría del reconocimiento de beligerancia ya no se halla de acuerdo con el actual Derecho positivo”. En: ROUSSEAU, Charles. Op. cit. p. 301.

¹⁸ Los detalles del *status* individual de combatiente se analizarán en mayor detalle en la Sección IV.

lación legal. En este contexto, entonces, ya para fines del siglo XIX, surgieron voces que propusieron la creación de un mínimo de normas básicas de aplicación automática para la guerra, incluso en casos de conflictos internos que no hayan sido objeto de un reconocimiento de beligerancia expreso¹⁹.

Así, en las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907, los Estados incluyeron lo que hoy se denomina la "Cláusula Martens", nombrada en honor a Fyodor Fyodorovich Martens, delegado ruso en la Conferencia, que señalaba lo siguiente: "Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública".

El objetivo era, entonces, declarar que existen estándares de humanidad y conciencia pública que resultan aplicables a los actos bélicos de un Estado, incluso cuando éstos no han sido regulados por el Derecho Internacional. Esta idea terminaría cobrando fuerza luego de los horrores de la Primera y Segunda Guerra Mundial, y es bajo este entendimiento que terminan por redactarse las famosas Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 que hoy conocemos, y que regulan los conflictos armados sin carácter internacional en su artículo 3 común, disponiendo, definitivamente, reglas de obligatorio cumplimiento para los Estados en conflictos que ocurriesen dentro de sus propias fronteras. Así, este artículo dispone un recuento de aquellas garantías mínimas que un Estado debe salvaguardar cuando surge un conflicto armado al interior de su territorio, señalando

que "las personas que no participen directamente en las hostilidades [...] serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo".

A raíz de este enunciado básico, entonces, el artículo 3 común prohíbe expresamente los atentados contra la vida, la integridad corporal y la dignidad personal, las mutilaciones, los tratos crueles y suplicios, la toma de rehenes y las condenas y ejecuciones que se realicen sin previo juicio ni garantías procesales, que sean perpetrados en contra de estas personas protegidas.

Estas garantías fueron desarrolladas posteriormente en 1977, mediante la firma del II Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional²⁰. Sin embargo, ni en el artículo 3 común ni en el II Protocolo Adicional definen, en ningún momento, qué es un Conflicto Armado sin carácter Internacional, y se limitan a enumerar los comportamientos prohibidos a los Estados que se encuentren librando uno.

Enfrentados a este vacío, como ya mencionamos, la labor de conceptualización de lo que es un Conflicto Armado no Internacional recayó en la jurisprudencia internacional, definiéndolo como la existencia de "violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado"²¹. A continuación, se analizarán estos elementos.

A. Violencia Prolongada

Al analizar la existencia de violencia prolongada, los tribunales internacionales, incluyendo el propio Tribunal Tadic, han entendido

¹⁹ Ver: MERON, Theodor. "The Humanization of International Law". En: American Journal of International Law 94. Abril de 2000. pp. 242-247.

²⁰ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las condiciones de aplicación del II Protocolo son más estrictas que las del artículo 3 común, en tanto el primero sólo es aplicable en conflictos "que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas [...]" (Ver artículo 1 del II Protocolo).

²¹ *Fiscal v. Dusko Tadic* (Caso IT-94-I). Decisión sobre Moción de la Defensa para Resolución Interlocutoria sobre Jurisdicción. 2 de octubre de 1995. párrafo 70. "[...] protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State".

que se cumple esta condición cuando el conflicto alcanza un nivel suficiente de intensidad²². Así pues, no cualquier problema interno es suficiente para activar la aplicación del artículo 3 común –y menos aun el II Protocolo Adicional. Aquellas situaciones que se limiten a la categoría de disturbios interiores o tensiones internas, como es el caso de los motines, protestas, marchas y actos violentos aislados no organizados quedarán fuera de la protección del Derecho Internacional Humanitario²³. De hecho: “El nivel de violencia armada para la aplicación del artículo 3 común debe ser lo suficientemente alto como para excluir actos de violencia esporádicos o aislados, pero lo suficientemente bajos como para incluir situaciones de conflictos armados internos donde las hostilidades no necesariamente se llevan a cabo de forma continua”²⁴.

Por ende, en la práctica no siempre es sencillo distinguir cuándo un caso específico califica o no como un conflicto armado propiamente dicho y, más que una clara línea divisoria entre ambos, de lo que se habla en doctrina es de un **umbral** en el cual: “Queda claro que la intensidad requerida para la existencia de un conflicto armado está por encima de los disturbios y tensiones internas. Queda claro también que las hostilidades no tienen que alcanzar la magnitud de **operaciones militares sostenidas y concertadas**”²⁵ [El énfasis es nuestro].

Entonces, la línea que separa las situaciones que conciernen al Derecho Internacional Humanitario de las situaciones que con-

ciernen al Derecho doméstico (incluyendo los Derechos Humanos) se encuentra en algún punto entre una protesta social violenta (que no califica como conflicto armado) y una guerra civil propiamente dicha (que definitivamente califica como conflicto armado), con la atingencia de que, según el Comité Internacional de la Cruz Roja, el artículo 3 común debe interpretarse de la manera más amplia posible²⁶.

Entonces, para determinar si un caso específico califica o no como un Conflicto Armado no Internacional, los tribunales internacionales han empleado una serie de criterios útiles. Así, en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, “las Cámaras de Primera Instancia han tomado en cuenta varios factores indicativos para evaluar la ‘intensidad’ del conflicto. Estos incluyen la seriedad de los ataques y si ha existido un incremento en los choques armados, la extensión de los choques sobre el territorio y sobre un período, cualquier incremento en el número de fuerzas gubernamentales y la movilización y distribución de armas entre ambas partes del conflicto, así como la determinación de si el conflicto ha atraído la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y si alguna resolución ha sido aprobada. Las Cámaras de Primera Instancia también han tomado en cuenta a este respecto el número de civiles forzados a huir de las zonas de combate; el tipo de armas utilizadas, en particular el uso de armamento pesado y otros equipos militares como tanques u otros vehículos pesados; el bloqueo o sitio

²² *Fiscal v. Ramush Haradinaj; Idriz Balaj y Lahi Brahimaj*. Sentencia 3 de abril de 2008. párrafo 40. “En el caso Tadic, la Cámara de Apelaciones, al aplicar su propio test, encontró que la lucha entre varias entidades dentro de la ex-Yugoslavia excedió desde 1991 los ‘requisitos de intensidad’ aplicables al conflicto armado. La Sala de Primera Instancia interpretó consistentemente que el término ‘violencia armada prolongada’ hace referencia a la ‘intensidad del conflicto’”. (Original: “In the Tadic case, the Appeals Chamber, when applying its own test, found that the fighting among various entities within the former Yugoslavia since 1991 exceeded the ‘intensity requirements’ applicable to armed conflict. The Trial Chamber consequently interpreted the term ‘protracted armed violence’ to refer to the ‘intensity of the conflict’”).

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.137. Caso Juan Carlos Abella (Caso Tablada). Informe 55/97. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 18 de noviembre de 1997. párrafo 149. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Argentina11.137c.htm> [Revisada por última vez el 28 de enero de 2012].

²⁴ CULLEN, Anthony. Op. cit. p. 128. “The level of armed violence required for the application of common Article 3 must be high enough to exclude isolated or sporadic acts of violence, but low enough to include situations of internal conflict where hostilities are not necessarily carried out on a continuous basis”.

²⁵ *Ibidem*. “It is clear that the intensity required for the existence of armed conflict is above that of internal disturbances and tensions. It is also clear that hostilities need not reach the magnitude of ‘sustained and concerned military operations’”. El término operaciones sostenidas y concertadas es un término técnico empleado por el II Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra.

²⁶ Caso Tablada. párrafo 152.

de pueblos y el bombardeo de estos pueblos; la extensión de la destrucción y el número de víctimas causada por los bombardeos o los enfrentamientos; la cantidad de tropas y unidades desplegadas; la existencia y el cambio de líneas de frente de batalla entre las partes; la ocupación de territorio y pueblos y asentamientos; el despliegue de fuerzas gubernamentales a zonas de crisis; el cierre de pistas; acuerdos y órdenes de cese al fuego y los esfuerzos de representantes de organizaciones internacionales para negociar y ejecutar estos acuerdos de cese al fuego²⁷.

Sin embargo, estos factores no son taxativos, sino meramente referenciales. La existencia de unos elementos y no otros o incluso la existencia de sólo unos pocos de estos elementos ameritará la declaración de existencia de conflicto armado. Más aún: “A un nivel más sistémico, un factor indicativo de conflicto armado es la forma en la que los órganos del Estado, tales como la policía y el ejército, hacen uso de la fuerza en contra de grupos armados. En tales casos, puede ser instructivo analizar el uso de la fuerza por las autoridades gubernamentales, en particular, cómo se interpretan ciertos derechos humanos, tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser detenido arbitrariamente”²⁸.

B. Grupo Armado Organizado

En el Caso Tadic, la Cámara de Apelaciones estableció que “un grupo organizado [...] normalmente tiene una estructura, una cadena de mando y un *set* de reglas, así como símbolos exteriores de autoridad”²⁹. Así pues, de acuerdo con este estándar, “normalmente un miembro del grupo no actúa por cuenta propia, sino que se conforma a los estándares prevalecientes en el grupo y está sujeto a la autoridad del líder del grupo”³⁰.

Ahora bien, “las partes en conflicto no tienen que necesariamente estar tan organizadas como las fuerzas de un Estado”³¹. Así, sólo “cierto nivel de organización por las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado”³².

A este respecto, entonces, es importante mencionar que el estándar de organización aplicable para la existencia de un conflicto armado regulado por el artículo 3 común es mucho menor que aquel exigido por el artículo 1 del II Protocolo Adicional, que en resumidas cuentas exige la existencia de un mando responsable y un control sobre parte del territorio del Estado, que les permita

²⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 177. “Various indicative factors have been taken into account by Trial Chambers to assess the ‘intensity’ of the conflict. These include the seriousness of the attacks and whether there has been an increase in armed clashes, the spread of clashes over territory and over a period of time, any increase in the number of government forces and mobilisation and the distribution of weapons among both parties to the conflict, as well as whether the conflict has attracted the attention of the United Nations Security Council, and whether any resolutions on the matter have been passed. Trial Chambers have also taken into account in this respect the number of civilians forced to flee from the combat zones; the type of weapons used, in particular the use of heavy weapons and other military equipment, such as tanks and other heavy vehicles; the blocking or besieging of towns and the heavy shelling of these towns; the extent of destruction and the number of casualties caused by shelling of fighting; the quantity of troops and units deployed; existence and change of front lines between the parties; the occupation of territory, and towns and villages; the deployment of government forces to the crisis area; the closure of roads; cease fire orders and agreements, and the attempt of representatives from international organizations to broker and enforce cease fire agreements”.

²⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 178. “At the more systemic level, an indicative factor of internal armed conflict is the way that organs of the State, such as the police and military, use force against armed groups. In such cases, it may be instructive to analyse the use of force by governmental authorities, in particular, how certain human rights are interpreted, such as the right to life and the right to be free from arbitrary detention”.

²⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Dusko Tadic*. IT-94-I-A. Sentencia de 15 de julio de 1999. párrafo 120. “[...] an organized group [...] normally has a structure, a chain of command and a set of rules as well as the outward symbols of authority”.

³⁰ *Ibidem*. “Normally a member of the group does not act on his own but conforms to the standards prevailing in the group and is subject to the authority of the head of the group”.

³¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Naser Oric*. IT-03-68-T. Sentencia de 30 de junio de 2006. párrafo 254. “[...] warring parties do not necessarily need to be as organised as the armed forces of a State”.

³² *Fiscal v. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu*. IT-03-66-T. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. párrafo 89. “[...] some degree of organisation by the parties will suffice to establish the existence of an armed conflict”.

realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones del Protocolo.

Así pues, como señaló el Tribunal del Caso Haradinaj, “[...] un conflicto armado puede existir sólo entre partes que están lo suficientemente organizadas como para enfrentarse la una a la otra por medios militares”³³.

III. APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR AL CASO PERUANO

A. ¿Qué hizo Sendero en el Perú en los ochentas y noventas?

Antes de poder determinar si las actividades terroristas de Sendero Luminoso pueden ser calificadas como conflicto armado es importante poder dejar sentado qué fue exactamente Sendero Luminoso y qué hizo en el Perú durante los años de violencia terrorista.

La historia de Sendero Luminoso puede rastrearse hasta la época de la famosa Polémica Chino-Soviética y el rompimiento del maoísmo con el comunismo ruso. Esta polémica, causó en el Perú la división del Partido Comunista Peruano en dos subgrupos, uno pro-soviético y otro pro-chino³⁴. Sendero Luminoso aparecería a inicios de los setenta como la escisión ayacuchana del ala pro-china del Partido Comunista. Esta escisión, liderada por Abimael Guzmán, un desconocido Profesor de Filosofía de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, buscaba lograr lo que él llamaba la re-constitución del Partido Comunista del Perú³⁵ y, posteriormente, el inicio de una así llamada “Lucha Armada”

en contra del Estado Peruano con miras a la “conquista del poder” a fin de instaurar una “República Popular de la Nueva Democracia”.

Así, el 17 de mayo de 1980, Sendero Luminoso inicia su “Lucha Armada” en contra del Perú. En esa fecha, según relata la Comisión de la Verdad, “en la localidad ayacuchana de Chuschi, un grupo armado de cinco encapuchados irrumpió en el local donde se guardaban las ánforas y padrones para las elecciones nacionales del siguiente día y quemaron once de ellas”³⁶.

Esa autodenominada “Guerra Popular”, sin embargo, seguiría una estrategia muy diferente a la experimentada en otros países latinoamericanos. En palabras de la Comisión de la Verdad: “Involucrado en una lógica de aniquilamientos, provocación, progresivo escalamiento de la violencia y armamentización de antiguos conflictos intercomunales, el Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso causó una forma de conflicto armado sumamente costoso en vidas humanas, sin precedente en la historia de los conflictos armados internos en América Latina”³⁷.

La estrategia armada de Sendero Luminoso era, pues, diferente y consistía, en “‘batir el campo’ (y batir es ‘arrasar y no dejar nada’), crear vacíos de poder y conformar los Comités Populares que constituían el germen del ‘nuevo poder’ senderista” que permitan la implementación de una “República Popular de Nueva Democracia”³⁸.

Esta forma de entender su “revolución” hizo que, a diferencia de otros grupos subversivos, el senderismo concentrara sus esfuerzos principalmente en contra de

³³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj y Lahi Brahimaj*. IT-04-84-T. Sentencia de 3 de abril de 2008. párrafo 60. “[...] an armed conflict can exist only between parties that are sufficiently organized to confront each other with military means”.

³⁴ DEGREGORI, Carlos Iván. “Discurso y Violencia Política en Sendero Luminoso”. En: *Bulletín de l’IFEA* 29. 2000. p. 496. Disponible en: [http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/29\(3\)/493.pdf](http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/29(3)/493.pdf) [Visitado por última vez el 29 de enero de 2012].

³⁵ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 18.

³⁶ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 29. Un mes antes, Abimael Guzmán, en la así llamada “l Escuela Militar del Partido”, había declarado: “Ha concluido nuestra labor con manos desarmadas. Se inicia hoy nuestra palabra armada”. Fuente: *Revista Caretas* 1584. 1999. Disponible en: <http://www.caretas.com.pe/1999/1584/terror/terror.htm> [Visitada por última vez el 29 de enero de 2012].

³⁷ Informe Final de la CVR. Tomo I. p. 219. El accionar particularmente sanguinario de Sendero Luminoso quedaba, pues, claramente señalado en los dichos de su líder, que no dudaba en afirmar que “dos banderas [luchan] en el alma, una negra y otra roja. Somos Izquierda, hagamos holocausto con la bandera negra”. Ver: DEGREGORI, Carlos Iván. Op. cit. p. 500.

³⁸ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 219. Ver también: DEGREGORI, Carlos Iván. Op. cit. pp. 507-508.

los representantes de la autoridad estatal (policías y alcaldes) con miras a tomar el control de un número creciente de poblados y aplicar en ellos el llamado “marxismo-leninismo-maoísmo-pensamiento Gonzalo”.

En estas zonas, Sendero aplicaría una política totalitaria y dictatorial que privaba al campesinado de toda libertad³⁹. Así, como relata un testimonio de la Comisión de la Verdad, “[e]llos se comportaron, al inicio, de maravilla, pero no pasó ni tres meses creo, empezaron a sujetarnos y no podíamos ni movilizarnos, ni irnos a Ayacucho siquiera, ni a Vinchos, ni a visitar a nuestra familia. Tampoco querían que vengan de otros sitios. Todo eso pues a uno le imposibilita la vida, los campesinos somos libres y a cualquier sitio nos movilizamos y eso es lo que les ha dolido a los demás”⁴⁰.

De esta forma, según la Comisión de la Verdad, “en los hechos, encontramos un férreo sistema de justicia donde no se toleraba el error y simplemente no existía oportunidad alguna para la reconciliación. El Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso sólo entendía dos cosas: Se estaba a favor de ellos o, de lo contrario, se tenía que morir”⁴¹.

Por ende, para cuando las Fuerzas Armadas tuvieron que hacer frente a la amenaza senderista, si bien hubo serios enfrentamientos entre patrullas del Ejército Peruano y columnas senderistas, éste no sería el principal frente de lucha contra-subversiva⁴². En cambio, la lucha principal se llevaría a cabo por turnos, con los senderistas implantando su pesadilla comunista en un poblado y, posteriormente, el ejército intentando descubrir a los infiltrados y derrotarlos. En palabras de la Comisión de la Verdad, la labor del ejército era *sui generis*:

“[...] Es obvio que no se trataba de ocupar militarmente la zona. Las bases militares existentes en la zona antes de establecido el control militar del orden interno nunca fueron atacadas por el [Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso], ni tampoco los transportes ni el personal militar, por más que quedarán eventualmente en situación vulnerable. Tampoco se trataba de proteger o reinstaurar un sistema policial, judicial e institucional desbordado por las acciones de una agrupación criminal pero requerido por la población, porque ese sistema ya no funcionaba como tal, si alguna vez lo hizo. [...] La misión real de las Fuerzas Armadas era mucho más extraña y difícil, era poner las condiciones para el surgimiento de un Estado de Derecho allí donde no las había, es decir, posibilitar que se genere en la población la conciencia de tener derechos básicos y de pertenecer a un Estado que los garantiza, y para ello eliminar a la organización empeñada en destruir todo asomo de esa conciencia, el [Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso]”⁴³.

El problema era, pues, que el tipo de contienda iniciada por Sendero Luminoso implicaba necesariamente involucrar en el conflicto a la población civil⁴⁴. Así, en un enfrentamiento en donde era sumamente difícil para el Estado discernir entre amigo y enemigo, el Estado también tuvo que acudir a la colaboración de la población civil, a través de lo que hoy conocemos como Comités de Auto-Defensa o, como eran popularmente conocidos en ese entonces, las “rondas campesinas”. La idea de estos comités era asegurar las zonas en donde los senderistas habían sido expulsados, sea por acción del ejército o por acción de las propias comunidades que se alzaban en contra de la opresión senderista (como ocurrió, por ejemplo, en Luccanamarca), en una estrategia

³⁹ En palabras de la CVR, “la razón principal para condenar la acción armada del PCP-SL como un acto criminal contra todos los peruanos está en que usó las armas con el fin de instaurar un régimen totalitario y de potencial genocida, basado no en el respeto a los derechos básicos de las personas sino en la visión de una sociedad supuestamente perfecta que construirían mediante la violencia”. Informe Final. Tomo II. p. 248.

⁴⁰ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 47.

⁴¹ Informe Final de la CVR. Tomo V. p. 29.

⁴² Incluso, la CVR afirma que sería un error designar a Sendero Luminoso como una “guerrilla” dado su comportamiento. Ver: Informe Final. Tomo II. p. 248.

⁴³ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 259.

⁴⁴ Ver: *Ibid.* pp. 261-262. “La estrategia del PCP-SL apuntaba a involucrar en el conflicto a la población, practicando sistemáticamente el terror y el asesinato, el reclutamiento forzado y el uso de las poblaciones como escudos humanos, violando las más elementales leyes de la guerra con la finalidad de obtener un poder político totalitario. Además, no establecía en general campamentos ni se proponía establecer columnas permanente”.

que, en última instancia, sería decisiva para el triunfo del Estado en contra de Sendero.

Bajo estas condiciones, empero, la lucha en la Sierra terminó constituyendo una especie particular de conflicto, en donde por lo general no se reportaban grandes batallas frontales entre subversivos y militares, sino que las formas más usuales de violencia armada eran las luchas con los ronderos, las emboscadas a los militares, los asesinatos selectivos y las matanzas, mientras que el contra-ataque militar consistía, principalmente, en labor de inteligencia, cooperación con las rondas campesinas e intervenciones armadas selectivas –de mayor y menor escala– en lo que se conocía como “zonas rojas”, copadas por los senderistas⁴⁵.

Esta guerra de baja intensidad en la Sierra, sin embargo, fue bastante diferente a la estrategia de Sendero Luminoso en Lima, en donde, mediante el uso de explosivos, mantuvo a la población aterrorizada durante gran parte de su “Guerra Popular”.

En Lima, después de todo, Sendero Luminoso emprendió una campaña de destrucción de infraestructura, asesinatos y bombardeos selectivos de zonas pobladas a fin de lograr el mayor terror en la población y lograr así la rendición del Estado. Para Sendero, las ciudades eran “cajas de resonancia” que permitían “adquirir notoriedad, hacer que los efectos de sus acciones tengan repercusión nacional e internacional”⁴⁶.

Con esto en mente, Sendero colocó coches bomba en diversos lugares de la capital, entre los que destacan la Embajada de Estados

Unidos (febrero de 1992), en las oficinas del Canal 2 (junio de 1992) y en la Calle Tarata (julio de 1992), sólo por nombrar algunos ejemplos. De igual forma, realizó otros actos violentos, como los paros armados, y una serie de atentados a torres de alta tensión (destinadas a causar apagones) y aniquilamientos selectivos como el intento de asesinato del entonces Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Domingo García Rada (abril de 1985) o el brutal asesinato de la teniente alcalde de Villa El Salvador, María Elena Moyano (febrero de 1992).

Esta dualidad sierra-costa del conflicto, que presenta escenarios manifiestamente distintos, es pues un gran reto para la tarea de determinar si las hostilidades en el Perú llegaron o no a la intensidad y organización suficiente como para poder ser considerado un conflicto armado interno. Es a esto a lo que nos avocaremos en el siguiente acápite.

B. ¿Constituyeron estos hechos un conflicto armado?

Ya hemos visto tanto el tipo de organización sanguinaria que enfrentó el Perú de los ochentas y noventas, como los requisitos que existen en la doctrina y jurisprudencia para evaluar la existencia de un conflicto armado. En este punto, buscaremos combinar ambos para poder determinar si, en definitiva, hubo o no un conflicto armado en el Perú.

Para ello, como ya hemos mencionado, se deberá evaluar tanto la intensidad de la violencia armada cometida, como la organización de la agrupación terrorista Sendero Luminoso⁴⁷.

⁴⁵ Como señala la CVR: “Las implicancias concretas de la nueva estrategia aparecen en el manual [contrasubversivo de las FFAA] cuando se habla de cómo desorganizar a los grupos armados subversivos y cómo intervenir en una ‘zona roja’. La primera aclaración es que ‘la GCS [Guerra de Contra Insurgencia] es una guerra de inteligencia en un 80% y de operaciones en un 20%’ (p. 73). Sus prioridades son, entonces, identificar a los miembros y la organización del partido, sus capacidades y vulnerabilidades; identificar así también a las bases de apoyo y la fuerza local; ‘ejecutar operaciones de contrainteligencia’, ‘optimizar la infiltración’, ‘disponer de interrogadores entrenados’, ‘establecer un banco de datos’, ‘formar redes de colaboradores e informantes’, etcétera (p.74). Al hablar del componente de acción armada, se dice ‘Combatir con iniciativa, sorpresa, engaño, movilidad, creatividad y empleando procedimientos similares a los de los subversivos’ y ‘realizar operaciones psicológicas, agresivas y eficientes, explotando oportunamente los hechos o acciones favorables en todos los niveles, con el fin de destruir o quebrar la voluntad de lucha y moral de las fuerzas subversivas’ (p. 77). Queda claro que las acciones armadas mismas están compenetradas con la actitud de las operaciones psicosociales y de contrainteligencia”. Ver: Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 289.

⁴⁶ Informe Final de la CVR. Tomo VI. p. 46.

⁴⁷ Debe tenerse en cuenta que para efectos de este análisis se está partiendo del estándar fijado por el artículo 3 común y no del II Protocolo Adicional, en el entendido de que la actuación de Sendero Luminoso no satisfizo sus altos requisitos.

1. La intensidad de la violencia

Sendero Luminoso es, sin lugar a dudas, un grupo terrorista y sus acciones, además de ser ilegales, constituyeron actos terroristas. La pregunta que surge a raíz del caso peruano en particular, entonces, es si el tipo preciso de violencia que enfrentó el Perú –consistente en atentados terroristas, coches bomba y matanzas indiscriminadas de civiles– puede calificar o no como “violencia armada prolongada”.

A nivel comparado, la cuestión cobró bastante controversia cuando la defensa de los denunciados en el caso Boskoski y Tarculovski ante el Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia⁴⁸ argumentara que las situaciones de terrorismo y de conflicto armado no pueden equipararse.

En sustento a esta afirmación, los denunciados argumentaron que la propia sentencia del Caso Tadic menciona que los dos criterios de violencia prolongada y grupo armado organizado se usan “únicamente para fines de, como mínimo, distinguir un conflicto armado del vandalismo, las insurrecciones breves y desorganizadas **o las actividades terroristas, que no están sujetas al Derecho Internacional Humanitario**” [El énfasis es nuestro]⁴⁹. Así, para su defensa, la expresa mención del Tribunal Tadic de actividades

terroristas como un ejemplo de una situación que no califica como conflicto armado bastaría para dejar en claro que terrorismo y conflicto armado son cosas diferentes⁵⁰.

Sin embargo, en dicha oportunidad, la Cámara de Primera Instancia respondió aclarando que: “El argumento esencial [...] en Tadic es que actos aislados de violencia, tales como ciertas actividades terroristas cometidas en tiempo de paz, no estarían cubiertas por el artículo 3 común. Esta conclusión reflejaba la determinación [...] de que existe un conflicto armado sin carácter internacional cuando hay ‘violencia prolongada entre fuerzas del gobierno y grupos organizados o entre tales grupos dentro de un Estado’. Al aplicar este test, lo que importa es si los actos son perpetrados de forma aislada o como parte de una campaña prolongada que implica el enfrentamiento de ambas partes en hostilidades. No es relevante si los actos de violencia perpetrados pueden o no ser caracterizados como de naturaleza terrorista”⁵¹.

Por ende, la calificación de actos como terroristas no es relevante para efectos de la clasificación de la situación. Más bien, lo que importa para esto es la forma (esto es, la intensidad) en que se lucha contra estos actos terroristas. No es, pues, lo mismo un atentado terrorista aislado como la destrucción del

⁴⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. IT-04-82-T. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 184.

⁴⁹ *Fiscal v. Dusko Tadic* (Caso IT-94-I). Opinión y Sentencia. 7 de mayo de 1997. “[...] solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law”.

⁵⁰ Argumentos similares han sido usados en el Perú para argumentar en contra del conflicto armado. Ver, por ejemplo: VILLEGAS, María Cecilia. “Daño Colateral”. En: Diario Correo. 21 de enero de 2012. “Ni Sendero ni el MRTA fueron grupos guerrilleros ni insurgentes. Ni guerra interna, ni conflicto armado. ¡Terroristas! Sendero mataba campesinos, asesinaba padres delante de sus hijos, abría vientres de mujeres embarazadas y arrebatava a los no nacidos, ejecutaba autoridades rurales y dejaba sus cuerpos colgados para que todos vieran como trataban a los “traidores”, masacraba pueblos enteros. El MRTA secuestraba empresarios a quienes mantenía en condiciones inhumanas encerrados en cajones bajo tierra durante meses. Sendero y el MRTA son terroristas, pero extrañamente la CVR les dio status de grupo beligerante”. Disponible en: <http://diariocorreo.pe/columna/64153/dano-colateral/> [Visitada por última vez el 29 de enero de 2012].

⁵¹ *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*, párrafo 185. “The essential point made by the Trial Chamber in Tadic is that isolated acts of violence, such as certain terrorist activities committed in peace time, would not be covered by Common Article 3. This conclusion reflected the Appeals Chamber’s determination in Tadic that armed conflict of a non-international character exists when there is ‘protracted violence between governmental authorities and organized groups or between such groups within a State’. In applying this test, what matters is whether the acts are perpetrated in isolation or as part of a protracted campaign that entails the engagement of both parties in hostilities. It is immaterial whether the acts of violence perpetrated may or may not be characterised as terrorist in nature”. A esta conclusión también llegó el Tribunal del Caso Kordic, al afirmar que “el requisito de lucha prolongada es importante para excluir meros casos de desorden civil o actos individualizados de terrorismo” (Original: “the requirement of protracted fighting is significant in excluding mere cases of civil unrest or single acts of terrorism”) Ver: *Fiscal v. Dario Kordic y Mario Cerkez*. IT-95-14/2-A. Sentencia de 17 de diciembre de 2004. párrafo 341.

Edificio Murrah en Oklahoma, a manos de Timothy McVeigh, en 1995, que evidentemente no califica como un conflicto armado; que una campaña sistemática y generalizada de atentados terroristas como la que experimentan países como Colombia e Israel, que han sido claramente clasificados como conflictos armados, a pesar de la denominación de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (“las FARC”) y Hamas como grupos terroristas⁵².

Sin embargo, como hemos mencionado, lo difícil al realizar la clasificación de una situación en particular no está en los extremos, sino en los puntos medios. Así por ejemplo, ¿calificaría como conflicto armado la lucha alemana en contra de la Banda Baader-Meinhoff o la italiana contra las Brigadas Rojas, en donde si bien hubo varios atentados a lo largo de varios años, nunca fue involucrado el ejército? O incluso, ¿puede clasificarse como conflicto armado la situación que existía en Irlanda del Norte, en donde las fuerzas militares británicas intervinieron para mantener la paz entre los sectores católicos y protestantes radicales? La pregunta es, entonces, cómo distinguir los casos de lucha anti-terrorista que pueden alcanzar el nivel de intensidad suficiente para constituir conflicto armado de aquellos que no.

Si recordamos lo visto en el capítulo II anterior, existen ciertos indicios que pueden referirnos a cuándo una situación ha dejado de constituir un mero disturbio y se convierte en un conflicto armado. En el Perú, varios de estos indicios se cumplieron. Evidentemente, los ataques senderistas fueron de una gravedad realmente devastadora para el país⁵³, lo que obligó al Estado a responder mediante el uso

de su fuerza armada en forma proporcional a la violencia desplegada, al punto que en varias ocasiones la contra-subversión requirió del uso de helicópteros, franco-tiradores y operaciones militares de gran escala⁵⁴.

La gravedad de estos hechos queda claramente establecida en varios pasajes del Informe Final de la Comisión de la Verdad, así como en fuentes del propio ejército. Así, por ejemplo, cuando la Comisión de la Verdad narra lo sucedido durante la “Operación Aries” llevada a cabo en 1994 en la zona del Alto Huallaga, afirma que “[...] el Ejército empezó a realizar operativos con mayor estancia en zonas liberadas por el [Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso] con la ayuda de helicópteros artillados que, supuestamente, ocasionaban muertes de senderistas y de la población que involuntariamente vivía en parte de esta guerra”⁵⁵ y que “[...] los enfrentamientos fueron encarnizados y los senderistas recurrieron a muchas tretas gracias a su conocimiento de la zona. Eso propició que los soldados retrocedieran. Por esta razón hubo muchas bajas también entre los efectivos de las fuerzas del orden”⁵⁶.

En efecto, como señalara un miembro de las Fuerzas Armadas entrevistado por la Comisión de la Verdad, “[hubo] muchos muertos [...]. A nosotros nos hostigaban cada diez o quince minutos, hostigar era ráfagas de balas o detonaban explosivos y de repente paraba todo y nunca más oías ni veías nada y ya tenías dos o tres balas y tú no sabías de dónde te habían disparado”.

Las propias Fuerzas Armadas también cuentan escenarios similares; por ejemplo, de acuerdo

⁵² En el caso *Israelí*, la Corte Suprema determinó la existencia de un conflicto armado *internacional* entre Israel y los grupos palestinos terroristas que surgieran a raíz de la Intifada de 2000. La Corte describió el conflicto contra los terroristas en Israel como “un asalto masivo de terrorismo [dirigido] contra el Estado de Israel y contra los israelíes, por el mero hecho de ser israelíes”. (Original: “A massive assault of terrorism [directed] against the State of Israel, and against Israelis, merely because they are Israelis”). Ver: *The Public Committee against Torture in Israel y otros v. The Government of Israel y otros*. HCJ 769/02, Sentencia de 11 de diciembre de 2005. En el caso Colombiano, el 25 de mayo de 2011, el Senado Colombiano pasó una Ley que expresamente reconoce la situación en ese país como un conflicto armado interno. Ver: LOZANO, Pilar. “El Senado Colombiano aprueba una ley para resarcir a las víctimas”. En: *Diario El País*. 25 de mayo de 2011. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Senado/colombiano/aprueba/ley/resarcir/victimas/elpepuint/20110525elpepuint_9/Tes [Visitada por última vez el 29 de enero de 2012].

⁵³ La CVR calcula un saldo de más de 60,000 víctimas y 21 mil millones de dólares en pérdidas económicas sólo entre 1980 y 1992. Ver: Informe Final de la CVR. pp. 308-309.

⁵⁴ Ver: Informe Final de la CVR. Tomo V. pp. 381-415. “La Estrategia de Pacificación en la Margen Izquierda del Río Huallaga”.

⁵⁵ Ver: Informe Final Tomo V. p. 392.

⁵⁶ *Ibíd.* p. 399.

con la página web del Ejército Peruano, “la intervención de las Fuerzas Armadas en la lucha contrasubversiva se produjo cuando empezaba la segunda fase de la guerra popular de Sendero. El Ejército encargó a la [segunda división] de Infantería la ejecución de las operaciones, para lo cual esta gran unidad de combate fue trasladada a Ayacucho, desde su sede en Huancayo. Su antigua zona de responsabilidad le fue encargada a la [trigésimo primera división de Infantería], cuyo cuartel general fue ubicado en esta ciudad.

La misión que el gobierno asignó al Ejército era un tanto equívoca, por lo menos de cara a la opinión pública, pues se dijo que la segunda división de Infantería cumpliría mera función de apoyo logístico a la Policía Nacional del Perú, que al parecer seguiría cumpliendo la misión principal. Para los efectos prácticos, sin embargo, el general de brigada Clemente Noel Moral, Comandante General de dicha gran unidad de combate, asumió el mando pleno de la zona de emergencia y subordinó bajo su mando a los elementos policiales existentes en su jurisdicción.

La estrategia operativa que se puso en práctica desde los primeros días de enero de 1983 consistía en la ocupación militar del territorio en las provincias puestas en situación de emergencia, para ejercer el control táctico de las poblaciones, las vías de comunicaciones y puntos críticos en general. La segunda división de Infantería estableció para ese objeto, alrededor de 60 bases contrasubversivas, incluso las controladas por la Infantería de Marina en la provincia de Huanta. Estas bases protegían las principales comunidades campesinas, especialmente las que habían sido controladas por Sendero.

Las operaciones militares destinadas a destruir la organización senderista y ejercer el control territorial de la zona de emergencia, mediante un intenso patrullaje, con el apoyo de helicópteros del Ejército y la Fuerza Aérea, fueron combinadas con actividades de apoyo a la comunidad que incluían la provisión de víveres y medicinas, en coordinación con los

organismos estatales pertinentes, por lo que las Fuerzas del Orden ganaron la simpatía y el apoyo de la población, en las ciudades y en el campo”⁵⁷.

Bajo este esquema, entonces, sólo en 1983, “Sendero atacó 84 veces a instalaciones de las Fuerzas del Orden (policiales); ejecutó seis emboscadas y se produjeron 61 enfrentamientos armados, en los que murieron 85 miembros de las Fuerzas del Orden y 2,161 subversivos, mientras que se capturó a 1,699 extremistas. Hay que decir que, como era común en esa época, la mayor parte de estos detenidos fueron puestos en libertad por falta de pruebas, según versión del Poder Judicial, aunque la verdad era que los jueces estaban intimidados por Sendero”⁵⁸.

De esta forma, lo ocurrido en el Perú no fue una simple búsqueda de delincuentes que arrestar, sino que implicó, en palabras de la Directiva 01-PE-DI-JUN 86 JUL 90 del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, realizar “acciones disuasivas, represivas y/o de pacificación destinadas a neutralizar, desorganizar y/o destruir todo foco subversivo, para restablecer el orden interno” con la intención de “destruir y/o neutralizar la Organización Político-Administrativa” de los subversivos⁵⁹.

Como puede verse pues, las Fuerzas Armadas, que cumplieron un rol primordial en la pacificación del país, funcionaron durante los años de violencia contra-subversiva como si se encontrasen combatiendo un conflicto armado, excediendo la mera acción policiaca. El ejército, después de todo, y por su propia admisión, no podía entrar a las zonas rojas a hacer una mera labor policial, en donde el principal objetivo de la incursión es arrestar personas, sino que, por su comportamiento, denotan que entendían que estaban entrando a una zona de combate, en donde podían disparar y ser disparados sin que la idea de arrestar a una persona sea el principal objetivo.

Este es, pues, un modelo que nunca existió en los casos alemanes e italianos antes

⁵⁷ EJÉRCITO DEL PERÚ. “La Lucha Contrasubversiva entre 1981 y 1987”. Disponible en: http://www.ejercito.mil.pe/index.php?view=article&catid=311%3Adefensa-del-frente-interno&id=6066%3A1a-lucha-contrasubversiva-entre-1981-y-1987-&option=com_content&Itemid=961 [Visitada por última vez el 23 de abril de 2012].

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Ver: Informe Final de la CVR. Tomo II. pp. 282-283.

mencionados, en donde la amenaza terrorista de la Banda Baader-Meinhoff y las Brigadas Rojas fue, en todo momento, lidiada desde una perspectiva policiaca y en base a una estrategia de arrestos producto de labores de inteligencia.

Así pues, como señaló el Tribunal del caso Boskoski y Tarculovski, “[e]n situaciones que no alcanzan a ser un conflicto armado, el Estado tiene el derecho de usar la fuerza para defender la Ley y el Orden, incluyendo la fuerza letal, pero, según sea aplicable, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos restringirá tal uso a aquello que sea absolutamente necesario y que sea estrictamente proporcional a ciertos objetivos. [...] Sin embargo, cuando una situación alcanza el nivel de conflicto armado, la cuestión de qué constituye una privación arbitraria de la vida se interpreta de acuerdo a los estándares del Derecho Internacional Humanitario, en donde se aplica un *test* de proporcionalidad diferente”⁶⁰.

Por ende, el intenso ataque que desarrolló Sendero Luminoso, sumado al propio comportamiento de las fuerzas del gobierno, que no pudieron contrarrestar esta ofensiva con mera acción policiaca, más bien parecieran avalar la posición de que en el Perú sí existió, en realidad, “violencia armada prolongada” de la suficiente intensidad como para constituir un conflicto armado.

2. La organización de Sendero Luminoso

Sendero Luminoso era un grupo altamente jerarquizado y que dependía completamente de las órdenes del “Presidente Gonzalo”. Las acciones de los senderistas eran cometidas a nombre de la agrupación y no a título individual,

a tal punto que incluso Abimael Guzmán ha sido condenado como autor mediato de un gran número de atentados senderistas en los que él no participó directamente⁶¹.

Así, según la Corte Suprema: “El Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso era definitivamente una organización ilícita, con una estructura y dirección claramente establecidas y diferenciadas”⁶².

Después de todo, la cúpula senderista “[gobernaba] el conjunto de la organización sancionando los acuerdos y estableciendo las directivas y consignas que debían ser ejecutadas por todos los aparatos y comités de la organización”⁶³.

Incluso, la acción armada de Sendero Luminoso –que se ejecutaba a través de lo que ellos denominaban un “Ejército Guerrillero Popular”– estaba organizada en dos frentes; uno para el campo y otro para la ciudad. La acción en el campo se estructuraba a partir de una Fuerza Principal, una Fuerza Local y una Fuerza Base, que conformaban pelotones y columnas. En la costa, en cambio, Sendero se organizó en base a destacamentos.

Finalmente, como señala la Corte Suprema, “los miembros que formaban parte del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, sean estos dirigentes, cuadros, militantes, combatientes o ‘masas’ estaban subordinados por jerarquía a los acuerdos de los organismos de dirección, las directivas y las consignas, las que obligatoriamente debían ser cumplidas, por estricta aplicación de los principios de centralismo y disciplina, correspondientes a los miembros encargados de la ejecución de los atentados la planificación en concreto de

⁶⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. IT-04-82-T. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 178. “In situations falling short of armed conflict, the State has the right to use force to uphold law and order, including lethal force, but, where applicable, human rights law restricts such usage to what is no more than absolutely necessary and which is strictly proportionate to certain objectives. [...] However, when a situation reaches the level of armed conflict, the question what constitutes an arbitrary deprivation of life is interpreted according to the standards of international humanitarian law, where a different proportionality test applies”.

⁶¹ Ver: Caso Abimael Guzmán. p. 173. “En consecuencia, a juicio del Colegiado, dado el nivel que ostentaba en el Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso y toda su participación en el proceso de aprobación de los planes de acciones armadas, órdenes concretas y sistemas de control de toda la organización, resulta ser el máximo y principal responsable de todos los hechos declarados probados en esta sentencia, siéndole atribuible su intervención en calidad de autor mediato por dominio en organización de los delitos de terrorismo agravado”.

⁶² *Ibíd.* pp. 155-156.

⁶³ *Ibíd.*dem.

cada acción, elaborando el denominado Plan Operativo Táctico [...]”⁶⁴.

Puede verse entonces que Sendero Luminoso era una organización terrorista altamente organizada y jerarquizada, al punto que sus miembros tenían que firmar cartas de sujeción a Abimael Guzmán para poder pertenecer al grupo⁶⁵. Por ende, sería un grupo lo suficientemente organizado como para satisfacer las exigencias del estándar Tadic para la existencia de conflicto armado.

IV. CONSECUENCIAS DE LA EXISTENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Hemos determinado que en los ochentas y noventas, el Perú atravesó por un conflicto armado sin carácter internacional y que eso activa las disposiciones aplicables del Derecho Internacional Humanitario con respecto a la conducción de las hostilidades. La pregunta es ¿cuáles son esas disposiciones?

Para dar respuesta a esta pregunta, es preciso revisar dos puntos fundamentales de los conflictos armados no internacionales: La inexistencia del privilegio de combatiente y el estándar para determinar la legalidad del uso de fuerza letal. A continuación procedemos a evaluar cada uno.

A. La inexistencia del Privilegio de Combatiente

En un conflicto armado **internacional** (es decir, entre Estados), las personas se dividen en combatientes y civiles. En resumidas cuentas, son combatientes los integrantes de las fuerzas armadas de los países en conflicto⁶⁶ y son civiles todas las demás personas que habitan dichos Estados.

En este tipo particular de conflicto, en donde quienes participan legalmente en las hostilidades son soldados de Estados Partes de los Convenios de Ginebra, todos los combatientes gozan de tratos especiales. Así, si bien pueden ser atacados en cualquier momento en su calidad de objetivo militar válido⁶⁷, también gozan del llamado privilegio de combatiente y el trato de prisionero de guerra, que en buena cuenta les permiten no ser sancionados penalmente por su participación en las hostilidades (es decir, no pueden ser condenados por el “asesinato” de los soldados de la otra parte)⁶⁸.

Ahora bien, mientras que el privilegio de combatiente hace que el soldado sea un objetivo legítimo, la condición de civil, en cambio, causa el completo opuesto: La población civil no puede ser objeto de ataque por parte de los combatientes⁶⁹. Dicho esto, sin embargo, si así lo desea, un civil puede abandonar su *status* protegido si decide participar directamente en las hostilidades o asumir una función continua de combate⁷⁰. Estos

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Informe Final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. Tomo II. p. 25.

⁶⁶ Existen más categorías reguladas por el artículo 4 de la III Convención de Ginebra, pero cuya explicación no viene al caso para los fines del artículo.

⁶⁷ SASSOLI, Marco y Laura OLSON. “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non international armed conflicts”. En: *International Review of the Red Cross* 90. Septiembre 2008. pp. 605-606. “los combatientes pueden ser atacados en cualquier momento hasta que se rindan o estén de cualquier otra forma *hors de combat*” (Original: “Combatants may be attacked at any time until they surrender or are otherwise hors de combat”).

⁶⁸ SOLIS, Gary. “The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War”. Cambridge: Cambridge University Press. 2010. p. 190. En estricto, un combatiente sólo puede ser sancionado por incumplir el Derecho Internacional Humanitario, no el Derecho Penal de un Estado Parte del conflicto.

⁶⁹ Ver artículo 51.2 del I Protocolo Adicional de Ginebra.

⁷⁰ Para una descripción más detallada de ambos conceptos ver: MELZER, Nils. “Interpretative Guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”. *International Committee of the Red Cross*. 2009. Disponible en: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf> [Visitado por última vez el 31 de enero de 2012] En el primer caso, participa directamente en las hostilidades quien levanta un arma y se une a la lucha temporalmente, en cuyo caso, su participación termina cuando suelta el arma y regresa a su vida civil y, en el segundo, la función continua de combate consiste en dedicarse a planear, ejecutar o dirigir de forma continua actos que constituyen participación directa en las hostilidades y consiste básicamente en el escenario de “granjero de día, guerrillero de noche” que usan ciertos grupos armados para evitar ser atacados. Ver: LEWIS, Michael. “Drones and the Boundaries of the Battlefield”. En: *Texas International Law Journal* 47.

“combatientes no privilegiados”, como suelen ser llamados coloquialmente⁷¹, no están autorizados para participar en las hostilidades y no gozan del trato del prisionero de guerra ni del privilegio de combatiente: Son objetivos válidos y también pueden ser juzgados por su participación en las hostilidades.

En cambio, en caso de conflicto armado **no internacional**, como el que existió en el Perú, la regulación del privilegio de combatiente cambia radicalmente. En estos casos, después de todo, no puede existir un privilegio puesto que el enemigo a combatir no es un Estado, sino un mero grupo armado no estatal, a cuyos miembros no puede excederse de responsabilidad por alzarse en contra de su Estado.

En estos casos, entonces, las Fuerzas Armadas estarán autorizadas a combatir a las fuerzas irregulares que se levantan en su contra en virtud al Derecho nacional, por lo que evidentemente no serán sancionados por su participación en las hostilidades, mientras que los miembros del grupo armado, que no están autorizados por el Derecho nacional a tomar las armas en contra de su propio Estado, sí podrán ser legítimamente sancionados como participantes ilegales.

En otras palabras, entonces, la calificación de conflicto armado no obsta para que, una vez capturados, los miembros de Sendero Luminoso puedan ser penalmente procesados por terrorismo, asesinato, etcétera, tal como hasta la fecha viene sucediendo. Esto está claramente establecido en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, cuando señala que la aplicación de sus disposiciones **“no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”**.

Esto además significa que es imperativo distinguir los conceptos de reconocimiento de beligerancia de conflicto armado regulado por el artículo 3 común. En efecto, si bien ambas figuras buscan regular la violencia armada intra-estatal, la primera lo hace mediante un esquema internacional que otorga

el privilegio de combatiente a las fuerzas no estatales; mientras que la segunda, en cambio, lo hace sin otorgar ningún privilegio a estas fuerzas.

B. El estándar para el uso de la fuerza letal

Para poder entender la regulación del uso de la fuerza letal en los conflictos armados, es preciso explicarla diferenciándola de la regulación existente en ausencia de conflicto armado. Así, mientras en los conflictos armados el Derecho Internacional Humanitario sirve como *lex specialis* para la aplicación de los Derechos Humanos, que deben ser interpretados a la luz de sus disposiciones, en tiempo de paz únicamente debe aplicarse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin que el Derecho Internacional Humanitario entre al ruedo.

Así, cuando el régimen legal aplicable está constituido solamente por el Derecho Internacional **de los Derechos Humanos** (es decir, en ausencia de conflicto), el uso de la fuerza –sobre todo de la fuerza letal– está severamente restringido y debe responder a altos requisitos para poder ser empleada.

El régimen aplicable en ausencia de conflicto armado, entonces, señala que nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida⁷². En tiempo de paz, por ende, las fuerzas estatales deben primero intentar arrestar a los sospechosos y sólo hacer uso de la fuerza cuando esto sea absolutamente necesario⁷³.

Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “[s]ólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control [...] el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas [...] debe estar prohibido como regla general”⁷⁴.

⁷¹ Aunque, en estricto, no son combatientes.

⁷² Ver artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷³ Ver artículo 2.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Zambrano Vélez y otros v. Ecuador*. Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). párrafo 83 y 84.

De forma similar, la Convención Europea de Derechos Humanos impone altos requisitos para que el uso de la fuerza letal pueda ser legal. En este sentido, el artículo 2.2 señala: “La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a. En defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b. Para detener a una persona conforme a Derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c. Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección”.

Esta estricta forma de restringir el uso de la fuerza letal por los órganos del Estado en tiempo de paz puede verse reflejada por ejemplo en el caso *McCann v. Reino Unido*, ante la Corte Europea de Derechos Humanos⁷⁵. En este caso, se demandaba la violación al derecho a la vida de tres terroristas del Provisional Irish Republican Army (un grupo terrorista irlandés) durante una operación de arresto en Gibraltar.

Según relata la propia Corte, las autoridades en el Peñón habían recibido reportes de que estos individuos estaban planeando detonar un coche bomba a control remoto y, por ende, se decidió que un grupo de fuerzas especiales (Special Air Service) británicas los arrestarían, contando con autorización para hacer uso de la fuerza letal en caso sea necesario para proteger la vida de los habitantes de la zona. En el curso del arresto, los soldados británicos pensaron que McCann iba a detonar la bomba y dispararon contra él, matándolo.

La Corte sentenció que si bien el uso de la fuerza letal por parte de los soldados no fue por sí mismo arbitrario ni violó el derecho

a la vida de los terroristas, la planificación y ejecución de la operación en su conjunto sí lo hizo. Para la Corte, pues, el no haber procedido a arrestar a los sospechosos en la misma frontera de Gibraltar, sino haber esperado hasta que apareciera el supuesto coche bomba⁷⁶, el hecho de que un soldado haya reportado que este vehículo **era la bomba** y no que **podía ser** la bomba que buscaban⁷⁷ y el hecho de que los soldados hayan disparado y hayan sido entrenados para matar y no simplemente para herir a sus objetivos⁷⁸, eran indicación suficiente para concluir que la operación violó los derechos humanos de los terroristas en cuestión.

Esta regulación altamente restrictiva contrasta pues con las disposiciones aplicables **en existencia** de conflicto armado, en donde lo que determina la arbitrariedad de una privación específica de la vida de una persona no es ya únicamente el régimen de Derechos Humanos, sino que estos deben ser interpretados a la luz del Derecho Internacional Humanitario, que es menos restrictivo, en el sentido de que no hay que intentar arrestar previamente a quienes participan directamente en las hostilidades, que son objetivos válidos por su mero *status*⁷⁹. En efecto: “Bajo el [Derecho Internacional Humanitario] la legalidad de atacar un objetivo depende de su *status* [...]. Un combatiente o un civil que participa directamente en las hostilidades puede ser atacado en cualquier momento mientras perdure ese estatus, siempre que el individuo no esté *hors de combat*, es decir, se rinda o esté incapacitado [...] El [Derecho Internacional Humanitario] no impone un requisito de necesidad para atacar a un objetivo que posea tal *status*. En otras palabras, no existe bajo [Derecho Internacional Humanitario] ninguna obligación de emplear primero medios no letales contra un objetivo válido o de capturar o

⁷⁵ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *McCann y otros v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Sentencia de 27 de septiembre de 1995. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695820&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> [Visitada por última vez el 4 de febrero de 2012].

⁷⁶ *Ibid.* párrafo 203.

⁷⁷ *Ibid.* párrafo 209-210.

⁷⁸ *Ibid.* párrafo 212.

⁷⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión Consultiva sobre el caso de la Legalidad en la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares. 1996. párrafo 25.

detenerlo antes de intentar matarlo. Disparar primero es perfectamente adecuado”⁸⁰.

La diferencia entre ambos regímenes queda clara si uno compara lo antes visto en el Caso McCann con la experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tablada⁸¹, en donde se analizó la conducta de la República Argentina al retomar un cuartel del Ejército que había sido capturado por civiles armados. La Comisión había determinado previamente que la situación en Tablada había superado el umbral de meros disturbios internos y había llegado al nivel de un conflicto interno.⁸² Al hacerlo, la Comisión determinó que “[c]oncretamente, cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado **en la misma medida que los combatientes**. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada **perdieron** los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud **pacífica**”⁸³ [El énfasis es nuestro].

Así pues, existe una clara diferencia entre lo que está permitido en tiempos de paz y lo que está permitido en existencia de un

conflicto armado. En el primero, el Estado está obligado a tomar todas las precauciones posibles para evitar tener que usar la fuerza. En el segundo, en cambio, el Estado puede disparar en contra de cualquiera que participe directamente en las hostilidades.

Ahora bien, por supuesto, en este régimen, el accionar del Estado no es irrestricto, sino que debe conformarse a los principios de Distinción, Necesidad Militar y Proporcionalidad. Sin embargo, debe admitirse también que estos principios distan mucho del estándar de “necesidad absoluta” previsto en los tratados de Derechos Humanos.

Así pues, el principio de Distinción señala que “solamente los que participan en las hostilidades [...] y los objetivos militares podrán ser objeto de ataques, y no se podrá, por ende, atacar a la población civil”⁸⁴. Por su parte, el principio de Proporcionalidad “exige que el efecto entre los medios y métodos de combate escogidos y utilizados no sea desproporcionado con la ventaja militar que se busca obtener”⁸⁵, estando esto ligado al principio de Necesidad Militar, “que justifica aquellas medidas de violencia militar que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos”⁸⁶.

Por ende, para que la acción de un Estado en un conflicto interno sea considerada legal,

⁸⁰ MILANOVIC, Marko. “When to Kill and When to Capture”. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/when-to-kill-and-when-to-capture/> [Visitado por última vez el 23 de abril de 2012]. “Under IHL, the lawfulness of attacking a target depends on its status (which we’ve postulated for the purposes of this post). A combatant or a civilian taking a direct part in hostilities can be attacked at any time while the status persists, so long as the individual is not hors de combat, e.g. surrenders or is incapacitated. Contrary to some recent suggestions by Nils Melzer, both in the course of his academic work and in the ICRC DPH guidance, IHL does not impose a necessity requirement for attacking a target possessing such a status. In other words, there is under IHL no obligation to first employ non-lethal means against a lawful target, or to capture or detain before trying to kill. Shooting first is perfectly proper”.

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.137.” *Albella v. República Argentina (Tablada)*”. Reporte 55/97 de 18 de noviembre de 1997. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Argentina11.137d.htm> [Visitado por última vez el 4 de febrero de 2012].

⁸² Esta determinación fue, sin embargo, muy polémica y muy probablemente errada, si se tiene en cuenta que la situación no parece haber involucrado ni un grupo lo suficientemente organizado (sino simplemente un grupo de ciudadanos armados que decidieron tomar un cuartel) ni un uso de la violencia lo suficientemente intenso ni prolongado (toda la situación no duró más de unos cuantos días). El análisis específico del régimen para el uso de la fuerza, sin embargo, sí resultan adecuados para nuestros propósitos.

⁸³ Caso Tablada. párrafo 178.

⁸⁴ SALMON GÁRATE, Elizabeth. Op. cit. p. 92.

⁸⁵ *Ibid.* p. 94.

⁸⁶ *Loc. cit.* Para un análisis más detallado sobre los alcances del principio de necesidad militar ver: OHLIN, Jens David. “The Duty to Capture”. En: *Minnesota Law Review* 97. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2131720.

tiene que ser una acción proporcional y militarmente necesaria dirigida en contra de los miembros de un grupo armado organizado o de civiles que participen directamente en las hostilidades. Esto significa, por ejemplo, que el Estado no puede simplemente matar indiscriminadamente a los integrantes de un pueblo que sea sospechoso de estar infiltrado por terroristas y no puede asesinar sin previo juicio a aquellos (presuntos) terroristas que haya apresado. Pero, a la vez, significa que sí podrá, por ejemplo, tomar por asalto un campamento terrorista y usar fuerza letal contra sus integrantes, sin que haya ninguna necesidad de apresarlos primero.

La idea es, entonces, brindar a las Fuerzas del Orden la flexibilidad necesaria que les permita lograr una eficaz defensa del Estado, en circunstancias cuya gravedad exige una interpretación diferente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al mismo tiempo que se procura impedir a los agentes del Estado abusar y violar las nociones más básicas de humanidad (como la prohibición de la tortura y las ejecuciones extrajudiciales) en contra de aquellas personas que precisamente se encuentran en situación más vulnerable: Los civiles y aquellos subversivos que ya se encuentren bajo el control del Estado o que no representen un real peligro por estar fuera de combate.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de estos párrafos hemos ofrecido un análisis completo de lo sucedido en el Perú en los ochentas y noventas, llegando a la conclusión de que estos hechos califican jurídicamente como un conflicto armado interno. Para muchos en nuestro país, como hemos visto, esta determinación es sinónimo de debilidad; de un Estado que no sólo es “permisivo” con el terrorismo, sino que le otorga “legitimidad” a sus actos y “victimiza” a los responsables⁸⁷.

De acuerdo con lo analizado en este artículo, sin embargo, una conclusión semejante no sería consecuente con la realidad. Las

normas aplicables durante un conflicto interno sencillamente no son permisivas si se las compara con las normas aplicables en ausencia de conflicto; no legitiman los actos terroristas en la medida en que no brindan privilegio de combatiente a quienes participan directamente en las hostilidades; no implican un reconocimiento de beligerancia y no victimizan a los terroristas en tanto no sólo permiten, sino que obligan al Estado a sancionar penalmente a quienes cometan estos despreciables actos.

Además, la controversia que este tema suscita en el Perú resulta irónica, si se tiene en cuenta que el mismo debate ha tomado una dimensión completamente opuesta más allá de nuestras fronteras. En efecto, todo el problema causado por la “Guerra contra el Terrorismo” de Estados Unidos puede resumirse en un tira y afloja entre un Gobierno que quiere encontrar la existencia de conflicto armado en la mayor cantidad posible de países, a fin de poder beneficiarse de sus disposiciones más permisivas para lidiar con los integrantes de Al-Qaeda, y una oposición y sociedad civil preocupadas por estas interpretaciones expansivas, que preferirían más bien la utilización del régimen más restrictivo aplicable en tiempo de paz en el mayor número posible de lugares⁸⁸.

Así, dadas las características de los regímenes legales aplicables en tiempo de paz y en tiempo de conflicto, tradicionalmente son las izquierdas progresistas, temerosas de los abusos que pueda cometer el Estado, las que suelen buscar las interpretaciones que más restrinjan la aplicación del régimen legal de los conflictos armados, buscando en cambio regular la acción del Estado por el régimen menos permisivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En cambio, sucede lo contrario con las derechas conservadoras que, deseosas de poder lidiar con el terrorismo de las formas más amplias y flexibles posibles, suelen preferir el régimen aplicable en los conflictos armados por sobre el aplicable en tiempos de paz.

⁸⁷ Ver, por ejemplo: MARIÁTEGUI, Aldo. “¿CVR en el Colegio? ¡No!”. En: Diario Correo. Disponible en: <http://diariocorreo.pe/columna/64736/cvr-en-el-colegio-no/> [Visitada por última vez el 8 de abril de 2012].

⁸⁸ Ver, por ejemplo: ANDERSON, Kenneth. “Targeted Killings and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a ‘Legal Geography of War’”. En: BERKOWITZ, Peter (Editor). “Future Challenges in National Security and Law”. Stanford University. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1824783 [Visitada por última vez el 9 de abril de 2012].

Lo curioso, entonces, es que en nuestra versión de este debate sucede exactamente lo opuesto: Es nuestra izquierda progresista la que se esmera en demostrar que hubo un conflicto armado, al mismo tiempo que asume las interpretaciones legales más restrictivas para condenar la respuesta contrasubversiva del Gobierno; y es nuestra derecha conservadora la que más se resiste a su aplicación al mismo tiempo que critica a los progresistas por no querer combatir al terrorismo de la forma más flexible posible.

Este debate entre progresistas y conservadores, entonces, termina siendo un sinsentido que se aleja del interés general del resto (y mayoría) del país, que, en estas épocas de paz y progreso, más que cerrados debates ideologizados, necesita una real reconciliación que nos una como nación.

En esta línea, la conclusión más razonable a la que podría llevarnos lo visto en los párrafos precedentes es que la existencia del conflicto armado nos permite tomar lo mejor de ambos mundos, en la medida en que brinda herramientas eficaces al Estado para luchar en contra del enemigo terrorista, pero lo hace en un marco de respeto por aquellas condiciones mínimas de humanidad que requiere una sociedad civilizada. Y es que buscar brindar a un Estado herramientas que excedan este límite no sólo implica abandonar las bases morales que precisamente sustentan el

derecho de la sociedad de defenderse del enemigo terrorista, sino que implica confiar que la pesada y poderosa maquinaria de guerra estatal será cruel e inclemente sólo con quienes nosotros creemos que debe serlo, respetando al mismo tiempo nuestros derechos de ciudadano inocente. La verdad es, sin embargo, que un Estado desatado, capaz de torturar y capaz de ejecutar prisioneros sin previo juicio, difícilmente se tomará la molestia de indagar qué personas son merecedoras de derechos y qué personas no.

Así pues, tal vez debiéramos dejar de ver el tema del conflicto armado como un punto de inflexión que divida a nuestra sociedad entre quienes creen en un Estado respetuoso de los Derechos Humanos y quienes creen en un Estado que pueda combatir eficazmente el terrorismo. Es posible concebir un Estado que haga ambas cosas simultáneamente.

Y es que, después de todo lo que ha atravesado nuestro país, sería simplemente una lástima que veamos nuestra historia reciente reducida a una pelea por rótulos que empañe la memoria de aquellas personas y aquellas historias que realmente deberíamos honrar y recordar; no tenemos que escoger entre “conflicto armado” y “violencia terrorista”; podemos simplemente reconocer que en esos oscuros años el Perú padeció de **ambas** cosas.