

Ni máquinas de guerra, ni puras víctimas: Legalidad de los ataques contra los niños de disidencias de las FARC según el derecho internacional humanitario**

Neither war machines nor mere victims: Legality of Targeting children of FARC dissidents according to International Humanitarian Law

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar el marco jurídico que ofrece el derecho internacional humanitario cuando el Estado realiza acciones que afectan a niños, niñas y adolescentes reclutados ilegalmente por grupos armados, en el desarrollo de conflictos armados no internacionales. Se analiza el dilema que surge a raíz del reclutamiento de menores, como crimen en el marco del derecho penal internacional, versus el rol que se les asigna, como combatientes, a esos menores, según los convenios y protocolos de Ginebra. Además, se estudian diferentes pronunciamientos judiciales respecto a los niños soldados como participantes civiles de hostilidades y las limitaciones prácticas de considerarlos ya sea combatientes o civiles hostiles. En ese sentido, una importante limitación es cómo el contexto particular y las mismas normas sobre el derecho de guerra imponen obligaciones a las partes de actuar con proporcionalidad. Finalmente, se concluye que, aunque exista vaguedad jurídica frente al ataque a niños, niñas y adolescentes soldados en el derecho internacional humanitario, es menester atender las múltiples consecuencias de este hecho y propender a proponer soluciones para limitar esta vaguedad.

* Titular de la cátedra James McGill de Justicia más allá del Estado, Facultad de Derecho, McGill University, Canadá. rene.provost@mcgill.ca

** Recibido el 21 de junio de 2023, aprobado el 2 de septiembre de 2024.

Para citar el artículo: Provost, R. *Ni máquinas de guerra, ni puras víctimas: Legalidad de los ataques contra los niños de disidencias de las FARC según el derecho internacional humanitario*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 61, enero-abril de 2025, 311-343 doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n61.12>

PALABRAS CLAVE

Conflicto armado, derecho internacional humanitario, niños, niñas y adolescentes soldados, ataques directos, participación directa en hostilidades, proporcionalidad, límites al uso de la fuerza.

ABSTRACT

This article aims to analyze how international humanitarian law deals with actions in which the State attacks children illegally recruited by armed groups when there are internal armed conflicts. The article analyzes the dilemma when an armed group compels minors to participate in war, considered an international crime under international criminal law, versus the role assigned to these minors as combatants by the Geneva Conventions and Protocols. Furthermore, the paper studies various judicial decisions regarding child soldiers as civilian participants in hostilities. Also, the article shows the practical limitations of considering children either as combatants or civilians that participate in hostilities. In that regard, a significant burden is how the particular context and the laws of armed conflict impose obligations on the parties to act proportionately. Finally, the paper concludes that, although there is legal vagueness when targeting child soldiers in international humanitarian law, it is necessary to address the multiple consequences of this fact and propose solutions to limit it.

KEYWORDS

Armed conflict, International Humanitarian Law, child soldiers, targeting, direct participation in hostilities, proportionality, limits on the use of force.

SUMARIO

Introducción. 1. NNA soldados como combatientes. 2. NNA soldados como civiles que participan o no directamente en las hostilidades. 3. Limitaciones particulares en las medidas y estrategias adoptadas frente a NNA soldados. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Tras el bombardeo realizado en marzo de 2021 por las fuerzas aéreas colombianas contra campamentos de disidentes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que culminó con la muerte de doce niños, niñas y adolescentes (NNA) de entre 9 y 16 años reclutados a la fuerza, el ministro de Defensa, Diego Molano, declaró:

“Los jóvenes que están en esos campamentos hacen parte de las hostilidades, estaban recibiendo directrices para desarrollar actividades terroristas y la responsabilidad de las Fuerzas Militares es dismantlar esas organizaciones [...] La discusión de fondo es cómo la responsabilidad de un alias es usar niños para convertirlos en máquinas de guerra. El derecho internacional humanitario lo que dice es que el que está en un campamento terrorista, ha sido entrenado y está planeando un acto terrorista, hacen parte de las hostilidades y pueden atentar contra la vida de soldados, policías y sociedad civil. La responsabilidad del Estado colombiano y las fuerzas militares es desarrollar operaciones para dismantlar esas estructuras y proteger a los colombianos”¹.

En reacción, algunas ONG solicitaron a la Jurisdicción Especial para la Paz que otorgara medidas cautelares para proteger a los NNA reclutados a la fuerza por disidencias de las FARC. Decisiones sucesivas de la Sala de Reconocimiento y de la Sala de Apelación concluyeron en 2021 y 2022 que los NNA vinculados a grupos armados “deben ser tratados principalmente como víctimas”, algo que tiene que reflejar la doctrina militar de las Fuerzas Militares². El 30 de enero de 2023, el nuevo ministro de Defensa, Iván Velásquez Gómez, adoptó la Directiva 01 de 2023 sobre el reconocimiento de la calidad de víctimas de los NNA reclutados por parte de grupos armados. En su texto, la directiva incorpora un mensaje público del ministro Velásquez según el cual

“Los menores reclutados forzosamente por organizaciones ilegales son víctimas, víctimas de esta violencia en la que hemos vivido por tantas décadas. Por lo tanto, toda acción militar que se desarrolle respecto de miembros de organizaciones ilegales no puede poner en peligro estas víctimas también de la violencia”³.

El objetivo del presente artículo es ofrecer un análisis del marco jurídico del derecho internacional humanitario para los ataques que tienen como objetivo o afectan a NNA reclutados por grupos armados⁴.

1 Redacción Judicial, *El Espectador*. “*Son máquinas de guerra*”: así justificó Diego Molano bombardeo a adolescentes, 10 de marzo de 2021. <https://www.elespectador.com/judicial/son-maquinas-de-guerra-asi-justifico-diego-molano-bombardeo-a-adolescentes-article/> Para el mismo sentimiento expresado en relación con los niños soldados, véase: Hoffman, D. *The War Machines: Young Men and Violence in Sierra Leone and Liberia*. Durham: Duke University Press, 2011.

2 Tribunal Especial para la Paz, Sección de Apelación. *Auto TP-SA 1035 de 2022*, Jurisdicción Especial para la Paz, 7 de diciembre de 2022, §35.4.4 & 37. El mismo sentido había sido expresado por la Corte Constitucional: Sentencia C-172/04, 2 de marzo de 2004, 12 (“Los niños son verdaderamente víctimas sin culpa del conflicto”).

3 Ministerio de Defensa Nacional (Colombia), Directiva 01 de 2023, 30 de enero de 2023, 18-19.

4 La discusión que sigue se inspira en parte en: Provost, R. *L'attaque directe d'enfants-soldats en droit international humanitaire*. En *Canadian Yearbook of International Law*, 55, 2018, 33-71; Provost, R. *Targeting Child Soldiers*, EJILTALK, 12 de enero de 2016, <https://www.ejiltalk.com/>

Para empezar, es necesario reconocer la realidad y la magnitud del fenómeno de los NNA soldados y su participación en los combates. La comunidad internacional, encabezada por el representante especial del secretario general de la ONU para la cuestión de los NNA y los conflictos armados, lleva más de dos décadas trabajando para poner freno a esta práctica, y cada vez son más los países y grupos armados no estatales que se comprometen a abstenerse de reclutar y utilizar NNA soldados, e incluso con la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados⁵. Sin embargo, el objetivo de eliminar por completo el fenómeno sigue siendo lejano, ya que decenas, si no cientos de miles de NNA, siguen participando en conflictos armados en diversas funciones. El papel desempeñado por estos NNA varía enormemente, desde cocinero, porteador, guardia, explorador, comando suicida, combatiente, etc. Dicho esto, aunque existen patrones locales en el papel de los NNA soldados, no puede decirse que la participación de NNA soldados en combate sea un fenómeno inusual; en algunos conflictos armados, o en el caso de algunos grupos armados no estatales, hay un gran número de NNA entre los combatientes, y no es inusual que haya unidades de combate con una mayoría de menores al mando de un niño soldado. En muchos casos, la utilización de NNA soldados en combate es una estrategia intencionada y planificada por la dirección del grupo o del gobierno.

La historia de la participación de NNA soldados en Colombia es muy larga; se remonta incluso a antes de la Violencia de los años cincuenta⁶. Así pues, las FARC surgieron en un país con una cultura que ya incluía a los NNA soldados, y el grupo incorporó a los NNA a sus fuerzas de combate de forma significativa y persistente a lo largo del conflicto armado. La presencia, práctica y experiencia de los NNA soldados en las FARC ha sido ampliamente

org/targeting-child-soldiers/. Las posiciones desarrolladas en estos textos han sido adoptadas en la doctrina más reciente sobre esta cuestión; por ejemplo: Birhane, F. T. *Targeting of Children in Non-International Armed Conflicts*. En *Journal of Conflict and Security Law*, 26, 2021, 377; De La Cruz, F. y Cruz Quispe, D. *Soldados, víctimas y enemigos: el derecho del targeting y los niños asociados con grupos armados*. En *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario*, 3, 2022.

5 Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, Doc. ONU A/79/245 (2024). Unos 31 grupos armados han firmado un “Acta de compromiso para proteger a los niños en los conflictos armados”, preparada por la ONG Geneva Call, que incluya el compromiso de no reclutar a menores de 18 años: <https://www.genevacall.org/areas-of-intervention/>

6 Pachón, X. *La persistente presencia de los niños combatientes en la historia de Colombia*, 54 *Proyecto Historia: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História*, 2015, 14; Centro Nacional de Memoria Histórica, *Una guerra sin edad. Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano*. Bogotá: CNMH, 2017, 27-176.

estudiada por los investigadores⁷. Se sabe que casi tantas niñas como niños se convirtieron en combatientes de las FARC, a una edad media de 13 años, con una representación desproporcionada de miembros de comunidades afrocolombianas e indígenas. La JEP, que actualmente está estudiando el caso del reclutamiento de NNA soldados por parte de las FARC en su caso número 7, calcula que las FARC reclutaron a más de veinte mil NNA en sus filas durante la guerra⁸. Los estudios sobre los NNA soldados de las FARC coinciden en que la gran mayoría se unieron a las FARC como combatientes por elección propia, y que el reclutamiento por medio de uso de la fuerza o mediante secuestro es un fenómeno limitado. Dicho esto, la libertad de elección de los NNA estaba fuertemente condicionada por su contexto. Los NNA soldados de las FARC no representan a la sociedad colombiana en su conjunto, sino a un grupo demográfico particular. La mayoría procede de comunidades en las que la violencia y la inseguridad son permanentes y están normalizadas, debido al conflicto armado o a la actividad delictiva. Muy a menudo, la violencia se extiende también a las relaciones familiares. La mayoría de estos NNA están sometidos a una desigualdad estructural radical causada por la pobreza, la falta de oportunidades y la discriminación racial y de género⁹. A menudo se escuchan en las zonas más afectadas las ideas del ‘abandono del Estado’ y la aspiración a ‘una vida digna’. Así, la elección de estos NNA de unirse a un grupo armado se describió como ‘agencia táctica’, como la única opción plausible para escapar de una realidad social y personal percibida como sin salida¹⁰. Muy pocos tomaron esta decisión por motivos ideológicos.

7 Higgs, J. *Militarized Youth: The Children of the FARC*. Springer, 2020, 233; Roshani, N. *Beyond Child Soldiering: Children as Creative Entrepreneurs in Contexts of Violence in Colombia*. Tesis doctoral, University College London, London, 2018. <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10046878/>; Springer, N. *Como corderos entre lobos: del uso y reclutamiento de niños, niñas, y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*. Bogotá: Springer Consulting Services, 2012.

8 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, *Auto SVR-LRG-T-032-2022*, 11 de febrero de 2022, 6.

9 Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. *Hay futuro si hay verdad: informe final*, tomo 8: *No es un mal menor – niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado*. Bogotá, 2022, 179-223; Salas Cerquera, M. C. *Reclutamiento ilegal de menores y patrimonio cultural inmaterial: el caso de las comunidades indígenas en Colombia*. En Boletín OPCA, (9), 58. Bogotá: Uniandes, 2015; Bodineau, S. *Refusing to be victims: child soldiers in the humanitarian world*. En Denov, M. y Fennig, M. (dir.), *Research Handbook of Children and Armed Conflict*. Edward Elgar Publishing, 2024, 73-74.

10 Honwana, A. *Child Soldiers in Africa*. University of Pennsylvania Press, 2011, 71; Hurtado, M.; Iranzo Dosdad, Á. y Rodríguez, W. *Labor Markets in Contexts of War: Recruitment and Trafficking of Child Soldiers in Colombia*. Colombia Internacional, (114), 65, 2023; Bjørkhaug, I. *Child Soldiers in Colombia: The Recruitment of Children into Non-State Violent Armed Groups*, 28 June 2010. <<https://papers.ssrn.com/abstract=1650250>>; García Gómez, D. C. *Colombian Child-Soldiers and Their Status as Political Actors*. En Abebe, T.; Dar, A. y Wells,

No es atípico que el personal militar se encuentre en situaciones en las que NNA soldados armados participan directamente en las hostilidades y, en algunos casos, suponen una amenaza inmediata para la vida o la seguridad de las tropas. Cabría suponer que, dada la vasta literatura sobre los NNA soldados de las últimas décadas, se trata de una cuestión que ha sido explorada y analizada en profundidad. Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional, un repaso a las obras más citadas revela que la mayoría de ellas abordan el ataque directo a los NNA soldados de forma parcial, cuando no en total silencio¹¹. Parece importante que la ley proporcione los parámetros más claros posibles al personal militar que se enfrenta a situaciones tan angustiosas, con el fin de conciliar de la mejor manera posible los diversos intereses en juego. El objetivo del presente artículo es proporcionar un análisis de los parámetros jurídicos que rigen la interacción con los NNA soldados que participan directamente en conflictos armados, con el fin de identificar en qué circunstancias y condiciones es lícito que el adversario ataque directamente a estos NNA. Se entiende que se trata de una cuestión compleja que se rige por diversos ámbitos del derecho internacional, incluidos el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, pero el análisis que aquí se realizará se basará principalmente en el derecho internacional humanitario, que es la *lex specialis* de la conducción de hostilidades armadas. El análisis se divide en tres etapas: la primera es la caracterización de los NNA soldados como combatientes, la segunda parte considera la posibilidad de NNA como civiles que participan directamente en las hostilidades, y la tercera examina la posibilidad de que, aunque en ocasiones sea legal atacar a los NNA soldados, existan limitaciones particulares en las medidas y estrategias adoptadas.

En el derecho internacional humanitario, la división entre civiles y combatientes constituye una especie de *summa divisio*, que necesariamente debe aplicarse a los NNA soldados. El binomio civil-combatiente se afirma más claramente en el contexto de los conflictos armados internacionales que en la regulación de los conflictos armados no internacionales, donde existe cierta vaguedad en cuanto a la calificación jurídica de quienes son miembros de grupos armados no estatales. No obstante, este marco es inevitable en la interpretación del derecho internacional humanitario de los NNA soldados,

K. (dir.), *Routledge Handbook of Childhood Studies and Global Development*. Taylor & Francis, 2024, 163.

11 Como ejemplos de este silencio: Cohn, I. y Goodwin-Gill, G. S. *Child Soldiers: The Role of Children in Armed Conflict*. Oxford University Press, 1994; Palomo Suárez, G. *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht: die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*. BWV Verlag, 2009; Drumbl, M. A. *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*. Oxford University Press, 2012; Waschefort, G. *International Law and Child Soldiers*. Hart Publishing, 2015; Drumbl, M. A. y Barrett, J. C. (dir.). *Research Handbook on Child Soldiers*, Edward Elgar Publishing, 2019.

por lo que es necesario evaluar si, y en qué condiciones, los NNA soldados deben considerarse primero combatientes y después civiles que participan o no directamente en las hostilidades.

1. NNA SOLDADOS COMO COMBATIENTES

¿Pueden los NNA soldados ser combatientes de pleno derecho? El dilema surge del hecho de que el reclutamiento de NNA en las fuerzas armadas es un crimen de guerra bajo el derecho internacional, tal como es una violación del derecho nacional en muchos países, e incluso Colombia. Por lo tanto, puede parecer paradójico concluir que los NNA reclutados ilegalmente pueden convertirse válidamente en miembros de las fuerzas armadas o de un grupo armado en virtud de la ley. La postura clásica del derecho internacional humanitario es que la edad no es un elemento en la definición de combatiente, de modo que un niño que se alista en las fuerzas armadas regulares o en un grupo armado no estatal se convierte en combatiente como cualquier otro:

“Cuando participan en hostilidades, los niños no tienen más privilegios que cualquier otro combatiente. No existen normas adicionales que restrinjan lo que las fuerzas de una parte adversa pueden hacerles. Se les puede disparar, bombardear o clavar una bayoneta como a cualquier otro combatiente”¹².

En el contexto de los conflictos armados internacionales, el combatiente se ha definido con más detalle en el derecho de los tratados con los Convenios de Ginebra de 1949, para las fuerzas irregulares pertenecientes a un Estado parte en un conflicto armado, y el Protocolo Adicional I de 1977, para las

12 Happold, M. *Child Soldiers in International Law*. Manchester University Press, 2005, 101 (“[W]hen participating in hostilities children are no more privileged than any other combatant. There are no additional rules restricting what the forces of an adverse party can do to them. They may be shot, shelled, bombed or bayoneted just as may any other combatant”). Esta parece ser también la postura adoptada por: Nueva Zelanda, *Law of Armed Conflict Handbook*, DM-69. 4, 2.^a ed., 2017, §14.6.3. (“Children who are combatants, or who take a direct part in hostilities, are liable to be attacked in the same way as their adult counterparts”); Dinamarca, *Military Manual on International Law Relevant to Danish Armed Forces in International Operations*, 2016, 207, §4.3.2 (“Danish armed forces may be confronted with adversaries, including non-State organised armed groups (OAGs) in NIACS, who do not comply with the prohibition on the use of child soldiers and allow children to perform duties that amount to direct participation in hostilities. In such cases, international law does not confer special protected status to children. In other words, these children may be subjected to the same degree of use of force as adults”); Francia, *Manuel de droit des opérations militaires*, 2022, 186. (“Le DIH prohibe expressément l’enrôlement de mineurs de 15 ans ou moins dans les forces armées. En dépit de ces dispositions, de nombreux mineurs continuent d’être enrôlés de force dans les conflits armés contemporains par des groupes armés ou des forces armées étatiques. Dans cette situation, le mineur peut être considéré comme un membre d’un GAO ou comme un civil participant aux hostilités et il perd alors la protection accordée aux civils par le DIH”).

fuerzas regulares y los grupos armados no estatales. En cuanto a las fuerzas regulares, el artículo 43 del Protocolo I establece que

se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, [...] sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

No hay nada en esta definición que sugiera que deba alcanzarse una edad mínima para que una persona pueda alistarse en las fuerzas armadas de un país. No obstante, cabe señalar que el artículo 77(2) del mismo Protocolo impone a los Estados Parte la obligación de adoptar todas las medidas posibles para que los NNA menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, “especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas”. La referencia a los quince años refleja el umbral de edad adoptado sistemáticamente en los instrumentos de derecho internacional humanitario, en contraste con los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos que adoptan los dieciocho años como la transición de la infancia a la edad adulta¹³. Dicho esto, el artículo 43(2) del Protocolo establece sin ambigüedad que los “miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades”.

Estos elementos se aplican igualmente a los miembros de grupos armados irregulares que combaten en el contexto de un conflicto armado internacional, de forma complementaria a las definiciones de levantamiento en masa, milicia y grupo de resistencia codificadas en el artículo 4(A)(2) del Tercer Convenio de Ginebra de 1949. Una vez más, no hay pruebas que sugieran, ni siquiera de manera accesoria, que la edad menor de un miembro de una fuerza irregular le impida convertirse en miembro de tal grupo y, por implicación, en combatiente según el derecho internacional humanitario. Así parece confirmarlo el artículo 77(3) del Protocolo I, que establece que, si los NNA participan en hostilidades a pesar de la obligación del Estado de impedirlo, tienen derecho, no obstante, al estatuto de prisionero de guerra. Varios autores han señalado que, implícitamente, esto significa que los NNA soldados eran combatientes antes de su captura, ya que, en virtud del artículo 4(A) del Tercer Convenio de Ginebra, solo los combatientes tienen derecho al estatuto

13 Sobre el efecto en el derecho colombiano de las diferencias de edad en el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos: Corte Constitucional, Sentencia C-007/18, 1.º de marzo de 2018, 173-189.

de prisionero de guerra.¹⁴ Nada de esto proporciona base alguna para excluir a los NNA soldados de la categoría de combatientes en un conflicto armado internacional, tanto para las fuerzas regulares como para las irregulares¹⁵.

En el contexto de los conflictos armados no internacionales, la noción de combatiente ocupa un espacio menos claramente definido en el derecho internacional humanitario. Las disposiciones aplicables en tales contextos no son equivalentes a las definiciones que figuran en el artículo 4(A) del Tercer Convenio de Ginebra de 1949 y en el artículo 43 del Protocolo Adicional I de 1977. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II de 1977, ambos aplicables a los conflictos armados no internacionales, se abstienen de utilizar la palabra “combatiente”. Sin embargo, la disposición más antigua sigue refiriéndose a las “Partes en conflicto”, por oposición a las “Altas Partes Contratantes”, que se refiere únicamente a los Estados: esto reconoce la presencia de dos beligerantes, presumiblemente representados en el campo de batalla por combatientes. Es posible que, en violación de la prohibición del reclutamiento de menores, los NNA sean reclutados en un conflicto armado no internacional como miembros de las fuerzas armadas del Estado. En este sentido, los comentarios ofrecidos sobre el reclutamiento de NNA en las fuerzas armadas en el contexto de un conflicto armado internacional siguen siendo pertinentes y aplicables en un conflicto armado no internacional.

La incorporación de NNA soldados a grupos armados no estatales plantea cuestiones más difíciles. De nuevo, la ilegalidad del reclutamiento de menores bajo el derecho internacional o nacional no determina el estatuto de NNA soldados como civiles o combatientes bajo el derecho humanitario. En general, la pertenencia de cualquier persona, niño o adulto, a un grupo armado no estatal refleja una situación *de facto* y no un estatus regulado como en el caso de las fuerzas armadas oficiales. De ello se deduce que no se puede confiar en una calificación jurídica que refleje la legislación nacional. En su lugar, hay que recurrir a elementos que recuerdan a los criterios de pertenencia a un grupo de irregulares en conflictos armados internacionales, analizados anteriormente, incluida la exhibición de un signo distintivo y llevar las armas abiertamente, al menos antes y durante un ataque (art. 4(A), Tercer Convenio; art. 44(3), Protocolo I). Más allá de la visibilidad de la pertenencia, también

14 Ipsen, K. *Combatants and non-combatants* dans *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, 87; Bosch, S. *Targeting and prosecuting 'under-aged' child soldiers in international armed conflicts, in light of the international humanitarian law prohibition against civilian direct participation in hostilities*. En *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. 45(3), 2012, 338.

15 Maystre, M. *Les enfants soldats en droit international: problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*. Paris_ Éditions A Pedone, 2010, 78; Sassòli, M. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, 2.^a ed. Edward Elgar, 2024, 283.

se ha hecho hincapié en la importancia de las funciones dentro del grupo armado. En su importante Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) intenta delimitar la composición de los grupos armados afirmando que debe distinguirse entre los civiles que solo participan directamente en las hostilidades de forma episódica y los miembros de grupos armados que ejercen una “función continua de combate”:

La función continua de combate exige una integración duradera en un grupo armado organizado que actúe como las fuerzas armadas de una parte no estatal en un conflicto armado. Por lo tanto, los individuos cuya función continua consista en la preparación, realización o comisión de actos u operaciones que equivalgan a una participación directa en las hostilidades asumen una función continua de combate. Se puede considerar que las personas reclutadas, formadas y equipadas por un grupo de ese tipo para participar de forma continua y directa en las hostilidades en su nombre asumen una función continua de combate incluso antes de que cometan un acto hostil¹⁶.

Además de las FARC, hay muchos grupos armados no estatales cuyo reclutamiento de NNA soldados se ajusta a esta definición de función de combate continua, como los Tigres Tamiles (LTTE) en Sri Lanka, el Ejército de Resistencia del Señor (LRA) en Uganda o los “Cachorros del Califato” del Estado islámico (Daesh). El estatus de combatiente se aplica mientras persista la función de combate continuo. Del mismo modo que la integración en un grupo armado no está regulada formalmente, la desvinculación será más fáctica que formal. Alejarse físicamente de la zona de operaciones, dejar atrás las armas, son indicios de que la función de combate continuo para un individuo ha terminado. En el caso de los NNA, el deber general de cuidado hacia estos debería, sin duda, informar la aplicación de estas normas de manera que sea mucho más fácil y rápido concluir que un niño soldado de un grupo armado se está desvinculando y poniendo fin a su función de combate continuado.¹⁷

En una decisión de 2014 en el caso *Ntaganda*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional se pronunció sobre una objeción de la defensa según la cual el acusado no podía haber cometido crímenes de guerra contra NNA soldado que eran miembros de su propio grupo.¹⁸ Analizando el artículo 3 común, aplicable al conflicto armado no internacional en el Congo, la Sala comentó que las víctimas eran civiles y no combatientes:

16 CICR. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades*. <https://www.icrc.org/es/publication/guia-participacion-directa-hostilidades-derecho-internacional-humanitario-dih>, 34.

17 *Ibid.*, 72; Birhane (n. 4), 393.

18 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares, *Prosecutor c. Ntaganda*, Decision on Confirmation of Charges, 9 de junio de 2014, ICC-01/04-02/06.

[L]a mera pertenencia de niños menores de 15 años a un grupo armado no puede considerarse una prueba determinante de la participación directa/activa en hostilidades, teniendo en cuenta que su presencia en el grupo armado está específicamente proscrita por el derecho internacional en primer lugar. De hecho, sostener que los niños menores de 15 años pierden la protección que les confiere el DIH por el mero hecho de unirse a un grupo armado, ya sea como resultado de la coacción o de otras circunstancias, contradiría el propio fundamento en el que se basa la protección otorgada a dichos niños contra el reclutamiento y la utilización en hostilidades¹⁹.

La Sala de Cuestiones Preliminares aclara que los NNA, necesariamente civiles, solo están privados de la protección asociada a este estatus mientras participen directamente en las hostilidades²⁰. El planteamiento es un tanto desconcertante, ya que el Tribunal fusiona los conceptos de civiles y combatientes, para exigir la participación directa en las hostilidades en todos los casos. Como se ha señalado anteriormente, la noción de participación directa constituye una excepción a la protección otorgada a los civiles, pero no es relevante para el estatus de combatiente. Está claro que la idea de pertenencia a un grupo puede entenderse de forma muy imprecisa y amplia, para incluir a cualquiera que esté asociado con el grupo de cualquier forma. Aquí volvemos a caer en el dilema provocado por la ausencia de un régimen jurídico que califique claramente quién es miembro de un grupo, como es el caso de los miembros de las fuerzas armadas. Es poco probable que el adversario tenga claro el límite fáctico entre los que son miembros activos de un grupo armado y los que lo apoyan, respaldan, suministran, etcétera. Por lo tanto, la Sala de Cuestiones Preliminares es comprensiblemente reacia a adoptar una definición excesivamente vaga de pertenencia a un grupo que daría lugar a la pérdida de protección como civil para una gran categoría de personas, muchas de ellas NNA²¹. Dicho esto, la solución consiste en definir la pertenencia a un grupo de forma más clara y precisa, que es lo que pretende hacer el concepto de “función continua de combate” ofrecido por el CICR en su Guía Interpretativa.

19 *Id.*, §78 (“[T]he mere membership of children under the age of 15 years in an armed group cannot be considered as determinative proof of direct/active participation in hostilities, considering that their presence in the armed group is specifically proscribed under international law in the first place. Indeed, to hold that children under the age of 15 years lose the protection afforded to them by IHL merely by joining an armed group, whether as a result of coercion or other circumstances, would contradict the very rationale underlying the protection afforded to such children against recruitment and use in hostilities”).

20 *Id.*, §79.

21 La única fuente en la que se basó la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Ntaganda* para respaldar esta conclusión es la sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona en el juicio *Taylor*, pero en ese caso los hechos son coherentes con la participación directa en las hostilidades de los niños secuestrados, y no con su incorporación como miembros activos: *Prosecutor c. Taylor*, juicio, scsl-03-01-T, 30 de mayo de 2012, §§1207 & 1451.

En cualquier caso, en apelación de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional ha optado por un enfoque diferente, concluyendo que es posible cometer un crimen de guerra e incluso violaciones graves contra miembros del propio grupo²². Por lo tanto, la Sala de Apelaciones estipula que la conclusión de la Sala de Cuestiones Preliminares de que los NNA soldados son miembros del grupo carece de relevancia. Por consiguiente, la regla descrita anteriormente sigue siendo que los NNA soldados que son miembros del grupo armado y, por lo tanto, combatientes, son aquellos que desempeñan una función de combate continua dentro del mismo. Todos los NNA soldados que no desempeñen una función similar dentro del grupo deben considerarse civiles.

La práctica de disidencias de las FARC parece ser reclutar y entrenar a NNA como combatientes permanentes del grupo, lo que implica una función de combate continua. Según el derecho internacional humanitario, todos los miembros de las FARC con esa función de combate continuo pueden ser objeto de ataques directos. Dicho esto, como explico a continuación, los medios utilizados para dirigir un ataque directo contra los NNA soldados pueden estar sujetos a limitaciones que reflejen el hecho de que son niños.

2. NNA SOLDADOS COMO CIVILES QUE PARTICIPAN O NO DIRECTAMENTE EN LAS HOSTILIDADES

Toda persona, adulto o niño, que no responda a la definición de combatiente es *ipso facto* un civil según el derecho internacional humanitario. Sin embargo, el hecho de que los NNA sean considerados civiles no elimina por completo la posibilidad de que se conviertan en objetivo de ataques directos. De hecho, la inmunidad de los civiles frente a los ataques directos está condicionada a que no participen directamente en las hostilidades.

El punto de partida para el análisis de la protección otorgada a las personas civiles es la estipulación del artículo 51(3) del Protocolo adicional I, según la cual “[l]as personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”. Esta disposición aplicable a los conflictos armados internacionales se repite con la misma redacción en el artículo 13(3) del Protocolo adicional II, que regula los conflictos armados no internacionales. La participación directa en las hostilidades se refiere a actos puntuales cometidos por un civil. La participación directa en hostilidades abarca los actos hostiles de carácter puntual y, por lo tanto, está limitada en el tiempo. El artículo 51(3) del Protocolo I y el artículo 13(3) del Protocolo II subrayan la dimensión temporal de la pérdida de la inmunidad vinculada al estatuto

22 CPI, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Ntaganda*, Judgment on appeal regarding jurisdiction, 15 de junio de 2017, ICC-01/04-02/06 OA5, §§59-61.

de civil al precisar que esta pérdida solo se produce “mientras dure dicha participación”. Este enfoque, denominado de “vaivén”, de la participación directa en las hostilidades ha suscitado numerosos comentarios e incluso oposición, no a nivel del principio, proclamado por el propio texto de los protocolos adicionales, sino más bien a nivel de su aplicación²³.

Según la Guía Interpretativa del CICR, un acto solamente constituirá participación directa si cumple tres criterios relativos a su impacto, eficacia y vínculo con un conflicto armado²⁴. El primero, el umbral del daño, exige que el acto en cuestión sea lo suficientemente grave como para tener un impacto operativo en el adversario, por ejemplo matando o hiriendo a un soldado, mediante sabotaje o vigilancia contra las tropas, o causando pérdidas de vidas o bienes a personas protegidas, por ejemplo el bombardeo de una localidad civil. El segundo criterio, la causalidad, hace hincapié en el vínculo causal que debe existir entre la acción del civil y el impacto perjudicial. Como subraya la propia formulación del concepto de participación directa en las hostilidades, debe existir un vínculo directo, y no indirecto o general, entre lo que hace el civil y el impacto sobre el enemigo, de modo que se excluyan las conductas que puedan contribuir de algún modo al esfuerzo bélico enemigo pero que no sitúen a los autores en el ámbito inmediato de las hostilidades. Un ejemplo esclarecedor de la distinción lo ofrece la Guía Interpretativa, que describe el transporte de municiones al frente o a una operación específica como un vínculo directo, y el transporte de municiones entre la fábrica y un depósito militar como un vínculo indirecto.²⁵ Por último, el tercer criterio de participación directa en las hostilidades, el vínculo beligerante, exige que la conducta en cuestión tenga la finalidad objetiva de contribuir al esfuerzo de guerra perjudicando al enemigo. El término propósito “objetivo” se utiliza aquí para indicar que no depende del estado mental de cada individuo en el momento del acto, que en cualquier caso sería difícil, si no imposible, de percibir para el adversario. Por ejemplo, el robo de material militar puede tener como objetivo socavar la capacidad operativa del enemigo, o puede tratarse simplemente de un acto delictivo motivado por el lucro. La necesidad, la coacción o la incapacidad son circunstancias que no impiden constatar la participación directa en las hostilidades. Sin embargo, si una persona no es consciente de la naturaleza de su acción (por ejemplo, llevar explosivos sin su conocimiento) o no tiene libertad de acción (por ejemplo, un escudo humano encadenado contra su voluntad a un objetivo militar), entonces no puede tratarse de una participación directa en las hostilidades.

23 Boothby, B. *And for such time as: the time dimension to direct participation in hostilities*. En *NYUJ int'l L & Pol*, (42), 741, 2009.

24 CICR. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades* (n. 16), 46-64.

25 *Ibid.*, 56.

¿Es concebible que los NNA puedan participar directamente en las hostilidades y perder así su inmunidad frente a los ataques directos? Puede pensarse, de entrada, que si se acepta la conclusión anterior de que los NNA soldados son capaces de desempeñar una función de combate continua, *a fortiori* hay que concluir afirmativamente la posibilidad de que los NNA participen directamente en las hostilidades. Tal conclusión es explícitamente afirmada por dos actores muy diferentes, uno humanitario y el otro militar, que han abordado esta cuestión: el CICR, en su discusión en la Guía Interpretativa, niega el requisito de intención subjetiva por parte del civil:

Como criterio objetivo relacionado con el acto únicamente, factores como una situación personal difícil o una preferencia personal, o la capacidad mental o la voluntad de las personas de asumir la responsabilidad por su conducta no influyen, en general, en el nexo beligerante. Por consiguiente, existe la posibilidad de que incluso las personas civiles que son obligada a participar directamente en las hostilidades o los niños que no tienen la edad legal para ser reclutados pierdan la protección contra los ataques directos²⁶.

Del mismo modo, el ejército estadounidense, en su manual militar de 2015, señala de pasada que “En general, los niños reciben los derechos, deberes y responsabilidades de la condición de combatiente en las mismas condiciones que las demás personas [...] el hecho de que se considere que un civil participa directamente en las hostilidades no depende de la edad de esa persona”²⁷.

Si se consideran los elementos de la participación directa en las hostilidades expuestos anteriormente, el único criterio en relación con el cual podría haber una distinción entre NNA y adultos sería el tercero, relativo al nexos beligerante. Esto se debe a que, como ya se ha explicado, el acto de participación debe haber tenido la intención de dañar la capacidad operativa del enemigo, lo que implica una dimensión teleológica del acto. Se ha sugerido que los NNA no poseen la capacidad moral necesaria para atribuir esta finalidad militar al acto: el contexto del conflicto armado y el proceso por el que a menudo se induce a los NNA a realizar acciones que podrían constituir una participación directa en las hostilidades se combinan para provocar un estado de extrema necesidad que, combinado con la reducida capacidad moral de los NNA, lleva a la conclusión de que estos NNA no deben soportar todas las consecuencias

26 *Ibid.*, 60. Bosch, S. *A legal analysis of how the International Committee of the Red Cross's interpretation of the revolving door phenomenon applies in the case of Africa's child soldiers*. En *African Security Review*. 24(1), 3-22, 2015.

27 United States Department of Defense. *Law of War Manual, Updated July 2023*, 169 para 4.20.5.3 (“In general, children receive the rights, duties, and liabilities of combatant status on the same basis as other persons [...] whether a civilian is considered to be taking a direct part in hostilities does not depend on that person's age”).

de dicho comportamiento²⁸. Según este punto de vista, si los NNA no tienen capacidad legal para consentir en unirse a las fuerzas armadas, como afirma una norma universalmente aceptada del derecho internacional humanitario, entonces no debería ser posible concluir que tienen capacidad para realizar acciones que constituyan una participación directa en las hostilidades²⁹. Se trata de un argumento que se ha esgrimido especialmente en el contexto de la doctrina de la guerra justa, que opera sobre bases que no se corresponden necesariamente con las del derecho internacional humanitario³⁰. De hecho, en el derecho de los conflictos armados se suele descartar la relevancia del consentimiento o la falta del mismo por parte de quienes participan en los combates; los voluntarios que apoyan la causa o se ven empujados por la necesidad, los reclutas, los alistados bajo amenaza o simplemente los secuestrados, se encuentran todos tratados de la misma manera bajo el derecho internacional humanitario³¹.

En cualquier caso, la cuestión no es si la participación directa en las hostilidades de los NNA soldados está legalmente validada por el consentimiento efectivo, sino cuál es el marco jurídico para una situación en la que un niño emprende tal acción. Un niño de doce años puede ponerse al volante de un coche sin tener capacidad legal para ello, pero las normas de circulación se aplicarán no obstante a su conducta. Por otra parte, hay que desconfiar de una correspondencia demasiado absoluta entre la línea relativamente arbitraria trazada en la ley a los 18 años para diferenciar a los NNA de los adultos. Pocos negarán que los NNA de 17, 15 e incluso 12 años no están privados de toda autonomía de decisión o agencia, y los estudios etnográficos demuestran claramente que muchos NNA soldados toman una decisión muy consciente de participar en las hostilidades³². Es difícil equiparar a un niño soldado que hace un gesto hostil con un tercero inocente al que dispara un soldado³³. El

28 McMahan, J. *An Ethical Perspective on Child Soldiers*. En Gates, S. y Reich, S. (dir.), *Child soldiers in the age of fractured states*. University of Pittsburgh Press, 2010, 27-36; Nicholson, J. *Is Targeting Naked Child Soldiers a War Crime?* En *International Criminal Law Review*. 16(1), 139, 2016.

29 Andrade Sampaio, A. y McEvoy, M. *Little Weapons of War: Reasons for and Consequences of Treating Child Soldiers as Victims*. En *Netherlands International Law Review*. 63(1), 62, 2016; Pack, S. *Targeting Child Soldiers: Striking a Balance between Humanity and Military Necessity*. En *Journal of International Humanitarian Legal Studies*. 7(1), 195, 2016.

30 Luban, D. *Just War Theory and the Laws of War as Nonidentical Twins*. En *Ethics & International Affairs*. 31(4), 433-440, 2017; McMahan (n. 28), 28.

31 Sinha, G. A. *Child soldiers as super-privileged combatants*. En *The International Journal of Human Rights*. 17(4), 587, 2013.

32 Drumbl, M. A. y Barrett, J. C. *Introduction*. En Drumbl, M. A. y Barrett, J. C. (dir.), *Research Handbook on Child Soldiers*. Edward Elgar Pub., 2019, 8. (“Most child soldiers are neither abducted nor forcibly kidnapped”); Bosch, S. *A Legal Analysis of How the International Committee of the Red Cross’s Interpretation of the Revolving Door Phenomenon Applies in the Case of Africa’s Child Soldiers*. En *African Security Review*. 24(3), 11, 2015.

33 McMahan (n. 28), 30 y 34.

argumento adquiere mayor peso cuando se llega a una etapa de la infancia en la que la autonomía para tomar decisiones es tan limitada que se convierte en una cuestión de falta de capacidad más que de falta de consentimiento, que corresponde a niños mucho menores de 18 o incluso 15 años. Cabe señalar que, en la legislación nacional, la edad mínima de responsabilidad penal es, por término medio, de diez años³⁴. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el infame caso del asesinato de Jamie Bulger por dos niños de diez años en el momento del crimen, concluyó que la atribución de responsabilidad penal a los diez años no constituye en sí misma una violación del Convenio europeo de derechos humanos³⁵. En materia civil, los niños son considerados responsables de conductas ilícitas que causen daños a terceros a partir de los seis años en algunas jurisdicciones.³⁶ Así, no se podría considerar que un niño tan pequeño que no entiende realmente lo que está pasando participa directamente en las hostilidades, del mismo modo que un adulto encadenado contra su voluntad a un objetivo militar como escudo humano no está actuando voluntariamente. Esto va más allá del adoctrinamiento de NNA en el que, como hacen los pedófilos, los adultos insensibilizan gradualmente a los NNA a la violencia de participar en hostilidades³⁷. En la práctica, la falta de autonomía en la toma de decisiones corresponde probablemente a un grupo de edad en el que la participación directa en las hostilidades es menor, e incluso en el caso de las FARC en Colombia. En una situación tan extrema, seguramente puede argumentarse que el derecho a atacar directamente a un niño soldado muy joven se limitaría a los casos de legítima defensa directa.

La lista de tareas relacionadas con las hostilidades que realizan los NNA no combatientes en situaciones de conflicto armado es larga y variada, y abarca una amplia gama que va desde la preparación de alimentos para los combatientes hasta la colocación de minas, la gestión de puestos de control en las carreteras y la entrega de mensajes. Algunas de estas actividades, por su propia naturaleza, parecen quedar fuera de la categoría de participación directa en las hostilidades, como la preparación de alimentos en campamentos

34 Para consultar una tabla de la edad mínima de responsabilidad penal en 192 países, véase Cipriani, D. *Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility: A Global Perspective*. Farnham: Routledge, 2016, 97-108. Para Colombia, véase Cabrera Izquierdo, L. E. *Legal Actions for Minor Offenders in Colombia*. En *Europolity*. 15(2), 31-48, 2021.

35 *T c Reino Unido*, Caso 24724/94, Fallo, 16 de diciembre de 1999, para 72 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

36 Van Praagh, S. 'Sois Sage' - *Responsibility for Childishness in the Law of Civil Wrongs*. En Neyers, J.; Chamberlain, E. y Stephen Pitel (dir.), *Emerging Issues in Tort Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007, 63-84.

37 Bloom, M. *Why Isis Is Increasingly Using Kids As "Cubs of the Caliphate"*, HuffPost Canada, 23 de marzo de 2015. <http://www.huffingtonpost.com/mia-bloom/isis-kids-cubs-caliphate_b_6903638.html>; Bloom, M. *Weaponizing the Weak: The Role of Children in Terrorist Groups*. En Drumbl, M. A. y Barrett, J. C. (dir.), *Research Handbook on Child Soldiers*. Edward Elgar Pub, 2019, 205.

militares; otras, por el contrario, parecen estar tan estrechamente vinculadas a la conducción de las hostilidades que es difícil imaginar cómo no equivaldrían a una participación directa, como la práctica de Boko Haram de utilizar a niñas menores de 15 años para llevar a cabo ataques suicidas³⁸. Más allá de estos extremos, un sinnúmero de acciones pueden o no constituir participación directa en las hostilidades en función de los elementos específicos del comportamiento y el contexto, sin que exista una forma fácil de sistematizar criterios para analizar a los NNA que difieran de los generalmente aplicables a la participación directa de civiles, analizados anteriormente.

El contenido del concepto de participación directa de los NNA en las hostilidades se ha analizado más a fondo en el contexto de la aplicación de las normas del derecho penal internacional que prohíben no solo el reclutamiento, sino también la utilización de NNA soldados. De hecho, los artículos 8(2)(b) (xxvi) y 8(2)(e)(vii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifican como crimen de guerra la utilización de un niño para participar activamente en hostilidades. Los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma afirman que “Los términos ‘utilizar’ y ‘participar’ se han adoptado a fin de abarcar tanto la participación directa en el combate como la participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como la exploración, el espionaje, el sabotaje y la utilización de NNA como señuelos, correos o en controles militares”³⁹. Esto sugiere una interpretación no restrictiva del concepto de participación activa en las hostilidades. El Tribunal Especial para Sierra Leona, en el caso *Brima* de 2007, aplicó la variante consuetudinaria del delito de utilización de NNA soldados, tal y como se establece en el artículo 4(c) del Estatuto del Tribunal. En su análisis, el Tribunal también suscribe una interpretación amplia del concepto de participación activa, que va más allá de la participación en combate para incluir las operaciones de apoyo:

Una fuerza armada necesita apoyo logístico para mantener sus operaciones. Cualquier trabajo o apoyo que dé efecto a las operaciones en un conflicto o ayude a mantenerlas constituye participación activa. Por lo tanto, transportar cargas para la facción combatiente, encontrar y/o adquirir alimentos, municiones o equipos, actuar como señuelos, llevar mensajes, hacer senderos o encontrar rutas, ocupar puestos de control o actuar como escudos humanos son algunos ejemplos de participación activa tanto como la lucha y el combate propiamente dichos⁴⁰.

38 Groome, D. *Child Soldiers - Both Victims and Combatants: Is There Anything IHL Can Do?* SSRN Scholarly Paper, ID 2869484, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2016, 12-14. <<https://papers.ssrn.com/abstract=2869484>>

39 Informe del Comité Preparatorio para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Doc. N.U. A/Conf.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998, 20, nota 12.

40 Special Court for Sierra Leone. *Prosecutor v. Brima (AFRC Case)*, Trial Judgment, SCSL-2004-16-T (20 de junio de 2007), p. 228, párr. 737.

En este caso, la condena se refiere a la utilización de NNA soldados “con fines militares”. Para el Tribunal, obligar a los NNA a recibir entrenamiento militar en un entorno hostil constituye una violación de la prohibición de utilizar a un niño para participar directamente en hostilidades.⁴¹ El deseo de dar una interpretación amplia y liberal al término “participación directa en hostilidades” en el contexto de la aplicación de una norma prohibitiva es comprensible, con el fin de proporcionar una mayor protección a los NNA en situaciones de conflicto armado. Dicho esto, el efecto paradójico de este enfoque puede ser el de recuperar con una mano (en el derecho internacional humanitario) lo que se ha dado con la otra (en el derecho penal internacional), ya que de este modo se amplían las circunstancias en las que los NNA pueden ser objeto de un ataque directo como civiles que participan directamente en las hostilidades.

En el caso Lubanga, la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional intentó contrarrestar este efecto paradójico argumentando que el término “participar activamente en las hostilidades” del Estatuto de Roma debe distinguirse de “participar directamente en las hostilidades” de los Protocolos I y II. Según la Sala de Primera Instancia, debe entenderse que el término del Estatuto de Roma abarca una gama de actividades más amplia que su homólogo en los tratados de derecho internacional humanitario. Así, el delito de participación activa de NNA en las hostilidades abarca no solo a los que participan directamente en los combates, sino también la mirada de funciones de apoyo a los combatientes. El criterio decisivo a este respecto, para la Sala de Primera Instancia, es “la exposición a un peligro real, que convierta [al niño] en un objetivo potencial”. No obstante, es preocupante que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, en su versión oficial inglesa, utilice “*active participation*”, como el Estatuto de Roma, pero “*participation directe*” en su versión oficial en francés, lo que explica el fuerte consenso en el derecho internacional humanitario de que no hay distinción entre las dos expresiones en los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales⁴². Además, los instrumentos que se centran firmemente en la protección de los NNA soldados, como la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 38) y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (art. 22), utilizan el término “participación directa”. Sin embargo, en la apelación de la sentencia del caso Lubanga, la Sala de Apelaciones persiste. Aunque reconoce que, dada la redacción del artículo 3 común, la discrepancia textual entre

41 *Ibid.*, p. 364, párr. 1278. El recurso contra esta decisión no aborda directamente estas cuestiones: Special Court for Sierra Leone, Prosecutor v. Brima (AFRC Case), Appeal Judgment, SCSL-2004-16-A (22 de febrero de 2008).

42 Wagner, N. *A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in Lubanga Child Soldiers and Direct Participation*. En *Criminal Law Forum*. 24, 145, 2013. A diferencia de los Protocolos de 1977, solo las versiones inglesa y francesa de los Convenios de Ginebra de 1949 son oficiales; la versión española es una traducción no oficial.

los instrumentos señalada en primera instancia no parece ser sistemática, la Sala de Apelaciones afirma que:

[...] el término “participar activamente en las hostilidades” del artículo 8.2.e.vii del Estatuto no debe interpretarse de la misma manera que los términos participación activa o directa en el contexto del principio de distinción entre combatientes y civiles, tal como se establece, en particular, en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Ello se debe a que, a pesar del uso de una terminología similar, la finalidad del artículo 8.2.e.vii del Estatuto es diferente de la del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Esta última disposición establece, entre otras cosas, en qué condiciones una persona pierde la protección como civil por participar directamente en las hostilidades. Por otro lado, el artículo 8.2.e.vii del Estatuto pretende proteger a los menores de quince años de ser utilizados para “participar activamente en hostilidades armadas” y de los riesgos concomitantes para su vida y bienestar. Por lo tanto, la Sala de Apelaciones considera que la interpretación dada al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra en el contexto del principio de distinción no puede transponerse sin más al artículo 8.2.e.vii del Estatuto. Por el contrario, la expresión “participar activamente en las hostilidades” debe interpretarse teniendo en cuenta la finalidad de dicha disposición⁴³.

A primera vista, la posición adoptada por la Sala de Apelaciones parece razonable, una forma elegante de conciliar dos objetivos igualmente legítimos. Es evidente que la dimensión teleológica de las dos normas diverge, y que el artículo 8.2.e.vii es mucho más afín a los objetivos codificados en la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a los conflictos armados. Aunque el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 8.2.e.vii del Estatuto de Roma abordan el mismo fenómeno, la autonomía normativa de las disposiciones parece posible, sin que sea previsible ningún ámbito de contradicción. Dicho esto, preocupa la dislocación introducida en el desarrollo del derecho de los conflictos armados. Después de todo, cabe recordar que el Estatuto de Roma incorpora por referencia el derecho de los conflictos armados y que, como se establece en el encabezamiento de las letras b) y e) del apartado 2 del artículo 8, el crimen de utilizar a NNA para que participen activamente en las hostilidades es una de las “otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados”. Las dos normas, aunque tienen orientaciones distintas, están vinculadas por sus raíces comunes en el derecho de los conflictos armados. Esto sugiere que la interpretación adoptada por la Sala de Apelaciones en el caso Lubanga guiará inevitablemente la interpretación de la obligación, en

43 Prosecurator c. Lubanga, sentencia de apelación, 1 de diciembre de 2014, ICC-01/04-01/06 A5, 120-121 párr. 324. Sin embargo, la Sala de Apelaciones rechaza la conclusión de la Sala de Primera Instancia de que el riesgo para un niño es el criterio central para determinar la participación activa: 124, párr. 333.

virtud del derecho internacional humanitario, de garantizar que los NNA no participen (“activamente”) en las hostilidades. Además, el concepto ahora distinto en el derecho penal internacional de “participar directamente en las hostilidades” también se encuentra en los párrafos 8.2.b, 8.2.c y 8.2.e. Por lo tanto, habrá situaciones, y hubo muchas en el caso contra Lubanga, en las que los NNA a veces participarán simplemente activamente, y a veces participarán activamente y directamente. Si bien es concebible que un tribunal penal internacional pueda manejar esta participación cruzada de NNA en la plácida calma de la sala del tribunal con la ayuda de abogados preparados, es cuestionable que la sutil distinción introducida por la Sala de Apelaciones en Lubanga se preste a ser aplicada en un entorno operativo por tropas sometidas a la intensa presión de las hostilidades armadas, que tendrán que decidir si pueden abrir fuego (sobre NNA que participan directamente) o no (sobre NNA que participan activamente).

Dicho esto, a pesar de la imprecisión introducida por la disociación de los conceptos de participación directa y activa en el derecho penal internacional, el concepto de participación directa en las hostilidades en el derecho internacional humanitario sigue estando suficientemente definido para orientar la interacción con los NNA implicados en conflictos armados.

3. LIMITACIONES PARTICULARES EN LAS MEDIDAS Y ESTRATEGIAS ADOPTADAS FRENTE A NNA SOLDADOS

La conclusión de que los NNA soldados pueden, en algunas circunstancias, ser considerados combatientes o civiles que participan directamente en las hostilidades implica la pérdida de inmunidad frente a los ataques directos. ¿Significa esto, como sugería Happold en un pasaje citado al principio de la sección anterior, que esos NNA “pueden ser tiroteados, bombardeados o pasados por la bayoneta igual que cualquier otro combatiente”?⁴⁴ Una cosa no lleva inevitablemente a la otra y, como se demostrará en el análisis que sigue, una lectura atenta de las normas del derecho de los conflictos armados indica que la fuerza empleada en un ataque contra NNA soldados está sujeta a restricciones específicas según el contexto.

El punto de partida de cualquier debate sobre los límites de la fuerza que puede utilizarse legalmente contra los NNA soldado debe ser el reconocimiento del derecho de los beligerantes a atacar intencionadamente a combatientes enemigos para herirlos o matarlos y, de este modo, dejarlos fuera de combate. A falta de la eliminación completa de la guerra, o del desarrollo de armas no letales que puedan inutilizar a un adversario sin matarlo ni herirlo, parece inevitable que los conflictos armados causen muertes y lesiones a los combatientes. Sin embargo, incluso en este caso, los orígenes mismos del

44 Happold (n. 12), 101 ; Birhane (n. 4), 396-398.

derecho internacional humanitario se encuentran en la idea de que el derecho de los beligerantes a dañar a su adversario no es ilimitado. En efecto, ya en la Declaración de San Petersburgo de 1868 se estableció el principio de que existe un punto de equilibrio en el que “las necesidades de la guerra deben cesar antes que las exigencias de la humanidad” (“*les nécessités de la guerre doivent s’arrêter devant les exigences de l’humanité*”, en el original francés), de lo que se deduce que el empleo de armas que “agravarían innecesariamente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate o harían inevitable su muerte” (“*qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou rendraient leur mort inévitable*”) no puede justificarse por el objetivo legítimo de poner fuera de combate al mayor número posible de combatientes enemigos.⁴⁵ En las Convenciones de La Haya relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, adoptadas en 1899 (Convención II) y revisadas en 1907 (Convención IV), el Reglamento anexo reitera el principio de limitación del derecho de los beligerantes a causar daños al enemigo y sustituye la referencia a los sufrimientos innecesarios y a la muerte inevitable por la prohibición de armas, proyectiles y materiales “calculados para causar daños superfluos” (“*propres à causer des maux superflus*”).⁴⁶ Estos principios se recogieron y codificaron en el artículo 35 del Protocolo Adicional I de 1977, que proclama que “el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”. (párrafo 1) y que “Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios”. (párrafo 2), principios que son ahora derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales.⁴⁷ Cabe señalar que tanto el lenguaje convencional del Protocolo I como la norma consuetudinaria identificada por el CICR también abarcan los “métodos de guerra”, no solo las armas.

El principio de la prohibición del daño superfluo se entiende ciertamente, pero ¿cuál es su alcance? ¿Se puede argumentar que, en las hostilidades en las que participan NNA soldados, esta idea de daño superfluo puede restringir la elección de armas y métodos permitidos en virtud del derecho de los conflictos armados? En términos prácticos y aceptados, este principio se ha citado como base para prohibiciones convencionales de una serie de

45 *Déclaration à l’effet d’interdire l’usage de certains projectiles en temps de guerre, Saint Pétersbourg, 11 décembre 1868*. En *Annuaire de l’Institut de Droit international*, 1, 1877, 306-307.

46 Art. 22 & 23(e), *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye 15 juin - 18 octobre 1907, Actes et Documents*, La Haye, I, 1907, 626-637.

47 CICR, *Norma 70 - medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios*. <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule70>

armas, como las balas dum-dum, o medidas como la inanición de civiles⁴⁸. La norma de los males superfluos también se ha invocado para promover un principio general según el cual los beligerantes tienen la obligación de utilizar los medios menos perjudiciales para alcanzar el objetivo justificado por la necesidad militar. El CICR, en su Guía Interpretativa, cita una famosa frase de Jean Pictet en el sentido de que “[s]i se puede poner fuera de combate a un soldado capturándolo, no se le debe herir; si se puede lograr este resultado hiriéndolo, no se le debe matar. Si hay dos medios disponibles para obtener la misma ventaja militar, uno de los cuales causa menos daño, éste es el que debe elegirse”.⁴⁹ En la Sección IX de la Guía Interpretativa, sobre las limitaciones del uso de la fuerza en los ataques directos, el CICR respalda este principio del mal menor en relación con un ataque a un civil que participe directamente en las hostilidades, aunque reconoce que no puede implicar que una fuerza armada deba incurrir en riesgos adicionales para sí misma o para la población civil. Esta postura del CICR fue muy criticada, lo que llevó a varios expertos que participaron en la elaboración de la Guía interpretativa a negarse a que sus nombres se asociaran al documento⁵⁰. El principio del mal menor, aunque defendido por algunos autores, sigue considerándose en general *de lege ferenda*, que no impone obligaciones a los beligerantes en virtud del derecho internacional positivo⁵¹. Dicho esto, aunque sigue siendo un principio emergente aplicable en general a las hostilidades armadas, el concepto de daño superfluo puede interpretarse como una sugerencia de aplicación específica del principio del mal menor en el contexto de los ataques contra NNA soldados.

La idea que subyace al principio del mal menor es que la prohibición de los males superfluos es el corolario de los males necesarios para alcanzar los objetivos correspondientes a la necesidad militar. Los retos de la interpretación multilingüe de este principio se han puesto de manifiesto en cierta doctrina, codificada inicialmente sólo en francés como ‘*maux superflus*’ en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, traducido en versiones no oficiales de estos tratados como ‘*superfluous injury or unnecessary suffering*’ (‘lesión superflua o sufrimiento innecesario’) en inglés y ‘*überflüssige Ver-*

48 Boutruche, T. *L'interdiction des maux superflus: contribution à l'étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*. Institut des hautes études internationales et du Développement, 2008.

49 CICR. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades* (n. 16), 82, nota 221.

50 Por ejemplo: Parks, W. H. *Part IX of the ICRC direct participation in hostilities study: no mandate, no expertise, and legally incorrect*. En *NYUJ Int'l L & Pol*, 42, 769, 2009.

51 Goodman, R. *The Power to Kill or Capture Enemy Combatants*. En *European Journal of International Law*, 24, 819, 2013; Schmitt, M. N. *Wound, Capture, or Kill: A Reply to Ryan Goodman's "The Power to Kill or Capture Enemy Combatants"*. *European Journal of International Law*, 24, 2013, 855; Ohlin, J. D. y May, L. *Necessity in International Law*. Oxford University Press, 2016, 207–258.

letzungen oder unnötige Leiden’ en alemán, traducciones que finalmente se recogieron en el Protocolo Adicional I. Es interesante observar que la versión española del Protocolo I combina la noción de “males superfluos” con la de “sufrimientos innecesarios”, mientras que la versión francesa sólo se refiere a los “*maux superflus*”. La dificultad estriba en que el concepto de “*maux*” en francés, como el de ‘males’ en español, abarca un abanico de realidades más amplio que simplemente ‘*injury*’/‘*Verletzungen*’ y ‘*suffering*’/‘*Leiden*’. Así, aunque es cuestionable si la muerte innecesaria o el daño a la propiedad pueden constituir lesión o sufrimiento, se puede concluir con seguridad que son males.⁵² Volviendo al debate sobre el uso de la fuerza contra los NNA soldado, la obligación general de proteger a los NNA proclamada en el artículo 77 del Protocolo I y el principio consuetudinario del interés superior del niño al adoptar medidas que les afecten pueden invocarse para concluir que el hecho de tomar como objetivo a NNA es en sí mismo un mal en el sentido del artículo 35(2) del Protocolo I. En el mismo sentido, el Manual canadiense del derecho de conflictos armados afirma que los NNA menores de 15 años que participan directamente en las hostilidades siguen estando protegidos, sin explicar las implicaciones de esta protección.⁵³ Si bien el hecho de que las personas deban sacrificar sus vidas como consecuencia del estallido de un conflicto armado se considera un mal necesario, la inclusión de los NNA en este grupo es en sí misma un mal que no puede considerarse como necesario.

La inmoralidad de atacar directamente a los NNA soldado se refleja, por tanto, en la comprensión más amplia de los males de la guerra, pero el argumento de que se trata de males superfluos requiere un paso más. Debe demostrarse que dirigir un ataque contra un niño soldado es innecesario, es decir, coherente con la necesidad militar. Dentro de la noción de “superfluo” está la necesidad de identificar un punto de referencia para relacionar el impacto esperado de una medida. Esto plantea la cuestión más general de la aplicabilidad de un principio de proporcionalidad a los ataques contra combatientes. Existe un principio de proporcionalidad conocido en el derecho internacional humanitario aplicable a los ataques contra objetivos militares que causan daños civiles colaterales: el vínculo de proporcionalidad que debe medirse es el existente entre las bajas civiles colaterales y la “ventaja militar concreta y directa prevista” (Art. 51(5)(b), Protocolo I). De la prohibición de causar daños superfluos se ha extrapolado a veces otro principio de proporcionalidad distinto, según el cual un ataque contra un objetivo militar solamente

52 Meyrowitz, H. *Le Principe Des Maux Superflus: De La Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 Au Protocole Additionnel I de 1977*. En *International Review of the Red Cross*. 76(107), 1994, 112-113; Ohlin y May (n. 51), 224-225.

53 Forces armées canadiennes, *Le droit des conflits armés aux niveaux opérationnel et tactique*, B-GJ-005-104/FP-021, 13 de agosto de 2001, para 1714(2).

sería lícito si parece justificado por la ventaja militar prevista. El párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo Adicional I se cita en apoyo de dicho principio:

Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

Se ha observado que esta disposición se encuentra en un capítulo dedicado a los bienes de carácter civil, y que solo con respecto a estos se establece la condición de que un ataque únicamente será lícito si da lugar a una “ventaja militar definida”. Los combatientes, a diferencia de los bienes, en el derecho de la guerra siempre se consideran objetivos militares, susceptibles de ser atacados con fuerza letal sea cual sea su función en las fuerzas armadas y su situación en el momento del ataque, siempre que no estén fuera de combate.⁵⁴ Por ejemplo, un cocinero militar y un miembro de la Oficina asesoría legal del ejército pueden ser atacados mientras realizan actividades que no parecen contribuir de forma inmediata al esfuerzo bélico enemigo. El trato no diferenciado de todos los miembros de las fuerzas armadas refleja la estructura normativa del derecho internacional humanitario que, a diferencia del derecho internacional de los derechos humanos, pretende regular las relaciones hostiles entre beligerantes en lugar de formular un régimen individualizado adaptable a cada persona de la sociedad en función de su situación específica.⁵⁵ Esto explica por qué las consideraciones morales, por ejemplo que un combatiente solamente debe ser objeto de un ataque si constituye una amenaza, no se reflejan en el derecho de los conflictos armados⁵⁶. Parece menos obvio que los civiles que participan directamente en las hostilidades deban subsumirse de forma similar en la masa enemiga. De hecho, el carácter excepcional y temporal de la participación directa en las hostilidades requiere una evaluación individualizada, lo que lleva a algunos autores a prever la posible aparición de un principio de mal menor y de un

54 Dinstein, Y. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 4th ed. Cambridge University Press, 2022, 46–48.

55 Corn, G. S. et al. *Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule*. En *International Law Studies*. 89(536), 2013, 552-557. Sobre la estructura normativa del Derecho internacional humanitario, véase en general: Provost, R. *International human rights and humanitarian law*. Cambridge University Press, 2002.

56 Blum, G. *The dispensable lives of soldiers*. En *Journal of Legal Analysis*. 2(1), 132-139, 2010; McMahan (n. 28), 28-30; Rosenzweig, I. *When You Have to Shoot, Shoot! Rethinking the Right to Life of Combatants During Armed Conflicts*. En *International Review of the Red Cross*, 1-34, 2024.

requisito de proporcionalidad, como sugieren la Guía Interpretativa del CICR y la decisión del Tribunal Supremo israelí sobre los asesinatos selectivos⁵⁷.

Por lo tanto, existe cierta apertura en el derecho internacional humanitario a la posibilidad de que la ley imponga ciertos límites al uso de la fuerza en los ataques contra civiles que participan directamente en las hostilidades. Los argumentos que subyacen a dicha apertura deben jugar aún con más fuerza en el caso de los NNA civiles si, como he sugerido antes, dirigir un ataque contra un niño es uno de los males de la guerra reflejados en el principio de prohibición de los males superfluos. Pero hay más: los NNA soldados que son miembros de fuerzas o grupos armados, y como tales combatientes según el derecho internacional humanitario, no deben ser considerados combatientes como los demás, subsumidos en la masa corporativa del beligerante enemigo. De hecho, la prohibición universalmente aceptada del reclutamiento de NNA en fuerzas o grupos armados y la utilización de NNA para participar directamente en hostilidades, aunque no impide que esos NNA se conviertan en combatientes, los constituye, sin embargo, en combatientes distintos. También en este caso, el principio de protección de los NNA en los conflictos armados proclamado en el artículo 77 del Protocolo I debe guiar la construcción de la noción de combatiente para negarse a aplicar a los NNA soldados el enfoque general según el cual no se hace ninguna diferencia entre los distintos tipos de combatientes. De este modo, los NNA combatientes no constituirían una subcategoría del concepto de combatiente, lo que conduciría a una consideración uniforme de todos los NNA combatientes, sino más bien un tipo de combatiente cuya situación debe analizarse de forma individualizada del mismo modo que el Derecho Internacional Humanitario exige para los civiles que participan directamente en las hostilidades. La conclusión de que se requiere un análisis individualizado tanto para los NNA combatientes como para los NNA civiles que participan directamente en las hostilidades no fusiona estas dos categorías jurídicas ni sugiere que la condición de combatiente o de civil no influya en dicho análisis individualizado.

La necesidad de un enfoque individualizado para todas las categorías de NNA soldados exige que se rechace un marco analítico rígidamente predeterminado para las hostilidades en las que participan menores. Dicho esto, en la doctrina militar y académica se han identificado desde hace algún tiempo ciertas estrategias que se ajustan al marco jurídico para los NNA soldados esbozado anteriormente⁵⁸. Estas estrategias incluyen advertencias o invi-

57 Corn (n. 55), 551; Cohen A. y Shany, Y. *A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case*. En *Journal of International Criminal Justice*, 5, 310, 2007; Brigety, R. I. y Stohl, R. *Just War Theory and Child Soldiers*. En Brough, M.; Lango, J. y van der Linden, H. (dir.), *Rethinking the Just War Tradition*. SUNY Press, 2007, 144; Maystre (n. 15), 78.

58 US Marine Corps Warfighting Laboratory. "Child Soldiers: Implications for US Forces" (2002). <<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a433182.pdf>>, 23; Singer, P. W. *Children at War*.

taciones a los NNA soldados para que se rindan o se abstengan de realizar acciones hostiles; retrasar o evitar la confrontación con los NNA soldados; y elegir armas o métodos para inutilizar a los NNA soldados con un daño mínimo, incluido el uso de armas no letales y medidas psicológicas; tomar como objetivo prioritario a cualquier adulto que participe en las hostilidades, especialmente si parece tener un papel de mando en relación con los NNA; determinar más rápidamente que los NNA soldados están fuera de combate en circunstancias que no justificarían necesariamente tal determinación en el caso de los adultos, como dejar caer un arma e intentar huir.

La Doctrina Conjunta sobre Niños Soldados adoptada por las Fuerzas Armadas Canadienses en 2017 recomienda la mayoría de estas estrategias⁵⁹. La Doctrina hace mucho hincapié en la relación entre las acciones emprendidas contra los NNA soldados y el derecho de los militares a la legítima defensa. Existe cierta vaguedad en el documento en cuanto a si se puede utilizar la fuerza armada más allá de la protección contra los ataques, aunque hay una breve referencia al uso de la fuerza contra los NNA “para cumplir la misión”⁶⁰. No hay nada en el análisis anterior de las normas del derecho de los con-

Knopf Doubleday Publishing Group, 2015, 178; Brigety y Stohl (n. 55), 139; Sinha (n. 32), 592-594.

59 Canadian Armed Forces. *Joint Doctrine Note on Child Soldiers*, DIN 17-01, marzo de 2017, 2-13. Este documento, comunicado al autor por las Fuerzas Armadas canadienses, no parece haber sido puesto a disposición del público en general.

60 *Id.*, pp. 2-10, §0210(f)(4) (“ROE. The presence, or potential presence, of child soldiers may create some challenges for ROE considerations, but it is essential that planners remember that CAF personnel will retain the right to use force, to protect themselves from the threat of serious injury or death, even from a child soldier. A child soldier with a rifle or grenade launcher can present as much of a threat as an adult soldier carrying the same armament”), pp. 2-11, §0211(b) (“Clear guidance on rights and responsibilities regarding child soldiers. All troops deploying on missions where child soldiers may be encountered will need to be given well-defined direction on the rights of child soldiers and what responsibilities CAF personnel have toward them. Of particular importance will be clear direction that when child soldiers are armed and presenting a valid threat, CAF personnel may be authorized to engage against them”) y pp. 2-12, §0213 (“At the tactical level, commanders and personnel must be aware that we may be able to use force against armed child soldiers, being employed as frontline troops and presenting a threat. To avoid potential psychological impacts for own forces and possible consequences for the mission itself (for example, negative impacts on public support for the mission), personnel must be prepared for the possibility that they will have to engage child soldiers with deadly force to defend themselves or others, or to accomplish the mission in accordance with mandate authorized ROE. This is not to suggest that force must at all times be used against a child soldier but rather to highlight the importance of providing clarity at the tactical level regarding the presence and status of child soldiers in the mission area as well as their strengths and weaknesses”). Un principio de precaución se refleja también en el manual neozelandés (n. 13), §14.6.12 (“Although children who are forced or induced to take up arms are victims of war, NZDF commanders are not to ignore the special danger that child soldiers pose to members of the NZDF and the civilian population. Children are, in particular, prone to being manipulated into committing war crimes and their behaviour can be unpredictable and irrational. Nevertheless, if there is a choice of available objectives, NZDF commanders are to avoid attacking child soldiers if possible”).

flictos armados que sugiera que el uso de la fuerza contra los NNA soldados se limite necesariamente a situaciones de defensa de las tropas o incluso de la población civil. Ha habido situaciones en conflictos armados en las que, lamentablemente, unidades compuestas por NNA o que incluían a NNA han cometido violaciones sistemáticas de las leyes de la guerra; abstenerse de usar la fuerza contra una unidad de este tipo si se presenta la oportunidad, como la localización de su base por un dron armado, puede darles la oportunidad de cometer nuevos abusos más adelante. De este modo, se sacrificarían las vidas o la integridad de civiles, tal vez incluso de NNA, para proteger las vidas de los NNA soldados. Ni el derecho internacional humanitario ni los principios morales justifican tal restricción del uso de la fuerza contra los NNA soldados. En tal caso, como en general, un análisis específico de la situación debe guiar la identificación de las medidas jurídicamente apropiadas.

Un último aspecto de las condiciones para el uso de la fuerza armada contra los NNA soldados está relacionado con los riesgos que afrontan los militares al enfrentarse a ellos. Hay que tener en cuenta que los soldados que se enfrentan a los NNA soldados no son ni policías ni trabajadores sociales, sino combatientes que pueden convertirse ellos mismos en blanco de ataques. La realidad de la participación de los NNA en los conflictos armados hace que, muy a menudo, los militares asuman riesgos adicionales para evitar tener que atacarlos⁶¹. Muchas de las estrategias mencionadas implican que los militares se expongan de formas que no harían cuando se enfrentan a combatientes adultos. La identificación de estas estrategias plantea la cuestión de si el derecho de los conflictos armados exige que se asuman tales riesgos y, en caso afirmativo, en qué medida. Para empezar, tanto el derecho internacional humanitario convencional como el consuetudinario exigen que en un ataque se tomen precauciones para evitar o reducir al mínimo las víctimas civiles colaterales (art. 57, Protocolo I). Así pues, el beligerante está obligado a elegir entre los medios o métodos disponibles el que evite de la manera más eficaz las víctimas civiles y, al mismo tiempo, produzca “la ventaja militar concreta y directa prevista” (art. 57(2), Protocolo I). En muchos casos, algunas de las opciones disponibles reducirán las bajas colaterales, pero a costa de un mayor riesgo para las fuerzas atacantes⁶².

Está claramente aceptado que la protección de las propias fuerzas es una consideración legítima para un beligerante y, por lo tanto, no se exige al combatiente que sacrifique su propia vida o seguridad para proteger a los civiles.

61 Guiora, A. N. *The Legal and Ethical Limits of Technological Warfare: Introduction*. En *Utah L Rev*, 1344-1345, 2013.

62 Sobre el impacto de la presencia de niños en las evaluaciones de proporcionalidad en virtud del derecho humanitario, y el vínculo con el concepto de protección de la fuerza, véase Provost, R. y Wijenayake, V. *Collateral kids: Weighing the lives of children in targeting*. En *Leiden Journal of International Law*. Publicado en línea 2024:1-21. DOI: 10.1017/S0922156524000219.

Por otro lado, no está claro que el derecho de los conflictos armados conceda prioridad absoluta a la protección de las fuerzas⁶³. Como propone Dinstein, “lo que se pide es una ‘asignación de riesgos’ razonable entre el personal militar del atacante y los daños colaterales a civiles/objetos civiles”⁶⁴. Por ejemplo, el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia no consideró ilegal que las fuerzas aéreas de la OTAN bombardearan objetivos en Serbia a gran altura para proteger a los pilotos, aunque ello pudiera provocar un aumento de las víctimas civiles⁶⁵. Se entiende que si el derecho internacional humanitario no exige que los beligerantes asuman necesariamente riesgos adicionales para proteger a civiles pacíficos, *a fortiori* no puede exigir que se asuman riesgos para reducir el daño a los combatientes o a los civiles que participan directamente en las hostilidades. En su Guía interpretativa, el CICR reconoce que no hay obligación de asumir mayores riesgos para proteger a una persona que pueda estar siendo atacada directamente⁶⁶.

Así pues, si bien de los principios del derecho internacional humanitario puede deducirse que las tropas que se enfrentan a NNA soldados tienen el deber de adoptar medidas especiales para protegerlos en cierta medida, no existe base alguna para concluir que dichas tropas deban asumir riesgos adicionales.

CONCLUSIÓN

La participación de NNA en diversas funciones en las hostilidades es una tragedia universalmente condenada, y el énfasis de la comunidad internacional en las formas de reducirla, si no eliminarla, es digno de aplauso. Sin embargo, el fenómeno de los NNA soldados persiste, y los enfrentamientos armados en los que participan directamente NNA no deben seguir siendo una especie de agujero negro jurídico en el derecho internacional humanitario. Muy recientemente, la doctrina ha empezado a abordar esta cuestión; empero, las consideraciones jurídicas y morales suelen entremezclarse en el análisis. Aunque parece innegable que el hecho de apuntar directamente a un niño soldado plantea un profundo dilema moral, el derecho de los conflictos armados no puede dejar al personal militar abandonado a su suerte mientras toma decisiones desgarradoras en condiciones a menudo extremas que dejarán una huella duradera en ellos. También hay que admitir que la vaguedad jurídica que rodea el ataque directo a los NNA soldados no cumple el requisito humanitario de proteger a estos NNA. Como ocurre con todo el derecho de la guerra, hay que sopesar cuidadosamente los intereses en juego

63 Solis, G. D. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. Cambridge University Press, 2016, 304-305.

64 Dinstein (n. 54), 193.

65 Dinstein, *ibid.*, 194; Ohlin y May (n. 51), 211.

66 CICR. Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades (n. 16), 78, nota 212.

para identificar el punto de equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones elementales de humanidad. Al hacerlo, hay que evitar una visión demasiado simplista del niño soldado como una mera víctima sin autonomía de decisión o como una máquina de guerra que no merece ninguna consideración humanitaria. La realidad de los NNA soldados es compleja y variable, y el derecho internacional humanitario debe intentar reflejar esta naturaleza compleja y variable en la medida de lo posible.

REFERENCIAS

- Andrade Sampaio, A. y McEvoy, M. *Little Weapons of War: Reasons for and Consequences of Treating Child Soldiers as Victims*, 63:1 *Netherlands International Law Review* 51-73, 2016.
- Brigety, R. II y Stohl, R. *Just War Theory and Child Soldiers*. En Brough, M.; Lango, J. y van der Linden, H. (dir.), *Rethinking the Just War Tradition*. SUNY Press, 2007.
- Bjørkhaug, I. *Child Soldiers in Colombia: The Recruitment of Children into Non-State Violent Armed Groups*, Microcon Research Working Paper, 27, 2010. <https://papers.ssrn.com/abstract=1650250>
- Bloom, M. *Why ISIS Is Increasingly Using Kids As "Cubs of The Caliphate"*, 23 March 2015, *HuffPost Canada*. http://www.huffingtonpost.com/mia-bloom/isis-kids-cubs-caliphate_b_6903638.html
- Bloom, M. *Weaponizing the Weak: The Role of Children in Terrorist Groups*, Research Handbook on Child Soldiers, Mark A. Drumbl y Jastine C. Barrett (dir.). Edward Elgar Pub, 2019.
- Bodineau, S. *Refusing to be victims: child soldiers in the humanitarian world*, en Miriam Denov y Maya Fennig (dir.), *Research Handbook of Children and Armed Conflict*. Edward Elgar Publishing, 2024, 67-85.
- Boothby, B. *And for such time as: The time dimension to direct participation in hostilities*, 42 *NYUJ int'l L & Pol*, 2009.
- Bosch, S. *Targeting and prosecuting 'under-aged' child soldiers in international armed conflicts, in light of the international humanitarian law prohibition against civilian direct participation in hostilities*, 45:3 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2012, 324-364.
- Bosch, S. *A Legal Analysis of How the International Committee of the Red Cross's Interpretation of the Revolving Door Phenomenon Applies in the Case of Africa's Child Soldiers*, 24 *African Security Review* 3, 2015.
- Boutruche, T. *L'interdiction des maux superflus: contribution à l'étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*, Institut des hautes études internationales et du Développement, 2008. <https://repository.graduateinstitute.ch/record/1630>
- Blum, G. *The dispensable lives of soldiers*, 2:1 *Journal of Legal Analysis*, 115-170, 2010.

- Centro Nacional de Memoria Histórica. *Una guerra sin edad. Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano*. Bogotá: CNMH, 2017.
- CICR. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades*, p. 34. <https://www.icrc.org/es/publication/guia-participacion-directa-hostilidades-derecho-internacional-humanitario-dih>
- CICR. *Norma 70 - medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios*. <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule70>.
- Cohen, A. y Shany, Y. *A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case*, 5 *Journal of International Criminal Justice* 310, 2007.
- Cohn, I. y Goodwin-Gill, G. S. *Child Soldiers: The Role of Children in Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. *Hay futuro si hay verdad: informe final*, tomo 8: 'No es un mal menor – niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado', Bogotá, 179-223, 2022.
- Commission Militaire Internationale. *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, Saint Pétersbourg, 11 décembre 1868*, 1 *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1877.
- Corn, G. S. *et al. Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule*, 89 *International Law Studies* 536, 552-557, 2013.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares. *Prosecutor c. Ntaganda*, Decision on Confirmation of Charges, 9 de junio de 2014, ICC-01/04-02/06.
- CPI, Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Ntaganda*, Judgment on appeal regarding jurisdiction, 15 de junio de 2017, ICC-01/04-02/06 OA5, §§59-61.
- CPI, Sala de Apelaciones. *Prosecutor c. Lubanga*, sentencia de apelación, 1 de diciembre de 2014, ICC-01/04-01/06 A5.
- Dinstein, Y. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 4th ed. Cambridge University Press, 2022.
- de La Cruz, F. y Cruz Quispe, D. *Soldados, víctimas y enemigos: el derecho del targeting y los niños asociados con grupos armados*, Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario, 3, 2022. <https://doi.org/10.5294/aidih.2022.3.4>
- Drumbl, M. A. *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Drumbl, M. A. y Barrett, J. (dir.), *Research Handbook on Child Soldiers*. Edward Elgar Publishing Limited, 2019.
- Drumbl, M. A. y Barrett, J. *Introduction*, *Research Handbook on Child Soldiers*, Mark A. Drumbl y Jastine C. Barrett (dir.). Edward Elgar Pub, 2019.

- Forces armées canadiennes. *Le droit des conflits armés aux niveaux opérationnel et tactique*, B-GJ-005-104/FP-021, 13 de agosto de 2001.
- Gobierno de Nueva Zelanda, Defence Forces. *Law of Armed Conflict Handbook*, DM-69, 4, 2.ª ed., 2017.
- Gobierno de Dinamarca, Ministry of Defense. *Military Manual on International Law Relevant to Danish Armed Forces in International Operations*, 2016.
- Gobierno de Francia, Ministère des Armées. *Manuel de droit des opérations militaires*, 2022.
- Goodman, R. *The Power to Kill or Capture Enemy Combatants*, 24 *European Journal of International Law* 819, 2013. <https://academic.oup.com/ejil/article/24/3/819/481622>
- Groome, D. *Child Soldiers - Both Victims and Combatants: Is There Anything IHL Can Do?*, SSRN Scholarly Paper, ID 2869484, Rochester, Social Science Research Network, 2016. <https://papers.ssrn.com/abstract=2869484>
- Guiora, A. N. *The Legal and Ethical Limits of Technological Warfare: Introduction*, *Utah L Rev* 1215-1725, 2013.
- Happold, M. *Child Soldiers in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 2005.
- Higgs, J. *Militarized Youth: The Children of the FARC*. Springer, 2020. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-23686-1>
- Hoffman, D. *The War Machines: Young Men and Violence in Sierra Leone and Liberia*. Durham: Duke University Press, 2011.
- Honwana, A. *Child Soldiers in Africa*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2011.
- Hurtado, M.; Irazo Dosdad, Á. y Rodríguez, W. *Labor Markets in Contexts of War: Recruitment and Trafficking of Child Soldiers in Colombia*, *Colombia Internacional, Uniandes*, 114, 65-91, 2023. <http://journals.openedition.org/colombiaint/18631>
- Ipsen, K. *Combatants and non-combatants*, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*. Oxford: University Press Oxford, 3ª ed., 79-119, 2013.
- Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. *AUTO SVR-LRG-T-032-2022*, 11 de febrero de 2022.
- Luban, D. *Just War Theory and the Laws of War as Nonidentical Twins*, *Ethics & International Affairs*, 433-440, 2017.
- Maystre, M. *Les enfants soldats en droit international: problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*. Paris: Editions A Pedone, 2010.
- McMahan, J. *An Ethical Perspective on Child Soldiers*, *Child soldiers in the age of fractured states*, Scott Gates y Simon Reich (dir.). Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 27-36, 2010.

- Ministerio de Defensa Nacional (Colombia). *Directiva 01 de 2023*, Ministerio de Defensa, 30 de enero de 2023.
- Naciones Unidas. *Informe del Comité Preparatorio para el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, Doc. N.U. A/Conf.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998.
- Nicholson, J. *Is Targeting Naked Child Soldiers a War Crime?* *International Criminal Law Review*, 16:1, 2016, 134-157.
- Ohlin, J. D. y May, L. *Necessity in International Law*. Oxford University Press, 207-258, 2016.
- Pachón, X. *La persistente presencia de los niños combatientes en la historia de Colombia*, *Projeto História: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História*, 54, 2015.
- Pack, S. *Targeting Child Soldiers: Striking a Balance between Humanity and Military Necessity*, 7:1 *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 183-203, 2016.
- Parks, W. H. *Part IX of the ICRC direct participation in hostilities study: no mandate, no expertise, and legally incorrect*, 42 *NYUJ Int'l L & Pol* 769, 2009.
- Provost, R. y Wijenayake, V. *Collateral kids: Weighing the lives of children in targeting*. En *Leiden Journal of International Law*. Publicado en línea 2024:1-21. DOI: 10.1017/S0922156524000219
- Provost, R. *L'attaque directe d'enfants-soldats en droit international humanitaire*, *Canadian Yearbook of International Law*, 55, 33-71, 2018. <https://doi.org/10.1017/cyl.2018.5>
- Provost, R. *International human rights and humanitarian law*. Cambridge University Press, 2002.
- Provost, R. *Targeting Child Soldiers*, *EJILTalk*, 12 de enero de 2016. <https://www.ejiltalk.org/targeting-child-soldiers/>
- Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. *Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye 15 juin - 18 octobre 1907, Actes et Documents*, vol. I, La Haye, 1907.
- Redacción Judicial, *El Espectador*. “Son máquinas de guerra”: así justificó Diego Molano bombardeo a adolescentes, 10 de marzo de 2021. <https://www.elespectador.com/judicial/son-maquinas-de-guerra-asi-justifico-diego-molano-bombardeo-a-adolescentes-articulo/>
- Rosenzweig, I. *When You Have to Shoot, Shoot! Rethinking the Right to Life of Combatants During Armed Conflicts*, *International Review of the Red Cross*, 1-34, 2024.
- Roshani, N. *Beyond Child Soldiering: Children as Creative Entrepreneurs in Contexts of Violence in Colombia*, tesis doctoral, London, University College London, 2018. <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10046878/>
- Salas Cerquera, M. C. *Reclutamiento ilegal de menores y patrimonio cultural inmaterial: el caso de las comunidades indígenas en Colombia*. En *Boletín OPCA*, (9), 58. Bogotá: Uniandes, 2015.

- Sassòli, M. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, 2.^a ed. Edward Elgar, 2024.
- Secretaría General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados. *Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados*, Doc. ONU A/77/143, 2022.
- Schmitt, M. N. *Wound, Capture, or Kill: A Reply to Ryan Goodman's*. "The Power to Kill or Capture Enemy Combatants", *European Journal of International Law*, 855, 24, 2013. <https://academic.oup.com/ejil/article/24/3/855/481625>
- Singer, P. W. *Children at War*. Knopf Doubleday Publishing Group, 2015.
- Sinha, G. A. *Child soldiers as super-privileged combatants*, *The International Journal of Human Rights*, 17:4, 584-603, 2013.
- Solis, G. D. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. Cambridge University Press, 2016.
- Suárez, G. P. *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht: die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*. BWV Verlag, 2009.
- Tribunal Especial para la Paz, Sección de Apelación. *Auto TP-SA 1035 de 2022*, Jurisdicción Especial para la Paz, 7 de diciembre de 2022, §35.4.4 & 37.
- United States Department of Defense. *Law of War Manual*, mayo de 2016, p. 167, §§4.20.5.3.
- Special Court for Sierra Leone. *Prosecutor v. Brima* (AFRC Case), Trial Judgment, SCSL-2004-16-T (20 de junio de 2007), p. 228, párr. 737.
- Tinsae Birhane, F. *Targeting of Children in Non-International Armed Conflicts*, *Journal of Conflict and Security Law*, 26, 377-400, 2021. <https://doi.org/10.1093/jcsl/krab004>
- Wagner, N. *A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in Lubanga Child Soldiers and Direct Participation*, 24 *Criminal Law Forum* 145, 2013.
- Waschefort, G. *International Law and Child Soldiers*. Hart Publishing, 2015.