



Soldados, víctimas y enemigos: el derecho del *targeting* y los niños asociados con grupos armados

*Soldiers, victims, and enemies: The law of targeting
and children associated with armed groups*

Francisco DE LA CRUZ

<https://orcid.org/0000-0002-9429-8148>

Centra Internacional, Perú

francisco.rdlcc@gmail.com

Dayanna CRUZ QUISPE

<https://orcid.org/0000-0002-4846-5654>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

dayanna.cruz@unmsm.edu.pe

DOI: [10.5294/aidih.2022.3.4](https://doi.org/10.5294/aidih.2022.3.4)



Para citar este artículo | To reference this article | Para citar este artigo

Francisco DE LA CRUZ y Dayanna CRUZ QUISPE, “Soldados, víctimas y enemigos: el derecho del *targeting* y los niños asociados con grupos armados”, en *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario*, 3 (2022), pp. 87-134. DOI: <https://doi.org/10.5294/aidih.2022.3.4>

Recibido: 31 de mayo de 2022 | Envío a pares: 29 de junio de 2022 | Aprobado por pares: 16 de agosto de 2022 | Aceptado: 1 de septiembre de 2022.

Resumen

El reclutamiento de niños para su utilización en roles de combate en contextos de conflictos armados no internacionales aumenta cada año. No obstante, entre las normas del derecho internacional humanitario (DIH) parece existir una ausencia de regulación del *targeting* de niños. Motivados por la fuerte carga moral de la materia, varios autores han utilizado un análisis de complementariedad entre el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el DIH para argumentar el otorgamiento de mayor protección a niños desprotegidos contra el ataque. El presente artículo argumenta que aquello es posible solo respecto del proceso de determinación de la participación directa en las hostilidades (PDH) o la función continua de combate (FCC) de niños, mas no cuando esta determinación ya ha sido hecha, debido a que los principios fundamentales del DIH actuarían como un límite lógico para los análisis de complementariedad.

Palabras clave: niños soldados; conflictos armados no internacionales; participación directa en las hostilidades; derecho internacional de los derechos humanos; complementariedad; medios menos restrictivos.

Abstract

The recruitment of children for their use in combat roles in non-international armed conflict contexts rises every year. However, among the rules of international humanitarian law there seems to be an absence of regulation on the targeting of children. Motivated by the strong moral weight assigned to the question, various authors have utilized a complementarity analysis between international human rights law and international humanitarian law to argue in favor of giving additional protections to children otherwise unprotected against direct attack. This paper argues that this is possible only in respect of the process of determination of the direct participation in hostilities or the continuous combat function of children, but not when this determination has already been made, because the fundamental principles of international humanitarian law may act as a logical limit to the complementarity analyses.

Keywords: Child soldiers; non-international armed conflicts; direct participation in hostilities; international human rights law; complementarity; least restrictive means.



Una cultura, sociedad o época histórica establece un mayor grado de progreso que otra si la primera muestra más sensibilidad (menos tolerancia) al dolor y sufrimiento de los seres humanos que la segunda, a través de la expresión en las leyes, costumbres, instituciones y prácticas de las respectivas sociedades o épocas.¹

Cada año, más niños son sometidos a las inclemencias de los conflictos armados. La proporción de niños que viven en zonas de conflicto se ha triplicado, desde menos de 5 % en 1990, a más de 14 % en 2020,² cifras que anteceden al advenimiento de la pandemia y de la aparición de nuevas zonas de conflicto como en el este de Ucrania. En este preciso momento, hay alrededor de 300 mil niños reclutados que son combatientes o se ven obligados a ejercer otras actividades como cocinar, ser mensajeros, ser esclavas sexuales, etc.³ Estas cifras aumentan en la medida en que los conflictos recrudecen: mientras más se intensifica y dura un conflicto armado, consecuentemente aumentan las bajas, lo cual lleva a las partes a buscar reclutas desesperadamente, viendo en los niños una solución.⁴

En el caso de Latinoamérica, continente en que ha habido varios conflictos sucesivos, se pudo observar el uso de niños en Bolivia, Guatemala, Perú y Colombia.⁵

Lamentablemente, no es raro que existan casos de reclutamiento de niños por parte de fuerzas armadas estatales; por ejemplo, se estima que, en un momento determinado, había mil adolescentes que servían en las Fuerzas

-
- 1 Ruth MACKLIN, "Moral progress", en *Ethics* 87 (1977), pp. 371-372.
 - 2 Kristin KAMØY, *Stop the war on children: A crisis of recruitment*, Save The Children, 2021, p. 3.
 - 3 Deutsche Welle, "Reclutamiento de niños soldado en el mundo se duplica desde 2012", Deutsche Welle, 11 de febrero de 2019, en <https://www.dw.com/es/reclutamiento-de-ni%C3%B1os-soldado-en-el-mundo-se-duplica-desde-2012/a-47467641>, fecha de consulta: 20 de abril de 2022.
 - 4 Asamblea General de las Naciones Unidas, "Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños", Naciones Unidas, 26 agosto 1996, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6260.pdf>, fecha de consulta: 17 de febrero de 2022, párr. 40.
 - 5 Mark DRUMBL, "Children in armed conflict", en Jonathan TODRES y Shani M. KING (eds.), *The Oxford Handbook of Children's Rights Law*, New York, Oxford University Press, 2020, p. 660.

Armadas de Perú.⁶ Del otro lado, se ha comprobado que durante el conflicto armado peruano entre 1980 y 2000, así como en zonas en que –por designio del Estado peruano– es aplicable el derecho internacional humanitario (DIH), como en el valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), hubo niños reclutados y adiestrados por Sendero Luminoso.⁷ A pesar de que estos niños –denominados “pioneritos”– tenían edades que oscilaban entre 7 y 12 años, tenían una participación directa en las hostilidades (PDH).⁸ Por su parte, las cifras colombianas son alarmantes: hay registros de entre 16 mil y 18 mil⁹ menores de edad víctimas de reclutamiento, que fueron utilizados durante los conflictos armados de carácter no internacional (CANI). Actualmente, estos hechos son materia de investigación en el Caso 007 ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en el marco del cual se han acreditado hasta el momento 400 víctimas.¹⁰

Adicionalmente, la pandemia ha impactado en el reclutamiento de menores colombianos y migrantes venezolanos, siendo esta la violación que tiene el mayor número de víctimas, 220 específicamente, en razón de las medidas de restricción, el cierre de escuelas y la disminución de la presencia de autoridades y actores humanitarios en zonas especialmente afectadas por la migración.¹¹ Incluso luego de reintegrarse a la vida civil, la asociación¹² con grupos

6 Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Niños usados como soldados en el Perú: Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 138° periodo de sesiones*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2010, p. 13.

7 Néstor Godofredo TAPIE CAMPOS, “Los niños en el conflicto armado”, en *Gazeta de Antropología* 30 (2014), en <http://www.gazeta-antropologia.es/?p=4405>

8 Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Niños usados como soldados en el Perú*, op. cit., pp. 12-13, 16, 18-19.

9 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, en http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2018/una_guerra-sin-edad.pdf

10 Jurisdicción Especial para la Paz, “Caso 07: Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado”, JEP, 2022, en: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/07.html>, fecha de consulta: 4 de enero de 2022.

11 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Informe del Secretario General: Los niños y el conflicto armado en Colombia*, Naciones Unidas, 8 de diciembre de 2021, en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/SP_10.pdf, fecha de consulta 17 de febrero de 2022, pp. 5-6.

12 El término técnico “niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados” proviene de los Principios de París. Ver Unicef, Principios de París. Principios y Directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados, febrero 2007, art. 2.1.

armados organizados (GAO) deja secuelas dramáticas, cuyo impacto puede ser diferenciado según el género; por ejemplo, en Colombia, un 17% de las niñas tenían hijos o estaban embarazadas al momento de la desvinculación.¹³

El reclutamiento de niños es, en la inmensa mayoría de casos, forzoso; siendo las causas de la asociación de niños a GAO tan diversas como el rapto por parte de los grupos armados,¹⁴ el ofrecimiento de los niños por sus propias familias a cambio de un salario familiar o una promesa de matrimonio,¹⁵ el engaño, el ofrecimiento de trabajos no combatientes seguido de la obligación de combatir y el alistamiento impulsivo.¹⁶ No solo la inmadurez propia de la edad podría indicar que los llamados “alistamientos”¹⁷ no son en realidad voluntarios,¹⁸ sino también porque esa decisión puede verse influenciada por factores sociales como la presión cultural, económica, política o religiosa a través del adoctrinamiento, o por el prestigio asociado al estatus militar.

Además, los factores materiales también condicionan en gran medida la probabilidad de asociación de niños a GAO: factores como la pobreza, inseguridad, falta de educación, socialización en la violencia desde temprana edad y la destrucción de sus familias;¹⁹ así como la obligación de cortar todos los lazos con sus comunidades de origen,²⁰ son predictores de reclutamiento y asociación. Las vulnerabilidades interseccionales indican la existencia de condiciones de desigualdad material adicionales a la minoría de edad que ponen a los niños en potencial riesgo para el reclutamiento. Por ejemplo, en Colombia se ha alertado

13 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, OIM y Unicef, *Impacto del conflicto armado en el estado psicosocial de niños, niñas y adolescentes*, Bogotá, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2014, p. 73.

14 Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final de la CVR*, Lima, CVR, 2003, p. 589.

15 Paola REYES, “Los niños y las niñas como víctimas en los conflictos armados: participación en las hostilidades”, en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 24 (2013), pp. 39-40.

16 Mark DRUMBL, “Children in armed conflict”, *op. cit.*, p. 671.

17 Ídem.

18 Paola REYES, “Los niños y las niñas como víctimas en los conflictos armados: participación en las hostilidades”, *op. cit.*, pp 43-44.

19 Mark DRUMBL, “Children in armed conflict”, *op. cit.*, p. 671.

20 Amy Beth ABBOTT, “Child soldiers: The use of children as instrument of war”, en *Suffolk Transnational Law Review* 23 (2000), pp. 514-515.

que existe un mayor peligro de reclutamiento para los niños migrantes venezolanos por su condición económica,²¹ así como de la niñez indígena.²²

En particular, los grupos armados son conscientes de estas vulnerabilidades y las aprovechan para obtener miembros.²³ Por ello, apuntan hacia las y los menores marginados, pobres, inseguros, que desean vengarse por las muertes de sus familiares y que, por lo tanto, son más susceptibles al reclutamiento.²⁴ Las estrategias utilizadas para que los niños permanezcan asociados a los GAO denotan una gran crueldad; por ejemplo, son inducidos a la adicción a las drogas para utilizarlos después a cambio de estas sustancias.²⁵ En cuanto a las niñas, ellas son obligadas a casarse con sus captores, cuidar a sus hijos, mantener relaciones sexuales y llevar a cabo embarazos forzosos; consecuentemente, al ser percibidas como parte del bando enemigo sus comunidades las apartan.²⁶ Es en el marco de estas condiciones deplorables que se exige que los niños asociados a GAO se sacrifiquen aún más, arriesgando sus vidas en el campo de batalla.

Esta realidad ha llevado a la idea de que es necesario un avance normativo en el DIH, no solo respecto de materias como la desmovilización de los niños asociados a GAO, sino también respecto al *targeting*²⁷ de niños, entendido tal término como el proceso operacional mediante el cual se determina a una persona u objeto como objetivo militar válido, se establecen los medios y métodos

21 Olga Lucía CORZO VELÁSQUEZ y Luis Alfonso RODRÍGUEZ BELTRÁN, *Análisis situacional y priorización de riesgos de niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en seis (6) municipios de Colombia*, OIM Colombia, 2019, en https://www.r4v.info/sites/default/files/2021-06/Documento%20Final%20An%C3%A1lisis%20situacional%20y%20priorizaci%C3%B3n%20de%20riesgos%20NNA%20-%20OIM%20-ICBF_12%20_03_2020%20%282%29.pdf, fecha de consulta 2 de mayo, pp. 300-305.

22 *Ibid.*, pp. 302-303.

23 Mark DRUMBL, “Children in armed conflict”, *op. cit.*, p. 671.

24 Amy Beth ABBOTT, “Child soldiers: The use of children as instrument of war”, *op. cit.*, pp. 514-516.

25 *Ibid.*, pp. 510-511; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, “Informe del Secretario General: los niños y el conflicto armado en Colombia”, Naciones Unidas, 8 de diciembre de 2021, en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/SP_10.pdf, fecha de consulta: 17 de febrero de 2022, p. 8.

26 Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ongwen, Sala de Primera Instancia, Sentencia de Primera Instancia, 4 de febrero de 2021.

27 Se optó por utilizar el término anglosajón *targeting* por dos razones. Primero, encapsula en un solo vocablo el significado que transmiten las frases sinónimas de “hacer blanco de ataque”, “designar como objetivo” o “dirigir un ataque contra” una persona o bien. Segundo, el vocablo ya ve uso en la práctica. Ver, por ejemplo, Ministerio de Defensa (Perú), Decreto Supremo 003-2020-DE, Reglamento del Decreto Legislativo 1095, Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, 15 de marzo de 2020, arts. 12, 13 y 14.

de ataque, y se planifica y ejecuta el ataque. Actualmente, ya que los niños soldados son predominantemente utilizados por GAO, es más probable que aquellos sean considerados blancos legítimos en contextos de CANI,²⁸ y que los procesos de *targeting* sean hechos por el personal militar estatal.

Por tanto, el presente artículo examinará, en primer lugar, cómo el DIH vigente no regula explícitamente la cuestión de la determinación de la PDH de niños ni la del uso de la fuerza contra aquellos que han perdido la protección contra el ataque (sección 1). En segundo lugar, se explorarán las posibles opciones provenientes del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) que podrían surtir efectos interpretativos a raíz de un análisis de complementariedad DIH-DIDH (sección 2). En tercer lugar, se emplearán tales herramientas interpretativas –el interés superior del niño y el derecho a la vida de los niños– para realizar tal análisis de complementariedad DIH-DIDH respecto a la determinación de la PDH y función continua de combate (FCC) de niños (sección 3). Finalmente, se realizará el mismo análisis respecto de la cuestión del uso de la fuerza, los medios y los métodos permitidos contra aquellos niños que hayan perdido la protección contra el ataque, reflexionando también sobre el llamado enfoque de medios menos restrictivos (MMR), que favorece la captura del adversario sobre el darle muerte (sección 4).

1. Marco para la teorización del *targeting* de niños asociados con grupos armados

A manera de clarificación inicial, es preferible el término “niños asociados con fuerzas o grupos armados”²⁹ para referirse ampliamente a niños vinculados a un grupo o fuerza armada, utilizados como combatientes, cocineros, mensajeros, espías, para propósitos sexuales, etc.³⁰ En cambio, por la fuerte connotación de PDH que tiene el término tradicional “niños soldados”,³¹ este será utilizado para referirse únicamente a aquellos niños que han perdido la protección contra el ataque o que son considerados miembros de GAOS, es decir,

28 Rose BARRETT, “Humanising the law of targeting in light of a child soldier’s right to life”, en *International Journal of Children’s Rights* 27 (2019), p. 5.

29 Unicef, Principios de París, *op. cit.*, art. 2.1.

30 *Idem.*

31 Jorge RODRÍGUEZ, “El marco jurídico internacional de los niños soldado. Evolución y nuevos debates tras el Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional”, en *Ius Et Veritas* 63 (2021), p. 109.

del ala armada de una parte (no estatal) de un conflicto;³² distinción que, se argumentará, es sumamente crucial para determinar la aplicabilidad de reglas especiales de *targeting*.

Por tanto, en este texto se usará los términos niños asociados a GAO (NAG) y niños soldados (NS). El primer término se refiere a aquellos menores de edad que están vinculados con un GAO sea cual fuese su trabajo o función. En cambio, NS será –específicamente– aquel menor de edad que pierde su protección debido a su PDH o posee una FCC.

1.1. La protección en el DIH de los niños civiles y detenidos

La condición de los niños involucrados en conflictos armados fue traída a la atención del mundo en 1996, a propósito del informe *Repercusiones de los conflictos armados en los niños*, elaborado por la experta del Secretario General de las Naciones Unidas Graça Machel, cuyo examen de varias zonas de conflicto ya advertía el preocupante aumento del reclutamiento de niños, no solo para cumplir roles auxiliares, sino para su PDH³³ como NS. Impulsado en parte por la contribución del Informe Machel, y en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), entró en vigor en 2002 el Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados (PF). Tomando el derecho internacional vigente desde aquel entonces, se puede dar una visión general acerca de las protecciones a la niñez en relación con las situaciones de conflictos.

Primero, la CDN señala que los Estados deben abstenerse de reclutar a niños menores de 15 años y adoptar todas las medidas posibles para que ellos no tengan PDH.³⁴ Posteriormente, el PF buscó añadir mayores restricciones en torno al reclutamiento obligatorio y la PDH de niños menores de 18 años, aunque la redacción de los artículos relevantes está cargada de matices.³⁵ A falta de

32 MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, op. cit., p. 32.

33 Asamblea General de las Naciones Unidas, “Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños”, p. 17.

34 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 38.

35 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, artículos 1, 2 y 3. Por ejemplo, el artículo 1 utiliza un lenguaje de debida diligencia (“todas las medidas posibles”) para condicionar la prohibición de la PDH de menores. Ver Tiny VAN DEWIELE, *Optional Protocol: The Involvement of Children in Armed Conflicts*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 26-39.

una prohibición explícita al reclutamiento de menores de 18 años, puede al menos afirmarse que el DIDH protege a los niños menores de 15 años contra el reclutamiento y la PDH.

Por otra parte, el Estatuto de Roma (ER) –el tratado más importante del derecho penal internacional (DPI)– añade una avenida de protección a los niños mediante la tipificación del crimen de guerra del reclutamiento de niños menores de 15 años o su utilización en la participación activa en las hostilidades.³⁶ Como se verá líneas abajo, los elementos de este crimen están diseñados teniendo en mente el objetivo de salvaguardar los intereses de los niños vulnerables, sin pronunciarse acerca de las cuestiones del *targeting* de ellos.

Finalmente, el DIH convencional protege a los niños de ser reclutados y utilizados para la PDH cuando su edad se encuentra por debajo de los 15 años,³⁷ y también les otorga protecciones en caso de haber sido capturados luego de su PDH.³⁸ El DIH consuetudinario corrobora estas protecciones, tanto frente al reclutamiento y la PDH,³⁹ como en el caso de su detención.⁴⁰

No obstante, las normas mencionadas tienen en común el no pronunciarse sobre el *targeting*, concepto que denota el proceso operacional por el cual i) se consideran posibles blancos de ataque, ii) se determina si atacar a una persona u objeto cumple ciertos requisitos *inter alia* legales y militares, iii) se determina qué medios y métodos utilizar y iv) se conduce el ataque.⁴¹ Si bien el DIH señala que los niños serán “objeto de un respeto especial”,⁴² este se extiende únicamente a situaciones temporalmente anteriores (la protección de niños civiles y la prohibición del reclutamiento) o posteriores (las protecciones en caso de captura) a la conducción de hostilidades.⁴³ No se especifica qué

36 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, artículos 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii).

37 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, artículo 77(2); Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, artículo 4(3)(c).

38 Protocolo Adicional I, art. 77(3); Protocolo Adicional II, arts. 4(3)(d) y 6(4).

39 Jean-Marie HENCKAERTS y Louise DOSWALD-BECK, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas*, Buenos Aires, CICR, 2007, norma 136.

40 *Ibid.*, pp. 120 y 135.

41 William BOOTHBY, *The Law of Targeting*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 4.

42 Protocolo Adicional I, art. 77(1).

43 Sam PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, en *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 7 (2016), pp. 190-191.

tratamiento se debe extender a niños que PDH o que tienen una FCC; y si están sujetos a las mismas reglas sobre el uso de la fuerza militar que los adultos.⁴⁴

De no mediar una protección especial por parte de otras normas internacionales, esto significaría que, del mismo modo en que un soldado que ha sido esclavizado y obligado forzosamente a combatir sigue siendo un blanco lícito, ni la prohibición del reclutamiento de niños ni los sufrimientos a los que son sometidos a diario los liberaría de poder ser objetos de ataque si son combatientes en el marco de un conflicto armado internacional (CAI), ejercen PDH (como civiles) o tienen una FCC (como miembros de GAO).⁴⁵

1.2. Argumentos a favor de una protección especial frente al *targeting* para niños: estándares de prueba y medios menos restrictivos

Este silencio fue notado por Mégret, quien publicó un breve ensayo en 2013 notando la poca exploración del tema a pesar de la extensión de la literatura acerca de “niños soldados”⁴⁶ y, basándose en la inmoralidad de imponer el sufrimiento de la guerra sobre niños reclutados ilegalmente, contrastada con la percibida indiferencia del DIH al respecto, propuso *de lege ferenda* otorgar un “estatus único” a los niños.⁴⁷

Éticamente es difícil negar que la “intuición moral de que, incluso en contextos de guerra, el ataque deliberado a niños es una calamidad”⁴⁸ tiene un gran poder persuasivo y de sentido común, cuya justificación filosófica para otorgar una especial consideración moral a los NAG radicaría en su menor capacidad para la responsabilidad, por su juventud y vulnerabilidad, y el hecho

44 Fikie BIRHANE, “Targeting of children in non-international armed conflicts”, en *Journal of Conflict and Security Law* 2 (2021), pp. 193-194.

45 PACK, “Targeting child soldiers: striking a balance between humanity and military necessity”, *op. cit.*, p. 187; Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, *op. cit.*, p. 60.

46 Frédéric MÉGRET, “When is it permissible to target child soldiers?”, *American Society of International Law*, 2013, en <https://www.asil.org/sites/default/files/documents/Lieber%20Notes%20Spring%202013%20Vol%201.pdf>, fecha de consulta: 10 de enero de 2022, p. 2

47 *Ibid.*, p. 3.

48 René Provost, “Targeting child soldiers”, *EJIL: Talk!*, 2016, en <https://www.ejiltalk.org/targeting-child-soldiers/>, fecha de consulta: 13 de enero de 2022.

de haber sufrido una gran victimización al haber sido reclutados y obligados a combatir a tan temprana edad.⁴⁹

Este concepto normativo indicaría que señalar a niños como objetivos de ataque representa un dilema moral⁵⁰ que pondría en cuestión el delicado equilibrio entre la humanidad y la necesidad militar sobre el cual está construido el DIH.⁵¹ Probablemente es esta idea la que lleve a la percepción de un vacío legal sobre el *targeting* de los NS, incluso si estuviese normado generalmente por el principio de distinción. Teniendo ello en cuenta, fueron publicados una serie de estudios analíticos que siguieron al ensayo de Mégret, con el propósito de determinar si existe alguna diferencia válida entre el *targeting* de niños y el de adultos, cuestión que aún aguarda esclarecimiento bajo el derecho internacional.⁵²

Pueden distinguirse dos líneas de argumentación, que incorporan afirmaciones de *lex lata* y *lex ferenda*.⁵³ Por un lado, se afirma que el derecho de los conflictos armados establece un estándar probatorio más estricto para la determinación de la PDH o la FCC de los niños, que tome en cuenta las características físicas propias de su menoría de edad y la protección especial que les otorga el derecho internacional. Por otro lado, se argumenta que la fuerza utilizable en contra de los NS⁵⁴ debe ser restringida con base en un enfoque de MMR que favorecería la captura sobre la muerte⁵⁵ de NS enemigos. Las secciones siguientes abordarán estas cuestiones con el fin de determinar si existe una posición legalmente correcta que equilibre satisfactoriamente la protección de los NAG y las consideraciones operacionales de las fuerzas armadas que deberán lidiar con ellos.

49 Jeff McMAHAN, "An ethical perspective on child soldiers", en Scott GATES y Simon REICH (eds.), *Child Soldiers in the Age of Fractured States*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2010, p. 36, citado por Joanna NICHOLSON, "Is targeting naked child soldiers a war crime?", en *International Criminal Law Review* 16 (2016), pp. 134-157.

50 BARRETT, "Humanising the law of targeting in light of a child soldier's right to life", *op. cit.*, p. 7.

51 PACK, "Targeting child soldiers: striking a balance between humanity and military necessity", *op. cit.*, p. 202.

52 Marco SASSÒLI, *International Humanitarian Law. Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 259.

53 BARRETT, "Humanising the law of targeting in light of a child soldier's right to life", *op. cit.*, p. 5.

54 PROVOST, "Targeting child soldiers", *op. cit.*

55 Ryan GOODMAN, "The power to kill or capture enemy combatants", en *European Journal of International Law* 3 (2013), pp. 819-820; BARRETT, "Humanising the law of targeting in light of a child soldier's right to life", *op. cit.*, p. 10.

2. Derechos de los niños que actúan como trasfondo interpretativo para las normas sobre *targeting*

Notando la falta de disposiciones de DIH que lidian directamente con los NS, Pack afirma que es plausible que cualquier protección adicional para ellos se encontraría en el DIDH.⁵⁶ Si bien el DIH y el DIDH comparten un fin de respeto de las vidas y dignidad de los seres humanos⁵⁷ y el resultado requerido por ambas ramas es idéntico en la mayoría de las cuestiones,⁵⁸ el uso de la fuerza letal contra personas que sean objetivos lícitos es un aspecto en el cual las normas sustantivas de las dos ramas pueden diferir significativamente.⁵⁹ Por tanto, cualquier teoría que tome en cuenta las normas de ambas ramas debe primero explicar qué relación existe entre ellas.

2.1. La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario: la complementariedad como integración sistémica

Desde que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) declaró en la Opinión Consultiva sobre Armas Nucleares que, en el contexto de los conflictos armados, el DIH era la *lex specialis* a la luz de la cual debía ser interpretada la prohibición de la privación arbitraria de la vida del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),⁶⁰ se ha formulado una variedad de posiciones para tratar de explicar la relación que existe entre las dos ramas del derecho internacional.

Estas incluyen la afirmación (actualmente en descrédito) de que el DIH desplaza completamente al DIDH como normativa aplicable en contextos de conflictos armados;⁶¹ aquella que admite que el DIDH puede regular situaciones no contempladas en el DIH, pero que este debe prevalecer como *lex specialis*

56 Pack, "Targeting child soldiers: striking a balance between humanity and military necessity", *op. cit.*, p. 192.

57 Mara GÓMEZ PÉREZ, "La Corte Internacional de Justicia como Tribunal de Derechos Humanos del Mundo", en *Pluralidad y Consenso* 33 (2017), p. 61; Elizabeth SALMÓN, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, PUCP, 2016, pp. 42-43; CIJ, Caso del Canal de Corfú, 9 de abril de 1949, p. 22.

58 SASSÒLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 425.

59 *Idem*.

60 CIJ, Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Opinión consultiva, 08 de julio de 1996, p. 25.

61 SASSÒLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 434.

ni bien surja un conflicto de normas;⁶² y aquella que considera que lo correcto es determinar qué norma es idónea para cada caso concreto, bajo la guía de los propósitos sistémicos del derecho internacional.⁶³ Asimismo, una corriente toma prestado el principio *pro persona* del DIDH para afirmar la prevalencia de la norma más protectora; como se verá líneas abajo, esta posición corre el riesgo de ignorar el propósito de equilibrar los principios de humanidad y necesidad militar inherentes al DIH.⁶⁴

Abordando este complicado tema a grandes rasgos, siguiendo a Todeschini, en el derecho internacional público la aplicación de la máxima de *lex specialis* tiene como consecuencia que una norma especial toma precedencia sobre una norma general, de tal forma que la norma especial prevalece y la general se vuelve no aplicable temporalmente.⁶⁵ Empero, el criterio aplicado por la CIJ en “Armas Nucleares” (y otros órganos jurisdiccionales que invocan la máxima de *lex specialis*)⁶⁶ no sería propiamente una máxima de *lex specialis*, sino un criterio semejante al de integración sistémica, un método consagrado en el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que al interpretar un tratado habrá de tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Cuando la CIJ interpretó el test de arbitrariedad de la privación de la vida del artículo 6 del PIDCP en conjunto con el DIH, la aplicabilidad de aquel artículo no fue suspendida, sino que se le dio significado a la luz de las normas de la conducción de hostilidades, de acuerdo con el principio de integración sistémica.⁶⁷

62 Departamento de Defensa de Estados Unidos, *DoD Law of War Manual*, 2015, pp. 23-24.

63 SASSÒLI, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 435.

64 *Idem*.

65 VITO TODESCHINI, “The ICCPR in armed conflict: An appraisal of the Human Rights Committee’s engagement with international humanitarian law”, en *Nordic Journal of Human Rights* 3 (2017), p. 206.

66 Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en Cruz Sánchez v. Perú, cita la máxima de *lex specialis* como fue aplicada por la CIJ en *Armas Nucleares*, pero también hace uso del criterio de integración sistémica del Tribunal Europeo aplicado en Varnava et al. v. Turquía, y su propio criterio establecido en el *corpus iuris*, que fue expuesto en su opinión consultiva sobre *Derecho a la información sobre Asistencia Consular* como un criterio explícitamente basado en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Corte IDH, Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, Sentencia, 17 de abril de 2015, párrs. 272-273; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Varnava et al. v. Turquía, 18 de septiembre de 2009, para 185; TEDH, Hassan v. Reino Unido, 16 de septiembre de 2014, párr. 102; Corte IDH, OC-16/99, paras. 112-115.

67 TODESCHINI, “The ICCPR in armed conflict: An appraisal of the Human Rights Committee’s engagement with international humanitarian law”, op. cit., p. 207.

La impropiedad de la máxima de *lex specialis* para explicar la relación entre el DIH y el DIDH también se deduce de la jurisprudencia subsecuente de la CIJ. En “Muro Palestino”, la CIJ siguió utilizando la máxima de *lex specialis*, pero armonizó considerablemente su discurso al admitir que ciertas cuestiones podrían ser materia de ambas ramas del derecho internacional, de manera simultánea.⁶⁸ Finalmente, en “Actividades Armadas en el Territorio del Congo”, la CIJ omitió toda mención a la máxima de *lex specialis*, y no especificó que las violaciones de DIDH serían examinadas con deferencia al DIH de los CANI.⁶⁹ Es decir, trató a ambas áreas como dos sistemas complementarios,⁷⁰ siendo aplicables las normas que fueran más relevantes para cada situación determinada.⁷¹

Esta complementariedad no se limita a la interpretación del DIDH a la luz del DIH, sino que es bidireccional, de tal modo que ambas ramas se influyen y refuerzan mutuamente en concordancia con la visión del derecho internacional como un ordenamiento jurídico coherente.⁷² En caso de conflictos de normas, se debe seleccionar la norma más idónea para cada caso individual, teniendo en cuenta criterios formales, como las diferencias en especialidad lógica, precisión de ámbito material o personal, explicitud y restrictividad,⁷³ y criterios no formales, como la conformidad de las normas jurídicas con los propósitos sistémicos del derecho internacional.⁷⁴ En la opinión de los autores, uno de estos propósitos sistémicos es el respeto y la protección a los niños,⁷⁵ pues no solo ha sido un criterio teleológico que ha guiado la creación de tratados multilaterales de alcance prácticamente universal como la Convención

68 CIJ, Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, 09 de julio de 2004, p. 106.

69 CIJ, Actividades armadas en el territorio del Congo, Sentencia, 19 de diciembre de 2005, pp. 216-221.

70 William SCHABAS, “The right to life”, en Andrew CLAPHAM y Paola GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 374.

71 CIJ, Actividades Armadas, cit., párr. 180.

72 Cordula DROEGE, “The interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in situations of armed conflict”, en *Israel Law Review* 2 (2007), p. 337.

73 SASSÒLI, *International Humanitarian Law*, op. cit., p. 439. Si bien Sassòli considera a su “enfoque de área de contacto común”, nombre que da a este conjunto de pautas metodológicas, como un desarrollo del criterio de *lex specialis*, lo hace refiriéndose a ella como análoga o equivalente al criterio de integración sistémica.

74 *Ibid.*, pp. 439-440.

75 Preámbulo al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos –además de otros tratados universales y regionales de cooperación en materias relativas a la protección de la niñez⁷⁶–, sino que, especialmente, la protección a los niños frente a los efectos de los conflictos armados ha sido reconocida como parte del DIH consuetudinario respectivo a CAI y CANI.⁷⁷

2.2. La garantía “en la máxima medida posible” del derecho a la vida de los niños

El PIDCP, la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen que el derecho a la vida no admite suspensión durante los conflictos armados;⁷⁸ por tanto, este derecho sigue siendo debido a aquellas personas sobre las cuales el Estado tiene jurisdicción, sean civiles o combatientes.⁷⁹ No obstante, es de larga data en la jurisprudencia internacional la noción de que el ataque deliberado a personas que tienen PDH se justifica como una interferencia no arbitraria al derecho a la vida,⁸⁰ si el ataque es conducido acorde a las disposiciones del DIH,⁸¹ es decir, los principios de distinción, proporcionalidad y precaución.⁸² Por especialidad lógica, en el territorio de un Estado en el que se esté produciendo un CANI,

76 Con 196 Estados parte, la CDN es el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia. El PE Relativo a Conflictos Armados no se encuentra lejos, con 172 ratificaciones. Otros ejemplos de tratados multilaterales de alta participación que protegen a la niñez incluyen al Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la OIT, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Finalmente, en el continente americano se tiene la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

77 DIH consuetudinario, norma 135.

78 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4(2); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 15(2); Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27(2). La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos no admite la posibilidad de suspensiones, ver Comisión Africana, Media Rights Agenda y otros v. Nigeria, párr. 41.

79 Manfred Nowak, *Article 6: The Right to Life, Survival and Development*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 21.

80 CIJ, Armas Nucleares, cit., p. 25; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1998, párr. 188; Corte IDH, Cruz Sánchez vs. Perú, párrs. 272-273.

81 Comité de Derechos Humanos, Observación General 36, párr. 64.

82 TODSCHINI, “The ICCPR in armed conflict: An appraisal of the Human Rights Committee’s engagement with international humanitarian law”, *op. cit.*, p. 215; Corte IDH, Cruz Sánchez vs. Perú, párr. 273.

el marco jurídico bajo el cual debe interpretarse el concepto de arbitrariedad depende de la situación concreta, pero sin ser totalmente *ad hoc*.⁸³ solo aquellos actos que tienen un nexo con el conflicto armado son gobernados por las normas del DIH,⁸⁴ mientras que otras cuestiones relacionadas con el derecho a la vida, como el asesinato por motivos privados⁸⁵ o el uso de la fuerza para hacer cumplir la ley (incluso si es desplegado por miembros de las fuerzas armadas),⁸⁶ siguen siendo gobernadas por las disposiciones generales del DIDH.⁸⁷

La cuestión, entonces, es determinar si los ataques resultantes del *targeting* a NAG son privaciones arbitrarias de la vida. Sin embargo, la jurisprudencia internacional sobre el derecho a la vida de los niños no ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de estas cuestiones. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a los derechos de los niños en conflictos armados mayormente ha versado sobre situaciones en que niños civiles han sido víctimas de homicidios, desplazamiento y violencia física y psicológica perpetrada por miembros de GAO⁸⁸ o por fuerzas estatales;⁸⁹ y casos de desapariciones forzadas de niños civiles a consecuencia de operativos militares estatales.⁹⁰

Por su parte, el artículo 6(2) de la CDN, señala que “los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia” del niño. Interpretando de buena fe el sentido corriente de tales términos,⁹¹ esta obligación sería más

83 Gerd OBERLEITNER, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 101.

84 TODESCHINI, “The ICCPR in armed conflict: An appraisal of the Human Rights Committee’s engagement with international humanitarian law”, *op. cit.*, p. 205; CIDH, *Abella vs. Argentina*, párr. 188. Los actos cuyo nexo con el conflicto es más evidente serían las ejecuciones de ataques contra objetivos militares lícitos bajo el DIH. Cfr. MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, *op. cit.*, pp. 60-61.

85 Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Judgment, Prosecutor v. Kunarac *et al.*, IT-96-23-T & 23/1-T, 22 de febrero de 2001, párr. 58.

86 Corte IDH, Caso Roche Azaña y otros vs. Nicaragua, Sentencia, 3 de junio de 2020, párr. 65.

87 TODESCHINI, “The ICCPR in armed conflict: An appraisal of the Human Rights Committee’s engagement with international humanitarian law”, *op. cit.*, p. 204; MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, *op. cit.*, p. 76.

88 Corte IDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia, 15 de setiembre de 2005, párrs. 150-163. Ver Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia, 1 de julio de 2006.

89 Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, párrs. 155-156; Corte IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

90 Corte IDH, Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, Sentencia de 14 de octubre de 2014, párrs. 109-115; Corte IDH, Caso Contreras y otros vs. El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011.

91 Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969, artículo 31(1).

onerosa que aquella impuesta por las disposiciones de otros tratados referentes al derecho a la vida,⁹² sin llegar a prohibir totalmente que los niños sean objetos de ataque bajo ciertas circunstancias,⁹³ las cuales, a partir de una lectura ortodoxa del DIH, incluirían aquellas en que un niño es identificado como un objetivo militar lícito.⁹⁴ Es en este sentido en que se interpretará el derecho a la vida de los niños a efectos de analizar su complementariedad con las normas de *targeting* del DIH.

2.3. El interés superior del niño como guía de la toma de decisiones y sus límites en conflictos armados

Otra norma de DIDH que por su amplio ámbito tiene efectos sobre la interpretación del derecho del *targeting* de niños es el interés superior del niño. Según el artículo 3(1) de la CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este principio general,⁹⁵ famoso por su mención ubicua pese a la relativa indeterminación de su contenido,⁹⁶ sería relevante para la determinación de las normas de *targeting* aplicables a niños debido a que, si bien el texto del artículo parece restringir la aplicación del principio a una lista cerrada de autores que no incluye explícitamente a los comandantes militares,⁹⁷ aquellos términos no deben ser interpretados de manera restrictiva,⁹⁸ por el contrario,

92 Este, precisamente, es el argumento utilizado por los partidarios de la aplicación del enfoque de medios menos restrictivos a la problemática de los niños soldados. Ver BARRETT, “Humanising the law of targeting in light of a child soldier’s right to life”, *op. cit.*, p. 12.

93 PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, *op. cit.*, p. 193.

94 Noam PELEG y John TOBIN, “Art. 6: The Rights to Life, Survival and Development”, en John TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 216.

95 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3, párrafo 1.

96 John EEKELAAR y John TOBIN, “Art. 3: The Best Interests of the Child”, en John Tobin (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 74.

97 PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, *op. cit.*, p. 193.

98 Comité de los Derechos del Niño, *cit.*, párr. 26.

este principio abarcaría “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho”⁹⁹ de los niños.

Si bien el interés superior del niño debe ser una “consideración primordial” en la toma de decisiones concernientes a estos,¹⁰⁰ puede entrar en conflicto y ser desplazado por otros intereses,¹⁰¹ lo cual debe ser resuelto caso por caso.¹⁰² En tal sentido, en situaciones de conducción de hostilidades, la necesidad militar –en su dimensión permisiva de aquellas medidas necesarias para cumplir con el propósito legítimo de la guerra–¹⁰³ es el principal interés en competencia con el interés superior del niño, sobre todo respecto al uso de la fuerza contra ns.¹⁰⁴

No obstante, cabe resaltar que el interés superior del niño tiene otras dos dimensiones de particular importancia. Por un lado, es un principio jurídico interpretativo, pues el Comité de Derechos del Niño ha considerado que se debe preferir aquella interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.¹⁰⁵ Por otro lado, es una norma de procedimiento, es decir, todo proceso de toma de decisiones que tengan consecuencias que afecten a niños deberá incluir una determinación y evaluación del interés superior del niño.¹⁰⁶

Drumbl se basa en esta concepción del interés superior del niño, en el derecho a la vida y la noción general de que el derecho internacional dicta la protección de los niños durante los conflictos, para sugerir que i) para los

99 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, párr. 65.

100 Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, párr. 6.

101 John EEKELAAR y John TOBIN, *op. cit.*, p. 97. Por ejemplo, el interés del Estado de “implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos” puede resultar en una medida desfavorable para la vida en familia del niño, incluso cuando el interés superior de la niña o niño haya sido observado durante la toma de tal decisión. Ver Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párrs. 275-282.

102 Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, párr. 39.

103 La conceptualización de la necesidad militar y su función licenciadora de aquellos actos de violencia armada que sean legales y necesarios en los conflictos se remonta a los artículos 14, 15 y 16 del Código Lieber. Ver Adjutant General’s Office, General Orders No. 100 - Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 1983, en <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110>, fecha de consulta: 10 de febrero de 2022.

104 PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, *op. cit.*, p. 193.

105 Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, párr. 6.

106 *Idem.*

niños, superar la presunción de estatus civil en razón de su PDH tendría mayores requisitos que para los adultos; ii) los medios y métodos utilizables contra los niños designados como objetivos militares deben reflejar su protección especial; y iii) por tanto, cuando fuera posible, se debe intentar capturarlos en vez de abatirlos.¹⁰⁷ A continuación, se examinarán estas tres afirmaciones haciendo un análisis de complementariedad entre el DIH y el DIDH.

3. La determinación legal de la participación directa en las hostilidades y la función continua de combate de los niños asociados a grupos armados organizados

La noción de PDH está íntimamente ligada al principio de distinción del DIH, pues este prohíbe hacer objeto de ataque a la población civil que no tenga PDH¹⁰⁸ y aquella denota la conducta cuya realización convierte temporalmente¹⁰⁹ a los civiles en objetos de ataque.¹¹⁰ A pesar de su importancia práctica, la noción de PDH permaneció relativamente indeterminada durante varias décadas, pues no es definida por el derecho convencional ni el derecho consuetudinario.¹¹¹ Empero, la creciente cercanía de los civiles a los conflictos armados actuales motivó que, tras un periodo de reuniones de expertos internacionales que duró desde 2003 hasta 2008, sea publicada por el CICR la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades* (Guía Interpretativa), cuyo ofrecimiento fue brindar claridad operativa mediante una exégesis autoritativa de la noción de PDH¹¹² y la aclaración de ciertas dificultades específicas a los CANI. La Guía

107 DRUMBL, "Children in armed conflict", *op. cit.*, p. 666.

108 Protocolo Adicional I, artículo 48; Protocolo Adicional II, artículo 13; CIJ, *Armas Nucleares*, cit., párr. 78.

109 La noción de PDH es mencionada en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 51(3) del Protocolo Adicional I y el artículo 4(1) del Protocolo Adicional II. Estas dos últimas disposiciones señalan que la pérdida de protección contra el ataque es temporal, pues solo se mantiene mientras dura la PDH. DIH consuetudinario, norma 6.

110 MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, *op. cit.*, p. 12.

111 SASSÒLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 357.

112 A pesar de la utilidad interpretativa de la Guía, debe tomarse nota de que el concepto de PDH y su interpretación por el CICR siguen siendo materia de controversias en la doctrina, sobre todo entre académicos militares estadounidenses. Para tales visiones críticas, ver Hays PARKS, "Part IX of the ICRC 'Direct participation in hostilities' study: No mandate, no expertise, and legally incorrect", en *International Law and Politics* 42 (2010), pp. 769-830; William BOOTHBY, *The Law of Targeting*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 141-164; Michael SCHMITT, "Deconstructing direct participation in hostilities:

Interpretativa no es jurídicamente vinculante, sin embargo, debido a que lleva la aprobación del principal órgano promotor e interpretador del DIH, sus interpretaciones son ampliamente seguidas por quienes lo ponen en práctica.¹¹³

La principal contribución de la Guía Interpretativa radica en que brinda una explicación clara de la noción de PDH como aquellos actos hostiles específicos¹¹⁴ que reúnen tres requisitos acumulativos:¹¹⁵ un umbral de daño, cuyo alcance depende de las consecuencias objetivamente probables del acto sobre el enemigo;¹¹⁶ una causalidad directa, que vincula razonablemente el acto a perpetrarse y el daño que pueda ocasionar;¹¹⁷ y un nexo beligerante, que vincula el propósito objetivo del acto (y daño) al conflicto armado, es decir, al apoyo a una de las partes en conflicto y el menoscabo de la otra.¹¹⁸

Enmarcada de esta forma la PDH, es comúnmente entendido que las personas protegidas recobran la protección contra el ataque cuando concluye el acto hostil.¹¹⁹ Este “vaivén” (o “puerta giratoria”) de protección¹²⁰ no es tan problemático en contextos de conflictos armados internacionales, en los cuales existe una clara distinción entre las categorías jurídicas mutuamente excluyentes de “civiles”, definidos negativamente como todas las personas que no son miembros de fuerzas armadas ni participantes de un levantamiento en masa;¹²¹ y “combatientes”, miembros de fuerzas armadas¹²² que pueden ser atacados en cualquier momento hasta su rendición o su puesta fuera de

The constitutive elements”, en *International Law and Politics* 42 (2010), pp. 697-739. Para una defensa de la Guía Interpretativa por parte de su autor principal, ver Nils MELZER, “Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC’s interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities”, en *International Law and Politics* 42 (2010), pp. 831-916.

113 Por ejemplo, la guía ha sido empleada por tribunales internacionales para interpretar el concepto de PDH. Ver Corte IDH, Cruz Sánchez vs. Perú, párr. 277; Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ntaganda, Sentencia de primera instancia, Sala de Primera Instancia, 8 de julio de 2019, párr. 883.

114 Nils MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, op. cit., p. 45.

115 *Ibid.*, p. 46.

116 *Ibid.*, p. 50.

117 *Ibid.*, 58.

118 *Ibid.*, pp. 63-64.

119 *Ibid.*, p. 70.

120 *Idem.*

121 Nils MELZER, “Principle of Distinction”, en Andrew CLAPHAM y Paola GAETA, *Oxford Handbook*, p. 307.

122 Protocolo Adicional I, art. 43(2).

combate,¹²³ pero que poseen el privilegio del combatiente y el estatuto de prisionero de guerra en caso de captura.¹²⁴

No obstante, la ausencia de la categoría de combatiente en el marco jurídico de los CANI¹²⁵ puede generar problemas de eficacia jurídica: considerar que los miembros de las fuerzas estatales pueden ser atacados en todo momento, mientras que los miembros de GAO se benefician de la “puerta giratoria” de protección cada vez que cesa su PDH, daría a estos últimos una ventaja injusta en la iniciativa, ya que prohibiría a las fuerzas estatales atacar a personas cuya pertenencia a GAO ha sido claramente determinada, a menos que estos últimos estén atacando a los primeros,¹²⁶ lo cual infringiría el principio de igualdad entre beligerantes.¹²⁷

Para desentrañar esta cuestión, la Guía Interpretativa adoptó un criterio de combatividad funcional¹²⁸ que ayuda a determinar la membresía en un GAO: la función continua de combate. Según este criterio, toda persona que asume *de facto* una función continua de PDH al interior de un GAO es considerada miembro de tal GAO.¹²⁹ Debido a ello, a diferencia de la pérdida temporal de protección por razón de la mera PDH, la persona pierde continuamente la protección contra el ataque¹³⁰ hasta que se pueda deducir que ha dejado de asumir tal función al demostrar tal comportamiento de forma concluyente.¹³¹

Precisamente, la grave consecuencia jurídica que representa la pérdida de protección contra el ataque hace apremiante la necesidad de esclarecer los conceptos de PDH y FCC, así como sus modos de determinación; con el fin de

123 Marco SASSÒLI y Laura OLSON, “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: Admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”, en *International Review of the Red Cross* 871 (2008), pp. 605-606.

124 Nils MELZER, *Derecho internacional humanitario. Una Introducción Integral*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019, p. 140.

125 *Idem*.

126 Marco SASSÒLI y Laura OLSON, “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: Admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”, *op. cit.*, p. 607.

127 BIRHANE, “Targeting of Children in Non-International Armed Conflicts”, *op. cit.*, p. 385.

128 MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, *op. cit.*, p. 33.

129 *Ibid.*, p. 33.

130 *Ibid.*, p. 45.

131 *Ibid.*, p. 72.

reducir en la mayor medida posible ataques erróneos o arbitrarios a NAG que en verdad sí tendrían derecho a aquella protección.

3.1. El factor de la edad en el test de participación directa en las hostilidades de niños civiles

Al enmarcar la cuestión del *targeting* a niños, se debe tener en cuenta que el DIH no considera la edad como una variable capaz de excluir por sí misma la capacidad de PDH y perder la protección del estatus civil.¹³² El consenso en torno al dilema moral que implica el ataque a NS reclutados forzosamente y sometidos a condiciones desastrosas¹³³ es obviado en la medida en que el test tripartito de PDH busca evaluar objetivamente las consecuencias probables y el propósito del acto hostil desde la perspectiva del atacante; debido a la realidad pragmática de que no es posible determinar en el campo de batalla si un niño está participando “voluntariamente” en las hostilidades,¹³⁴ o si ha sido engañado, ofrecido por su familia al GAO o si le ofrecieron un trabajo no combatiente y luego, estando dentro del grupo, fue enviado a combatir.¹³⁵ Por ello, la interrogante en que se ha enfocado la doctrina no es si los niños pueden perder la protección, sino si la determinación de su PDH sigue los mismos parámetros que la de los civiles en general.¹³⁶

Siguiendo tal orden de ideas, las posiciones a favor de un enfoque específico de *targeting* de niños se basan en la presunción de estatus civil en caso de duda, contenida en el artículo 50(1) del Protocolo Adicional I, para afirmar directamente que “el hecho de que el individuo en cuestión es un niño debería *prima facie* levantar dudas sobre si es capaz de ser hecho objeto de ataque o no”.¹³⁷ No obstante, sigue siendo posible que la presunción de estatus civil sea

132 Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ongwen, cit., párr. 2270; PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, *op. cit.*, p. 186-187.

133 BARRETT, “Humanising the law of targeting in light of a child soldier’s right to life”, *op. cit.*, p. 7; Joanna NICHOLSON, “Is targeting naked child soldiers a war crime?”, en *International Criminal Law Review* 16 (2016), p. 140.

134 PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, *op. cit.*, p. 196.

135 DRUMBL, “Children in armed conflict”, *op. cit.*, p. 671.

136 BIRHANE, “Targeting of Children in Non-International Armed Conflicts”, *op. cit.*, p. 391.

137 PROVOST, “Targeting child soldiers”, *op. cit.*, p. 3.

superada por la determinación fáctica de la PDH.¹³⁸ Por ende, para poder afirmar que las fuerzas armadas deban variar sus reglas de enfrentamiento, se debe explicar por qué la duda que da efecto a la presunción de estatus civil es mayor cuando se está frente a niños, haciendo referencia a los elementos del test tripartito de PDH.

Para atender a este problema resulta puntual la afirmación de Bosch de que la “obvia juventud [de los niños] impone una carga pesada sobre sus oponentes de verificar si sus acciones de hecho ascienden a una PDH antes de poder hacerlos objeto de ataque directo”.¹³⁹ Lo que sería relevante para determinar la PDH de los niños sería su edad,¹⁴⁰ no por sí misma, sino debido a las diferencias en las capacidades de los niños que ella condiciona.¹⁴¹ El elemento de umbral de daño requiere determinar “el daño que razonablemente se puede esperar que un acto tenga como consecuencia”,¹⁴² y es razonable que la edad del niño incida directamente en la efectividad dañina del acto hostil. Sin embargo, esto plantea otro problema: ¿a qué edad es evidente que las capacidades reducidas de los niños afectan el daño que pueden ocasionar?

Si bien un niño de 17 años puede ser igual de efectivo con un rifle de asalto que un adulto, es mucho más difícil afirmar que uno de 7 años podría serlo.¹⁴³ Como señala Pack, la protección a NS es tan controvertida en parte por el simple hecho de que distintas consideraciones aplican a distintos rangos etarios.¹⁴⁴ La complejidad de este problema aumentaría por el hecho de que la edad no puede ser concebida como un estándar objetivo e inflexible, ya que ello ignoraría que el concepto de “niñez” no es universal –teniendo gran variabilidad cultural en cuanto a su comienzo y su término–, y que los niños crecen a ritmos diferentes y tienen experiencias de vida muy distintas, sobre todo si se toman en cuenta

138 MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, op. cit., p. 76.

139 Shannon BOSCH, “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 (2015), p. 11.

140 Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Judgment, Prosecutor v. Lukić Milan & Lukić Sredoje, Case IT-98-32/1-T, 20 de julio de 2009, párr. 870.

141 PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, op. cit., p. 201.

142 MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, op. cit., p. 47.

143 PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, op. cit., p. 196.

144 *Ibid.*, p. 201.

las circunstancias de su reclutamiento.¹⁴⁵ Empero, en un reflejo de la situación del mismo DIH,¹⁴⁶ las complejidades morales y culturales deben dar paso a normas jurídicas derivadas de un equilibrio robusto entre la humanidad y la necesidad militar, con suficiente precisión que las haga capaces de dar claridad operacional en el campo de batalla, requisito indispensable para su aceptación y adopción por las fuerzas armadas del mundo.

De particular interés es la propuesta práctica de Pack, que plantea limitar el *targeting* de niños menores de 12 años a situaciones en que la vida del personal militar está en peligro inminente y deben actuar en defensa propia,¹⁴⁷ incluso si realizan acciones que serían consideradas PDH si se tratara de adultos. Pack justifica la presunta arbitrariedad de fijar los 12 años como una regla de “línea brillante”, notando que no es probable que niños preadolescentes de 12 años sean efectivos en combate y, por tanto, es más probable que se encuentren realizando tareas de apoyo, lo cual disminuiría el riesgo contra las fuerzas estatales que traería la adopción de un test especial de PDH.¹⁴⁸ Además, cualquier posible incentivo para los GAO de reclutar niños menores de 12 años en razón de su protección adicional, sería negado por su baja efectividad militar.¹⁴⁹ Asimismo, sería mucho más fácil discernir visualmente entre un niño pequeño y uno mayor de 12 años que entre un adolescente y un adulto joven.¹⁵⁰ En cualquier caso, es la autoridad de las fuerzas armadas estatales la que debe establecer estándares más específicos de determinación de la PDH de niños para efectos del principio de distinción.

Lo que no estaría bajo su control sería el tener un cuidado diferenciado en la determinación de la PDH de niños. Hasta este punto, la única fuente jurídica utilizada por la doctrina es el artículo 50(1) del Protocolo Adicional I,¹⁵¹ la cual

145 Jill STAUFFER, “Law, politics, the age of responsibility, and the problem of child soldiers”, en *Law, Culture and the Humanities* 1 (2020), p. 47.

146 Geoffrey CORN *et al.*, “Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule”, en *International Law Studies* 89 (2013), p. 565.

147 PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, *op. cit.*, p. 201.

148 *Idem.*

149 *Idem.*

150 PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, *op. cit.*, p. 202.

151 BIRHANE, “Targeting of children in non-international armed conflicts”, *op. cit.*, p. 391; BOSCH, “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”, *op. cit.*, p. 11; PROVOST, “Targeting child soldiers”, *op. cit.*, p. 3.

por sí sola no justificaría la obligatoriedad de la adopción de un test de PDH más exigente a favor de los niños. Sin embargo, es preciso añadir un análisis de complementariedad DIH-DIDH al principio de precauciones en el ataque¹⁵² del DIH. Estamos de acuerdo con Rodríguez cuando afirma que los niños pierden la protección derivada del interés superior del niño si tienen una PDH,¹⁵³ pues en este caso el interés superior del niño es superado por la autorización de DIH de abatir a un enemigo cuya PDH ya ha sido determinada,¹⁵⁴ convirtiendo en no arbitraria la privación de vida resultante.

No obstante, antes de tal determinación, en virtud del principio de precauciones en el ataque, los Estados tienen la obligación¹⁵⁵ de hacer todo lo que sea factible para verificar que las personas que se prevé atacar son realmente objetivos militares¹⁵⁶ y no civiles. Si se trata de niños, aquella obligación de tomar precauciones debe ser leída a la luz de la consideración primordial del interés superior del niño en toda toma de decisiones que conciernen a sus derechos.¹⁵⁷ En estos escenarios, el derecho más susceptible a ser afectado es el de la vida de los niños civiles, que debe ser garantizado “en la máxima medida posible”;¹⁵⁸ surgiendo un deber reforzado de distinguirlos de los que verdaderamente acabarían convirtiéndose en NS y, por tanto, blancos de ataque.

En palabras de la Guía Interpretativa, “esta determinación debe hacerse de buena fe y teniendo en cuenta toda la información de la que razonablemente pueda disponerse en la situación concreta”.¹⁵⁹ Incluso considerando la factibilidad práctica,¹⁶⁰ aquella sin duda incluiría las diferencias físicas, psicológicas, de experiencia y otras que puedan incidir en la capacidad de alcanzar el umbral de daño; que pueden ser deducidas objetivamente de una identificación

152 MELZER, *Derecho internacional humanitario. Una introducción integral*, op. cit., p. 113.

153 RODRÍGUEZ, “El marco jurídico internacional de los niños soldado. Evolución y nuevos debates tras el Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional”, op. cit., pp. 110-111, negando específicamente la afirmación de que el interés superior del niño obligaría a no atacar a un niño con estatus de combatiente.

154 CORN, “Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule”, op. cit., p. 538.

155 Protocolo Adicional I, art. 57(2)(a); DIH consuetudinario, norma 16.

156 MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, op. cit., p. 74.

157 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3. John EEKELAAR y John TOBIN, op. cit., p. 74.

158 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 6.

159 Nils MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, op. cit., p. 75.

160 *Ibid.*, p. 75.

visual de la edad del niño (en especial del preadolescente), con el fin de evitar atacar arbitrariamente a niños civiles. Provost provee un ejemplo útil, que también indica cómo el estándar probatorio para determinar que un niño ha retomado su estatus civil se vería reducido en ciertos casos:

“Un combatiente adulto uniformado huyendo del campo de batalla puede no ser considerado como inequívocamente cesando las hostilidades, por cuanto esto podría ser una mera retirada estratégica; pero esa misma conducta por un niño alcanzaría un umbral más bajo”.¹⁶¹

Se puede concluir, entonces, que nada impide aplicar la noción de PDH a los niños. Sin embargo, existe un argumento razonable para hacer más exigente este test a favor de ellos, con base en una interpretación sistémica y de buena fe de los principios de distinción y precaución del DIH, junto con el derecho a la vida y el interés superior del niño. Pueden esgrimirse argumentos similares a favor de un test de FCC más restrictivo para los niños.

3.2. La función continua de combate y la presunción de estatus civil en razón de las funciones de apoyo que desempeñan los niños asociados a grupos armados organizados

No puede obviarse que, a diferencia de la argumentación doctrinaria respecto de la PDH de niños, sí existe una corriente que niega que los niños son capaces de tener una FCC. De forma más notoria, en el Caso Ntaganda ante la Corte Penal Internacional (CPI), la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que la “mera membresía”¹⁶² de niños en un GAO no puede ser considerada como una participación “directa/activa” en las hostilidades y, a menos que ejerzan esta

161 Provost, “Targeting child soldiers”, *op. cit.*, p. 4.

162 Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ntaganda, Decisión de conformidad al artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Bosco Ntaganda, Sala de Cuestiones Preliminares, 9 de junio de 2014, párr. 78. Ver: Ruth STOFFELS y Rosario OJINAGA, “Los procesos de desvinculación y reintegración de las niñas asociadas con fuerzas o grupos armados: thinking outside the box”, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 14 (2021), p. 193-194. Aunque discrepamos con el alejamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares de la distinción conceptual entre PDH y participación activa en las hostilidades, Stoffels y Ojinaga tienen razón al afirmar que si se acepta que los niños asociados con GAOS solo pierden la protección contra el ataque cuando participan directamente en las hostilidades entonces no podrían ser considerados “miembros” de ellos, pues la membresía y la FCC son sinónimas para la Guía Interpretativa. Ver Nils MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, *op. cit.*, p. 34.

última, estarían protegidos por el DIH.¹⁶³ Evitando ingresar a otro tema controversial,¹⁶⁴ esta decisión representó un radical desvío de la línea jurisprudencial de la CPI que distinguía conceptualmente entre la participación *directa* del DIH, cuya gama de situaciones comprendidas es restringida¹⁶⁵ para dar mayor protección a los civiles contra el ataque en virtud del principio de distinción,¹⁶⁶ y la participación *activa* del DPI, concepto exclusivo al crimen de guerra de “utilización de niños menores de 15 años para la participación activa en las hostilidades”,¹⁶⁷ interpretado ampliamente para incluir algunas situaciones de participación indirecta¹⁶⁸ con el objetivo de proteger los intereses de los niños víctimas de aquel crimen.¹⁶⁹ Esta separación conceptual, reflejo de los objetivos distintos del DIH y del DPI, evita aumentar las situaciones en que los niños pueden ser objetos de ataque;¹⁷⁰ por ello, fue afortunada su readopción por la Sala de Primera Instancia de la CPI en Ntaganda y fallos posteriores.¹⁷¹

No obstante, la idea de que los niños son incapaces de sufrir una pérdida continua de protección contra el ataque, por ser incapaces de tener FCC,

163 Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ntaganda, Sala de Cuestiones Preliminares, cit., párr. 77-79.

164 La separación conceptual entre la PDH y la “participación activa en las hostilidades” que estableció la CPI ha sido criticada, argumentando que interpreta erróneamente el art. 77(2) del Protocolo Adicional I y el 4(3) del Protocolo Adicional II, obvia el principio de legalidad del DPI y termina instalando un criterio arbitrario. Ver Leandro DIAS, “Participación activa en las hostilidades según la Corte Penal Internacional: consecuencias problemáticas de un derecho internacional fragmentado”, en Emiliano BUIS (ed.), *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional*, Buenos Aires, Sempithidia, pp. 145-166.

165 Nils MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, op. cit., p. 52-54.

166 *Ibid.*, p. 52.

167 Estatuto de Roma, arts. 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii).

168 La participación activa en las hostilidades incluiría cualquier labor o apoyo que ayuda a mantener las operaciones en un conflicto, como ser cargadores, cocineros, mensajeros, etc.; que excederían el ámbito de la PDH del DIH. Corte Especial para Sierra Leona, caso AFRC, párr. 737; Corte Penal Internacional, Fiscal c. Lubanga, Sentencia de conformidad con el artículo 74 del Estatuto, Sala de Primera Instancia, 14 de marzo de 2012, párr. 627.

169 Corte Penal Internacional, Fiscal c. Lubanga, Sala de Apelaciones, Sentencia relativa a la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra su condena, 1 de diciembre de 2014, párr. 324.

170 Joshua YUVARAJ, “When does a child ‘participate actively in hostilities’ under the Rome Statute? Protecting children from use in hostilities after Lubanga”, en *Utrecht Journal of International and European Law*, 32 (2016), pp. 79-81; Sam PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, op. cit., p. 199; BOSCH, “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”, op. cit., p. 10.

171 Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ntaganda, Sentencia de primera instancia, Sala de Primera Instancia, 8 de julio de 2019, párr. 1108. Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ongwen, cit., párr. 2770.

también ha sido expresada por la doctrina. Por ejemplo, Mégret propuso que solo se pueda tratar a los NS “como combatientes si y solo si participan [directamente] en las hostilidades”,¹⁷² implícitamente excluyendo la posibilidad de que puedan tener una FCC por razón de su edad.¹⁷³ No obstante, de forma similar a la PDH, la única condición legal para que un niño tenga una FCC es la demostración de su reiterada PDH y de que está integrado permanentemente en un GAO de tal forma que “aquella conducta constituye una función continua y no una acción espontánea, esporádica o temporal que se asume durante la duración de una operación concreta”,¹⁷⁴ sin importar que el niño haya sido reclutado en contra de su voluntad o si no está en condiciones de escoger alejarse del GAO y retornar a la vida civil.¹⁷⁵ Por tanto, como indica Provost, la idea de la imposibilidad de que los niños puedan tener una FCC sería refutada por la realidad de los conflictos armados contemporáneos, que indicaría que “similarmente a la unidad West Side Boys de Liberia, los niños pueden convertirse en soldados despiadados en una posición estratégica igual a los adultos”.¹⁷⁶

Por todo lo anterior, los argumentos se sitúan de nuevo en la afirmación de que el proceso de determinación de la FCC de niños debe ser más estricto que el utilizado para adultos. Como afirma Birhane, si bien existe un gran número total de NAG que desempeñan funciones de combate, estudios realizados en situaciones de conflicto indican que muy pocos de ellos desempeñan funciones exclusivas de combate,¹⁷⁷ por el contrario, realizan tareas ordinarias.¹⁷⁸ Por ejemplo, la mayoría de los NAG en Sierra Leona eran utilizados para tareas de apoyo diario como buscar agua, mientras que en Mozambique solo el 28 % de estos niños estaban entrenados para el combate, y en Camboya occidental, 41 % de NAG

172 Frédéric MÉGRET, *op. cit.*, p. 3.

173 PROVOST, “Targeting child soldiers”, *op. cit.*, p. 2.

174 NILS MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, *op. cit.*, p. 34; BOSCH, “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”, *op. cit.*, p. 10.

175 BOSCH, “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”, *op. cit.*, pp. 12-13.

176 PROVOST, “Targeting child soldiers”, *op. cit.*, p. 2.

177 BIRHANE, “Targeting of children in non-international armed conflicts”, *op. cit.*, p. 393; REYES, “Los niños y las niñas como víctimas en los conflictos armados: participación en las hostilidades”, *op. cit.*, pp. 43-44.

178 DRUMBL, “Children in armed conflict”, *op. cit.*, p. 149-52; citado por BIRHANE, “Targeting child soldiers”, *op. cit.*, p. 393.

ejercían funciones como ser cocineros, limpiadores o porteadores.¹⁷⁹ Si bien es cierto que harían falta otros datos estadísticos provenientes de otras áreas de conflicto; la evidencia con la que se cuenta actualmente indicaría que los NAG son mayoritariamente civiles que PDH de forma esporádica¹⁸⁰ y no NS con FCC.

Basándose en esta evidencia fáctica, Birhane argumenta que lo que sería considerado prueba suficiente para determinar que los adultos tienen FCC debido a su membresía en GAO, no lo sería en caso de NAG, ya que el DIH no condona ataques a personas cuyas funciones primarias son la realización de tareas ordinarias.¹⁸¹ Según esta posición, el umbral de evidencia requerido para superar la presunción de estatus civil se vería elevado en el caso de los niños, debido a la mayor probabilidad de que el niño en cuestión tenga la función primaria de realizar tareas de apoyo general al esfuerzo de guerra. Sin embargo, de la clarificación hecha por Birhane, se puede notar que podría haber un riesgo de que los niños que sí tengan un rol primario de combate puedan ser considerados como no poseedores de FCC, si su *targeting* se realiza en un momento en que están realizando tareas de apoyo.¹⁸² Por lo tanto, proponemos que tampoco se puede obviar el rol de la edad¹⁸³ como un elemento adicional en la determinación de la FCC de los niños, pues son menos efectivos en combate mientras menor es su edad,¹⁸⁴ lo cual desincentivaría su uso continuo en combate por los GAO a los que están asociados¹⁸⁵ y haría más probable que estén ejerciendo funciones predominantemente civiles.

Como conclusión a este acápite, puede afirmarse que existe en el DIH actual una base jurídica suficiente para afirmar que los niños asociados a GAO deben recibir cierta protección adicional en la forma de un estándar probatorio elevado al momento de determinar si tienen PDH o ejercen una FCC.

179 PACK, "Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity", *op. cit.*, p. 198.

180 NILS MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, *op. cit.*, p. 34.

181 BIRHANE, "Targeting of children in non-international armed conflicts", *op. cit.*, p. 393.

182 *Idem.*

183 Como se explicó en la sección anterior, la edad es un factor de obligatoria consideración en la toma de decisiones en virtud del interés superior del niño.

184 SAM PACK, "Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity", *op. cit.*, p. 196.

185 *Ibid.*, p. 201.

4. El uso de la fuerza en el *targeting* de niños soldados enemigos

Un sector va más allá, superando el llamado “límite lógico de la complementariedad”,¹⁸⁶ sosteniendo que los niños son merecedores de protecciones adicionales incluso luego de haber perdido la protección contra el ataque directo.¹⁸⁷ Esta es una expresión moderna de un debate que se ha venido librando durante décadas en la doctrina del DIH: aquel relativo al enfoque de MMR.¹⁸⁸ Inspirándose en un famoso planteamiento de Jean Pictet, esta escuela defiende una aplicación dependiente del contexto de los principios de necesidad militar y de prohibición de males superfluos y sufrimientos innecesarios:¹⁸⁹ “Si se puede poner fuera de combate a un militar capturándolo, no hay que herirlo; si se puede lograr este resultado hiriéndole, no hay que matarlo. Si, para la misma ventaja militar, se dispone de dos medios, uno de los cuales causa males menores, ha de elegirse este”.¹⁹⁰

4.1. Los paradigmas “de hacer cumplir la ley” y “de hostilidades”, y los límites lógicos de la complementariedad DIH-DIDH

Una vez que un enemigo ha sido identificado como un objetivo militar legítimo, el DIH convencional y consuetudinario restringe los ataques realizables en su contra mediante normas como la prohibición de utilizar métodos y medios que causen males superfluos,¹⁹¹ sin embargo, es comúnmente entendido que este cuerpo de leyes autoriza el uso de la fuerza letal como primera medida sin

186 Geoffrey CORN, “Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict”, en *International Humanitarian Legal Studies*, 1(2010), p. 72.

187 BIRHANE, “Targeting of children in non-international armed conflicts”, *op. cit.*, p. 389; BARRETT, “Humanising the law of targeting in light of a child soldier’s right to life”, *op. cit.*, p. 10; PROVOST, “Targeting child soldiers”, *op. cit.*, p. 5.

188 GOODMAN, “The power to kill or capture enemy combatants”, *op. cit.*, 19-20.

189 Nils MELZER, “Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC’s interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities”, *op. cit.*, p. 908-909.

190 Jean PICTET, *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, Ginebra, Instituto Henry-Dunant, 1986, p. 89.

191 Protocolo Adicional I, art. 35(2). DIH consuetudinario, norma 17.

importar el contexto.¹⁹² A diferencia de ello, el DIDH condiciona la permisibilidad del uso de la fuerza letal a factores que pueden variar dependiendo de la situación.¹⁹³ Esto se debe a que la protección que ofrece el DIH contra los efectos de las hostilidades está basada en la distinción fundamental entre civiles y combatientes (o entre personas que PDH y las que no),¹⁹⁴ mientras que el DIDH solo permite diferenciar la protección con base en la conducta del individuo en cuestión.¹⁹⁵

Precisamente, qué factores indican estar frente a una situación de hacer cumplir la ley (*law enforcement*) o a una de hostilidades aún es materia de debate;¹⁹⁶ no obstante, estos factores exceden el objeto del presente artículo, debido a que la materia del *targeting* de NAG se encuentra dentro de la conducción de hostilidades. La diferencia entre ambos marcos jurídicos alrededor del uso de la fuerza ha sido expresada en la idea de la separación entre dos “paradigmas” jurídicos: por un lado, bajo el paradigma de hacer cumplir la ley¹⁹⁷ predominan el derecho doméstico y el DIDH, y es regido por los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad. Por otro lado, bajo el paradigma de hostilidades¹⁹⁸ toman precedencia el DIH y sus principios de distinción, proporcionalidad y limitación. La diferencia radica en que ambos prescriben consecuencias distintas frente a la cuestión del uso de la fuerza letal.¹⁹⁹ Aunque ambos paradigmas comparten “principios de proporcionalidad” *prima facie* homónimos, como se verá, ambos sopesan cosas distintas.

En primer lugar, debido a que es aplicable por defecto,²⁰⁰ el paradigma de hacer cumplir la ley rige incluso en situaciones durante conflictos armados en que las fuerzas armadas deben interactuar con individuos que no son oponen-

192 CORN, “Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule”, *op. cit.*, pp. 552-553.

193 OBERLEITNER, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*, *op. cit.*, pp. 132-134.

194 NILS MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, *op. cit.*, p. 12.

195 SASSÒLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 424.

196 MARCO SASSÒLI y LAURA OLSON, *op. cit.*, p. 614; CORDULA DROEGE, *op. cit.*, p. 332.

197 NILS MELZER y GLORIA GAGGIOLI, “Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities”, en Terry Gill y Dieter Fleck (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2da ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 69-70.

198 *Ibid.*, p. 74-75.

199 SASSÒLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 425.

200 MELZER y GAGGIOLI, “Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities”, *op. cit.*, pp. 75-76.

tes operacionales.²⁰¹ Por tanto, el uso de la fuerza utilizable en tales casos está sujeto a los parámetros del derecho a la vida, es decir, bajo condiciones estrictas y usualmente en operaciones de mantenimiento del orden, en defensa propia, defensa a otros frente a actos ilegales, contra la resistencia al arresto, etc.²⁰² En estos contextos, la fuerza letal es utilizable solo cuando sea absolutamente necesaria y proporcional,²⁰³ como último recurso.²⁰⁴ A menos que una persona represente una amenaza inminente, la fuerza letal no puede ser empleada contra ella en operaciones de mantenimiento del orden, siendo el grado de violencia utilizable el proporcional a la amenaza que la persona representa.²⁰⁵ Este principio de proporcionalidad del DIDH opera en protección del objeto de violencia estatal.²⁰⁶ En suma, se trata de un uso de la fuerza reactivo.

En cambio, bajo el paradigma de hostilidades gobernado por el DIH, el uso de la fuerza contra adversarios no es evaluado en relación con su nivel de amenaza, sino a su estatus o función.²⁰⁷ El principio de proporcionalidad –del DIH– no los protege, sino que concierne únicamente a los individuos que podrían ser heridos incidentalmente por la violencia armada del atacante.²⁰⁸ Sin importar su conducta, si aún no se han rendido o no han sido puestos fuera de combate, pueden ser atacados legalmente. Este uso de la fuerza solo está limitado por el requisito de que debe otorgar una ventaja militar discernible y no debe inducir males superfluos.²⁰⁹ En el núcleo de esta diferencia de trato entre el DIH y el DIDH operaría una presunción fundamental de que los adversarios en un conflicto armado representan una amenaza continua de fuerza letal, que serviría como justificación subyacente de la muerte del personal militar enemigo, independientemente del riesgo que en verdad representan.²¹⁰

201 CORN, “The logical limit of applying human rights norms to armed conflict”, *op. cit.*, p. 61.

202 Naciones Unidas, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, 1990, artículos 9 y 10.

203 TEDH, *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 de septiembre de 1995, párr. 149; Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 67.

204 OBERLEITNER, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*, *op. cit.*, pp. 132-133.

205 *Ibid.*, p. 134.

206 CORN, “The logical limit of applying human rights norms to armed conflict”, *op. cit.*, p. 85.

207 SASSÒLI, *International Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 608.

208 CORN, “The logical limit of applying human rights norms to armed conflict”, *op. cit.*, p. 85.

209 OBERLEITNER, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*, *op. cit.*, pp. 133-134.

210 CORN, “Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule”, *op. cit.*, p. 562.

Por estas razones, según Corn, un análisis de complementariedad entre el DIDH y el DIH sobre el uso de la fuerza letal encuentra un “límite lógico”:²¹¹ las normas de DIH sobre la aplicación del poder militar contra oponentes, que se encuentran en el corazón mismo del *jus belli*, no tienen una contraparte en el derecho aplicable en tiempos de paz.²¹² A diferencia de los civiles, que se benefician de protecciones contra privaciones arbitrarias de derechos que pueden ser interpretadas lógicamente a la luz del DIDH,²¹³ los combatientes, las personas que PDH y quienes tienen una FCC no están dotados de tales protecciones, pudiendo ser atacados justificadamente como primera medida²¹⁴ porque el DIH elimina la obligación de evaluar si cada oponente representa una verdadera amenaza contra las fuerzas atacantes.²¹⁵ Esto explicaría por qué las decisiones de los tribunales y órganos internacionales han optado por tratar la interacción entre el DIH y el DIDH de forma más parecida a la aplicación de una máxima de *lex specialis* cuando se trata de la arbitrariedad de la privación de la vida, siendo sustituidos los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad ante la amenaza,²¹⁶ por los de distinción, precaución y proporcionalidad²¹⁷ del DIH.

En conclusión, debido a este “límite lógico” a la aplicación de la complementariedad, las normas que gobiernan los ataques directos a objetivos militares lícitos solo se podrían interpretar a través del lente del DIH, específicamente, los principios de necesidad militar y la prohibición de causar males superfluos, dada su estrecha relación.²¹⁸ Precisamente esto es lo que realizan los defensores del enfoque de MMR, quienes niegan explícitamente aplicar un “paradigma policial” de DIDH, afirmando en vez de ello estar basados únicamente en el derecho de la conducción de hostilidades.²¹⁹

211 CORN, “The logical limit of applying human rights norms to armed conflict”, *op. cit.*, p. 72.

212 *Ibid.*, p. 74.

213 *Ibid.*, pp. 69-73.

214 *Ibid.*, p. 76.

215 *Ibid.*, p. 82.

216 Corte IDH, Cruz Sánchez vs. Perú, párr. 265.

217 *Ibid.*, párr. 273.

218 SASSÒLI, *International Humanitarian Law, op. cit.*, p. 384.

219 MELZER, “Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC’s interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities”, *op. cit.*, p. 900.

4.2. “Aplicación modulada del principio de necesidad militar”: La controversia alrededor del enfoque de medios menos restrictivos

El capítulo IX de la Guía Interpretativa, que acoge el enfoque de MMR, estipula que “El tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso”.²²⁰

La esencia del enfoque de MMR sería que lo que es requerido por los principios de necesidad militar y humanidad debe ser interpretado distintamente en cada situación.²²¹ Esto implicaría que sería ilegal utilizar la fuerza letal contra combatientes enemigos en aquellas situaciones en que sea manifiestamente innecesario,²²² por ser factible dejarlos fuera de combate mediante la captura y la herida en vez de la muerte, siempre y cuando ello no ponga en peligro a la parte atacante.²²³ Esta norma estaría basada en la prohibición de males superfluos.²²⁴ Por supuesto, afirmar que la *lex lata* del DIH acoge esta interpretación iría en contra de la posición doctrinaria mayoritaria de que el DIH autoriza la muerte sumaria del personal militar enemigo.²²⁵

Entre los argumentos a favor del enfoque de MMR podemos destacar primero el del profesor Ryan Goodman quien, utilizando un razonamiento intencionalista, logró demostrar²²⁶ que el enfoque de MMR era compartido por una pluralidad de expertos internacionales involucrados en las negociaciones de

220 MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, op. cit., p. 77.

221 MELZER, “Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC’s interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities”, op. cit., pp. 902-903. Las condiciones de aplicabilidad de la máxima MMR incluirían el grado de riesgo que la parte atacante debería asumir, el control efectivo sobre el área, el nivel de autoridad en la cadena de comando, los estándares de prueba y la posibilidad de asignar responsabilidad penal al incumplimiento. GOODMAN, “The power to kill or capture enemy combatants”, op. cit., pp. 826-830.

222 *Ibid.*, p. 820.

223 *Ibid.*, p. 821; MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, op. cit., p. 82.

224 GOODMAN, “The power to kill or capture enemy combatants”, op. cit., p. 821.

225 David OHLIN, “Recapturing the concept of necessity”, *Cornell Legal Studies Research Papers*, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230486, fecha de consulta: 19 de febrero de 2022, p. 3.

226 *Ibid.*, pp. 22-23. Ohlin reconoce que Goodman logró disipar la idea de que el enfoque MMR fue únicamente tomado en serio por Pictet en la década de los setenta, hasta que la Guía Interpretativa lo revivió; no obstante, Ohlin considera irrelevante que otros expertos hayan favorecido el enfoque, pues

elaboración de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra,²²⁷ lo cual, junto a la adopción de prohibiciones específicas a ciertos medios y métodos,²²⁸ serían evidencia de que el artículo 35 del Protocolo Adicional I debe ser leído en consonancia con el enfoque de MMR.

Por otro lado, Melzer se basa en la norma convencional y consuetudinaria de limitación de los medios y métodos utilizables por los beligerantes,²²⁹ afirmando que debe ser leída en conjunto con el principio de prohibición de causar males superfluos consagrado en el artículo 35(2) del Protocolo Adicional I, que resulta en una norma general que gobierna cada ocurrencia de empleo de medios y métodos de guerra.²³⁰ Luego, esta norma sería interpretada a la luz de la Cláusula de Martens²³¹ para justificar que un equilibrio correcto entre necesidad militar y humanidad impondría a los soldados individuales la responsabilidad de evaluar qué grado de fuerza utilizar, cuando ello sea factible y apropiado.²³² Asimismo, para afirmar su practicidad, Melzer cita dos casos en que el enfoque de MMR fue acogido por Estados:²³³ la decisión de la Alta Corte Israelí en el caso Asesinatos Dirigidos, que afirma que el enfoque de MMR refleja el DIH consuetudinario vigente;²³⁴ y el *Manual de Derecho Operacional* de Colombia, cuya edición de 2009 acogía expresamente el enfoque de MMR bajo el nombre de “aplicación modulada del principio de necesidad militar”.²³⁵

Del lado contrario, el enfoque de MMR ha sido criticado duramente desde varios ángulos. Se ha criticado su visión limitativa de la necesidad militar como una lectura incorrecta de este principio, pues este representa la función permisiva o licenciadora del DIH,²³⁶ que prohíbe solo aquel uso de la fuerza le-

este finalmente no fue codificado en el Protocolo Adicional I. Ver Hays PARKS, “Part IX of the ICRC ‘Direct participation in hostilities’ study: No mandate, no expertise, and legally incorrect”, *op. cit.*, p. 787.

227 GOODMAN, “The power to kill or capture enemy combatants”, *op. cit.*, pp. 836-848.

228 GOODMAN, “The power to kill or capture enemy combatants”, *op. cit.*, pp. 848-852.

229 MELZER, “Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC’s interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities”, *op. cit.*, p. 905.

230 *Ibid.*, pp. 905-906.

231 *Ibid.*, p. 907.

232 *Ibid.*, p. 908.

233 *Ibid.*, pp. 909-913.

234 Corte Suprema de Israel, Caso HCJ 769/02, 13 de diciembre de 2006, párr. 40.

235 Comando General de las Fuerzas Militares, *Manual de Derecho Operacional*, Bogotá, Ministerio de Defensa Nacional, 2009, pp. 88-90.

236 OHLIN, “Recapturing the concept of necessity”, *op. cit.*, p. 15.

tal no relacionado con el conflicto o prohibido mediante normas especiales.²³⁷ Se ha señalado además que la determinación de lo militarmente necesario no toma en cuenta las “circunstancias del caso”,²³⁸ sino que el conflicto armado es un enfrentamiento entre fuerzas organizadas, cuyo objetivo es el sometimiento colectivo del enemigo, no el de operativos individuales.²³⁹ Incluso cuando el mérito moral del enfoque de MMR es reconocido,²⁴⁰ también es criticado por ser impráctico, pues impondría una evaluación individualizada de niveles de amenaza por parte de cada soldado,²⁴¹ lo cual requeriría cambios en las doctrinas de entrenamiento militar, produciría dudas entre el personal militar, ofuscación operativa en el campo de batalla y su cumplimiento sería difícil de controlar por terceros.²⁴²

Estos argumentos realizados desde la perspectiva operacional militar pueden tener mérito, pero las críticas más importantes radican en que dicho enfoque no tiene una base jurídica sólida ni en el derecho convencional²⁴³ ni en la práctica de los Estados.²⁴⁴ Por el lado del derecho convencional, Ohlin está en lo cierto al afirmar que la evidencia presentada por Goodman no logra demostrar que el enfoque de MMR predominó entre los expertos que negociaron la redacción del artículo 35 del Protocolo Adicional I, ya que ello no se ve reflejado explícitamente en el texto final;²⁴⁵ en cambio, que el enfoque de MMR no fuera plasmado de forma expresa indicaría que no hubo suficiente apoyo hacia él.²⁴⁶

237 El argumento es que la necesidad militar ha conservado un significado idéntico al planteado en los artículos 14, 15 y 16 del Código Lieber: sin mediar prohibiciones especiales, la necesidad militar únicamente limitaría aquellas acciones no relacionadas con el propósito de la guerra, como aquellas motivadas por el odio o la venganza. OHLIN, “Recapturing the concept of necessity”, *op. cit.*, p. 10.

238 Departamento de Defensa de Estados Unidos, *op. cit.*, pp. 56-57.

239 CORN, “Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule”, *op. cit.*, p. 557.

240 Dapo AKANDE, “Clearing the fog of war? The ICRC’s Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities”, en *International and Comparative Law Quarterly* 1 (2010), p. 108.

241 OHLIN, “Recapturing the concept of necessity”, *op. cit.*, p. 31.

242 CORN, “Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule”, *op. cit.*, pp. 610-620. Asimismo, el prospecto de aplicar el enfoque de MMR a aquellas dimensiones no terrestres de los conflictos trae más interrogantes, no analizados aún por sus proponentes.

243 El mismo Goodman reconoce que la única disposición convencional que afirma un enfoque de MMR es el artículo 35 del Protocolo Adicional I, aunque implícitamente. GOODMAN, “The power to kill or capture enemy combatants”, *op. cit.*, p. 824.

244 *Ibid.*, pp. 191-192.

245 OHLIN, “Recapturing the concept of necessity”, *op. cit.*, p. 25.

246 *Ibid.*, p. 28.

Por el lado de la práctica, Goodman presentó un número considerable de ejemplos en que los Estados han adoptado reglas de enfrentamiento que ordenan utilizar MMR,²⁴⁷ no obstante, esta práctica no estaría acompañada de la *opinio juris* necesaria,²⁴⁸ pues la permisibilidad del uso de la fuerza letal que otorga el principio de necesidad militar incluiría la autoridad de elegir la utilización de MMR en razón de consideraciones políticas u operacionales de costo-beneficio, mas no por obligación jurídica.²⁴⁹ Cabe resaltar en este acápite sobre práctica estatal que el *Law of War Manual* del Departamento de Defensa de Estados Unidos explícitamente rechaza el enfoque de MMR,²⁵⁰ mientras que el *Manual de Derecho Operacional* de Colombia, que fue el único en acogerlo, borró toda mención a él en su segunda edición de 2015.²⁵¹ Con todo ello, la posición que defiende un enfoque de MMR “especial” para los niños ha visto su expresión en una doctrina militar adoptada por las Fuerzas Armadas Canadienses en 2017, pues esta, por un lado, reconoce la potencial peligrosidad de los NS y el derecho del personal militar a utilizar la fuerza letal para la protección propia; pero, por otro, establece que debe intentarse el desescalamiento de confrontaciones con NS y, en caso de entrar en combate con ellos, dar prioridad de ataque a los adultos del grupo adversario.²⁵²

En suma, tomando en cuenta la totalidad de la práctica contemporánea, es evidente que quienes afirman que el enfoque de MMR es actualmente válido en el DIH tienen una gran carga probatoria que superar, pues todo indica que, incluso en el derecho de los CANI, aquel enfoque es uno de *lex ferenda*.²⁵³

247 GOODMAN, “The power to kill or capture enemy combatants”, *op. cit.*, p. 825.

248 Shane REEVES y Jeffrey THURNHER, “Are we reaching a tipping point? How contemporary challenges are affecting the military necessity-humanity balance”, en *Harvard Law School National Security Journal*, 2013, en <https://harvardnsj.org/2013/06/are-we-reaching-a-tipping-point-how-contemporary-challenges-are-affecting-the-military-necessity-humanity-balance/>, fecha de consulta: 20 de febrero de 2022.

249 CORN, “Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule”, *op. cit.*, pp. 563-565.

250 Departamento de Defensa de Estados Unidos, *op. cit.*, pp. 56-57.

251 Comando General de las Fuerzas Militares, *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares*, 2 ed., Bogotá, Imprenta y Publicaciones de las Fuerzas Militares, 2015.

252 La *Canadian Armed Forces Joint Doctrine Note 2017-01—Child Soldiers* solo es accesible para el personal militar canadiense. Empero, ver Stephen THORNE, “Doctrine on Child Soldiers is the first of its kind”, *Legion Magazine*, 2017, en <https://legionmagazine.com/en/2017/03/doctrine-on-child-soldiers-is-first-of-its-kind>, fecha de consulta: 12 de febrero de 2022.

253 Sandesh SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 371-372.

4.3. Consideración de aspectos sobre los medios y métodos utilizables en el *targeting* de niños soldados

Una cuestión final permanece, la referente a si es posible aplicar el enfoque de MMR únicamente al *targeting* de niños soldados.²⁵⁴ Quienes afirman ello (en un sentido de *lex lata*) se basan en los argumentos desplegados por Provost, a saber, que existe un deber moral y jurídico de aplicar los medios o métodos menos dañosos cuando se conduce el ataque contra un NS, basado en la protección especial dada a niños por el DIDH y el DIH; y en una comparación entre los significados de la versión inglesa y la francesa de la prohibición de males superfluos.²⁵⁵

Evaluar el primer argumento requiere una recapitulación de los conceptos discernidos a lo largo de este trabajo. Por una parte, es difícil que la protección otorgada a niños por el DIH y el DIDH pueda superar la presunción de amenaza, activada en virtud del principio de distinción al determinar que un individuo es un objetivo militar legítimo. Como se explicó líneas arriba, las normas convencionales y consuetudinarias del DIH protegen a los niños cuando son civiles y cuando han sido capturados, es decir, antes y después de su pérdida de protección contra el ataque directo, mas no durante el lapso en que son oponentes. Incluso aquellos casos en que fuerzas estatales han evitado deliberadamente utilizar la fuerza letal contra NS –como aquel en que un escuadrón del Royal Irish Regiment resultó capturado debido a su vacilación en utilizar la fuerza letal sobre un grupo de NS del GAO West Side Boyz en Sierra Leona—²⁵⁶ obedecerían a consideraciones morales,²⁵⁷ pero no a una norma jurídica protectora de NS.²⁵⁸

254 BARRETT, “Humanising the law of targeting in light of a child soldier’s right to life”, *op. cit.*, pp. 10-11. Cabe resaltar aquí la posición de Rose Barrett, que argumenta (abiertamente *de lege ferenda*) que el enfoque de MMR solo sería aplicado frente a niños porque estos “caerían en una categoría separada, especial” al resto de combatientes, lo cual ameritaría una humanización del derecho del *targeting* para ellos. No obstante, no se profundizará en sus argumentos, pues el presente artículo tiene un enfoque de *lex lata*.

255 Protocolo Adicional I, art. 35; PROVOST, “Targeting child soldiers”, *op. cit.*, p. 5.

256 *Ibid.*, p. 1.

257 PACK, “Targeting child soldiers: Striking a balance between humanity and military necessity”, *op. cit.*, p. 189-190.

258 La falta de duda en abatir entre 25 a 100 niños de los West Side Boys en la consiguiente operación de rescate conducida por fuerzas británicas tampoco indica que estas acciones sean contrarias a una norma internacional. *Ibid.*, p. 190.

Por otra parte, si bien existe una relación general de complementariedad entre el DIH y el DIDH, la interpretación de la arbitrariedad de la privación de la vida de oponentes es realizada mediante una deferencia a las normas de DIH: los principios de distinción, precaución y proporcionalidad. Incluso aquellas normas y principios que protegen especialmente a los niños, como el artículo 6 de la CDN y el principio del interés superior del niño, admiten su superación por la necesidad militar, la cual está presente en toda situación de conducción de hostilidades.

El segundo argumento afirma que la prohibición de causar males superfluos incluye una dimensión ética normativa. A diferencia de la frase inglesa *superfluous injury and unnecessary suffering*, Provost afirma que el término francés *maux superflus* (y el español *males superfluos*) se refiere no solo al daño o la herida, sino a un mal moral²⁵⁹ e innecesario para los propósitos legítimos de guerra.²⁶⁰ Entonces, si se acepta la “intuición moral de que, incluso en contextos de guerra, el ataque deliberado a niños es una calamidad”,²⁶¹ se concluiría lógicamente que todo aquel *targeting* de niños que no sea un “mal necesario”, por ser militarmente necesario aun en la ausencia de alternativas menos dañosas, estaría prohibido por el principio anteriormente referido.²⁶² No obstante, el propósito y ámbito del término francés *maux superflus* también es objeto de discusión poco concluyente, pues autores como Detter consideran que el verdadero propósito de la adopción del término francés fue eliminar toda posible connotación mental de intención (comparándolo con el inglés *superfluous injury*),²⁶³ haciendo que el principio prohíba todo medio de guerra que cause sufrimientos innecesarios, considerados objetivamente, sin importar la intención de la fuerza atacante.²⁶⁴

En conclusión, tampoco se puede afirmar de forma definitiva que el derecho internacional de los conflictos armados, en la actualidad, exige que las

259 *Idem*.

260 Declaración de San Petersburgo de 1868.

261 Provost, “Targeting child soldiers”, *op. cit.*, p. 5.

262 *Idem.*; BIRHANE, “Targeting of children in non-international armed conflicts”, *op. cit.*, p. 397.

263 *Maux* (o “mal”) es un vocablo que denota primariamente la consecuencia que sufre quien recibe el daño, mientras que el inglés *injury* puede ser interpretado denotando también el acto perpetrado por quien inflige el daño y, por ende, la intención de infligirlo.

264 Ingrid DETTER, *The Law of War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2 ed., 2000, citada por David OHLIN, “Recapturing the concept of necessity”, *op. cit.*, pp. 27-28.

fuerzas atacantes utilicen aquellos medios menos restrictivos al conducir ataques directos contra NS que sean objetivos militares legítimos.

Reflexiones finales

Sin duda, el reclutamiento y la utilización de niños son reconocidos como tragedias de los conflictos armados modernos, y es difícil negar que se deba otorgar una consideración moral especial a los niños asociados a GAO. No obstante, esta consideración no llega a tener la fuerza necesaria para derrotar a los axiomas generales del DIH, tan comprometidos con la distinción positiva general entre civiles y combatientes, que se rehúsan a admitir distinciones entre ciertas categorías de los últimos. Esta problemática ejemplifica una de las limitaciones del modelo de la “guerra ideal” que subyace al diseño del DIH, construido sobre un compromiso entre la humanidad y la necesidad militar, y cuya sola existencia hace difícil su impugnación,²⁶⁵ incluso mediante la aplicación de un enfoque de derechos humanos. Por tanto, si se desea otorgar protección adicional a los niños asociados a GAO desde el DIH, se debe hacer uso de una de las excepciones a la prevalencia de la necesidad militar: la introducción de nuevas normas de derecho de la guerra.

Sin embargo, en defecto de la introducción de nuevos tratados multilaterales sobre el tema, se puede verificar que el DIH actualmente válido exige de los Estados un comportamiento diferenciado cuando sus fuerzas armadas se encuentran –o tienen la expectativa razonable de encontrarse– con niños asociados a GAO. Por tanto, el derecho operacional debe reflejar estas normas, especialmente en el extremo del planeamiento de las operaciones militares y los protocolos que deberían seguirse en caso de que el personal militar deba determinar si un niño asociado a un GAO ha perdido o no la protección contra el ataque, los cuales deben ser distintos a los seguidos para determinar la pérdida de protección de adversarios adultos. Todo esto, con el fin de que el personal militar en el campo tenga directrices claras, disminuyendo la carga que supondría realizar juicios normativos en el desarrollo los enfrentamientos. Durante estos, no obstante, las normas vigentes no exigen que el personal militar estatal arriesgue la vida para capturar a los niños soldados con los que

265 Frédéric MÉGRET, “The limits of the law of war”, en Bardo FASSBENDER y Knut TRAISBACH (eds.), *The Limits of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 292.

estén combatiendo. Interpretado a través de este trabajo el estado actual del DIH respecto a esta cuestión, queda abierta la posibilidad de aplicarlo o someterlo a una evaluación crítica.



Bibliografía

Doctrina

- ABBOTT, Amy Beth, “Child soldiers: The use of children as instrument of war”, en *Suffolk Transnational Law Review* 23 (2000), pp. 499-537.
- AKANDE, Dapo, “Clearing the fog of war? The ICRC’s interpretive guidance on direct participation in hostilities”, en *International and Comparative Law Quarterly* 1(2010), pp. 180-192. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0020589309990133>
- BARRETT, Rose, “Humanising the law of targeting in light of a child soldier’s right to life”, en *International Journal of Children’s Rights* 27 (2019), pp. 3-30. DOI: <https://doi.org/10.1163/15718182-02701009>
- BIRHANE, Fikie, “Targeting of children in non-international armed conflicts”, en *Journal of Conflict and Security Law* 2 (2021), pp. 377-400. DOI: <https://doi.org/10.1093/jcsl/krab004>
- BOOTHBY, William, *The Law of Targeting*, Oxford, Oxford University Press, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/law/9780199696611.001.0001>
- BOSCH, Shannon, “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 (2015), pp. 3-22. DOI: <https://doi.org/10.1080/10246029.2014.986147>
- 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, en http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/informes2018/una_guerra-sin-edad.pdf
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Niños usados como soldados en el Perú: Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 138° periodo de sesiones*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2010.

- CORN, Geoffrey *et al.*, “Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule”, en *International Law Studies* 89 (2013), pp. 536-626.
- CORN, Geoffrey, “Mixing apples and hand grenades: The logical limit of applying human rights norms to armed conflict”, en *International Humanitarian Legal Studies* 1 (2010), pp. 52-94. DOI: <https://doi.org/10.1163/187815210X12766020139802>
- CORZO VELÁSQUEZ, Olga Lucía y Luis Alfonso RODRÍGUEZ BELTRÁN, “Análisis situacional y priorización de riesgos de niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en seis (6) municipios de Colombia”, OIM Colombia, 2019, en [https://www.r4v.info/sites/default/files/2021-06/Documento Final Análisis situacional y priorización de riesgos NNA - OIM _ICBF_12 _03_2020 %282%29.pdf](https://www.r4v.info/sites/default/files/2021-06/Documento%20Final%20Análisis%20situacional%20y%20priorización%20de%20riesgos%20NNA%20-%20OIM%20ICBF%2012%2003%202020%282%29.pdf)
- Deutsche Welle, “Reclutamiento de niños soldados en el mundo se duplica desde 2012”, Deutsche Welle, 11 de febrero de 2019, <https://www.dw.com/es/reclutamiento-de-niños-soldado-en-el-mundo-se-duplica-desde-2012/a-47467641>
- DÍAS, Leandro, “Participación activa en las hostilidades según la Corte Penal Internacional: consecuencias problemáticas de un derecho internacional fragmentado”, en Emiliano BUIS (ed.), *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional*, Buenos Aires, Sempithidia, 2016, pp. 145-166.
- DROEGE, Cordula, “The interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in situations of armed conflict”, en *Israel Law Review* 2 (2007), pp. 310-355. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0021223700013376>
- DRUMBL, Mark, “Children in armed conflict”, en Jonathan TODRES y Shani KING (eds.), *The Oxford Handbook of Children’s Rights Law*, New York, Oxford University Press, 2020, pp. 657-674. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190097608.013.32>
- EKELAAR, John y John TOBIN, “Art. 3: The Best Interests of the Child”, en John TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 74-106.
- GÓMEZ PÉREZ, Mara, “La Corte Internacional de Justicia como Tribunal de Derechos Humanos del Mundo”, en *Pluralidad y Consenso* 33 (2017), pp. 57-89.
- GOODMAN, Ryan, “The power to kill or capture enemy combatants”, en *European Journal of International Law* 3 (2013), pp. 819-853. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/cht048>

- HAPPOLD, Matthew, "Child soldiers in international law: The legal regulation of children's participation in hostilities", en *Netherlands International Law Review* 47 (2000), pp. 27-52. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0165070X00000747>
- HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Organización Internacional para las Migraciones y Unicef, *Impacto del conflicto armado en el estado psicosocial de niños, niñas y adolescentes*, Bogotá, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2014, p. 73.
- Jurisdicción Especial para la Paz, "Caso 07: Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado", JEP, 2022, en: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/07.html>.
- KAMØY, Kristin, *Stop the war on children: A crisis of recruitment*, Save The Children, 2021.
- MACHEL, Graça, *Impact of Armed Conflict on Children*, A/51/306, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1996.
- MÉGRET, Frédéric, "When is it permissible to target child soldiers?", *American Society of International Law*, 2013, en [https://www.asil.org/sites/default/files/documents/Lieber Notes Spring 2013 Vol 1.pdf](https://www.asil.org/sites/default/files/documents/Lieber%20Notes%20Spring%202013%20Vol%201.pdf).
- MÉGRET, Frédéric, "The limits of the law of war", en Bardo FASSBENDER y Knut TRAISBACH (eds.), *The Limits of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 283-295. DOI: <https://doi.org/10.1093/os0/9780198824756.003.0019>.
- MEIJER, Marten, "Transactional analysis of child warriors as the opposing force", en Organización de Ciencia y Tecnología de la OTAN, *Child Soldiers as the Opposing Force*, OTAN, 2011, pp. 2.1-2.13
- MELZER, Nils y Gloria GAGGIOLI, "Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities", en Terry Gill y Dieter Fleck (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 63-92. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3733427>.
- MELZER, Nils, "Keeping the balance between military necessity and humanity: A response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities" en *International Law and Politics* 42 (2010), pp. 831-916.
- MELZER, Nils, "Principle of Distinction", en Andrew CLAPHAM y Paola GAETA, *Oxford Handbook of International Law of Arm Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

- MELZER, Nils, *Derecho internacional humanitario. Una Introducción Integral*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019.
- MELZER, Nils, *Guía para interpretar la noción de la participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Ginebra, CICR, 2010.
- NICHOLSON, Joanna, “Is targeting naked child soldiers a war crime?”, en *International Criminal Law Review* 16 (2016), pp. 134-157. DOI: <https://doi.org/10.1163/15718123-01601006>.
- NOWAK, Manfred, *Article 6: The Right to Life, Survival and Development*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- OBERLEITNER, Gerd, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316103869>.
- OHLIN, David, “Recapturing the concept of necessity”, *Cornell Legal Studies Research Papers*, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230486.
- PACK, Sam, “Targeting child soldiers: Striking a Balance between Humanity and Military Necessity”, en *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 7 (2016), pp. 183-203. DOI: <https://doi.org/10.1163/18781527-00701009>.
- PARKS, Hays, “Part IX of the ICRC ‘Direct participation in hostilities’ study: No mandate, no expertise, and legally incorrect”, en *International Law and Politics* 42 (2010), pp. 769-830.
- PELEG, Noam y John TOBIN, “Art. 6: The Rights to Life, Survival and Development”, en John TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 187-236.
- PICTET, Jean, *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, Ginebra, Instituto Henry-Dunant, 1986.
- PROVOST, René, “Targeting child soldiers”, *EJIL: Talk!*, 2016, en <https://www.ejiltalk.org/targeting-child-soldiers/>.
- REEVES, Shane y Jeffrey THURNHER, “Are we reaching a tipping point? How contemporary challenges are affecting the military necessity-humanity balance”, en *Harvard Law School National Security Journal*, 2013, en <https://harvardnsj.org/2013/06/are-we-reaching-a-tipping-point-how-contemporary-challenges-are-affecting-the-military-necessity-humanity-balance/>.
- REYES, Paola, “Los niños y las niñas como víctimas en los conflictos armados: participación en las hostilidades”, en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 24 (2013).

- RODRÍGUEZ, Jorge, “El marco jurídico internacional de los niños soldado. Evolución y nuevos debates tras el Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional”, en *Ius Et Veritas* 63 (2021), pp. 107-120. DOI: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.005>.
- Ruth MACKLIN, “Moral progress”, en *Ethics* 87 (1977), pp. 371-372. DOI: <https://doi.org/10.1086/292049>.
- SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, PUCP, 2016.
- SANDOZ, Yves SWINARSKI y Bruno ZIMMERMANN (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff, 1987.
- SASSÒLI, Marco y Laura OLSON, “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: Admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”, en *International Review of the Red Cross* 871 (2008), pp. 599-627. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1560775508000072>.
- SASSÒLI, Marco, *International Humanitarian Law. Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019.
- SCHABAS, William, “The Right to Life”, en Andrew CLAPHAM y Paola GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 365-386. DOI: <https://doi.org/10.1093/law/9780199559695.003.0015>.
- SCHMITT, Michael, “Deconstructing direct participation in hostilities: The constitutive elements”, en *International Law and Politics* 42 (2010), pp. 697-739.
- SIVAKUMARAN, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/law/9780199239795.001.0001>
- STAUFFER, Jill, “Law, politics, the age of responsibility, and the problem of child soldiers”, en *Law, Culture and the Humanities* 1 (2020), pp. 42-52. DOI: <https://doi.org/10.1177/1743872116660777>.
- STOFFELS, Ruth y Rosario OJINAGA, “Los procesos de desvinculación y reintegración de las niñas asociadas con fuerzas o grupos armados: Thinking outside the box”, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 14 (2021), pp. 167-222. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.8233>.
- TAIPE CAMPOS, Néstor Godofredo, “Los niños en el conflicto armado”, en *Gazeta de Antropología* 30 (2014). DOI: <https://doi.org/10.30827/Digibug.30309>.

- THORNE, Stephen, “Doctrine on Child Soldiers is the first of its kind”, *Legion Magazine*, 2017, en <https://legionmagazine.com/en/2017/03/doctrine-on-child-soldiers-is-first-of-its-kind>.
- TICEHURST, Rupert, “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* 317 (1997), pp. 131-141. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0250569X00021919>.
- TODESCHINI, Vito, “The ICCPR in armed conflict: An appraisal of the Human Rights Committee’s engagement with international humanitarian law”, en *Nordic Journal of Human Rights* 3 (2017), pp. 203-219. DOI: <https://doi.org/10.1080/18918131.2017.1353213>.
- VANDEWIELE, Tiny, *Optional Protocol: The involvement of children in armed conflicts*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- YUVARAJ, Joshua, “When does a child ‘participate actively in hostilities’ under the Rome Statute? Protecting children from use in hostilities after Lubanga”, en *Utrecht Journal of International and European Law* 32 (2016), pp. 69-92. DOI: <https://doi.org/10.5334/ujiel.321>.

Jurisprudencia internacional

- Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002.
- Corte IDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia de 15 de setiembre de 2005.
- Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006.
- Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006.
- Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007.
- Corte IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009.
- Corte IDH, Caso Contreras y otros vs. El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011.
- Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012.
- Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014.

- Corte IDH, Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, Sentencia de 14 de octubre de 2014.
- Corte IDH, Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, Sentencia de 17 de abril de 2015.
- Corte IDH, Caso Roche Azaña y otros vs. Nicaragua, Sentencia de 3 de junio de 2020.
- Corte Internacional de Justicia, Canal de Corfú, Sentencia de 09 de abril de 1949.
- Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Opinión Consultiva, 08 de julio de 1996.
- Corte Internacional de Justicia, Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión Consultiva, 09 de julio de 2004.
- Corte Internacional de Justicia, Actividades armadas en el territorio del Congo, Sentencia de 19 de diciembre de 2005.
- Corte Penal Internacional, Fiscal c. Lubanga, Sentencia de conformidad con el artículo 74 del Estatuto, Sala de Primera Instancia, 14 de marzo de 2012.
- Corte Penal Internacional, Fiscal c. Lubanga, Sala de Apelaciones, Sentencia relativa a la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra su condena, 1 de diciembre de 2014.
- Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ntaganda, Decisión de conformidad al artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Bosco Ntaganda, Sala de Cuestiones Preliminares, 9 de junio de 2014.
- Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ntaganda, Sentencia de primera instancia, Sala de Primera Instancia, 8 de julio de 2019.
- Corte Penal Internacional, Fiscal c. Ongwen, Sala de Primera Instancia, Sentencia de Primera Instancia, 4 de febrero de 2021.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, McCann and Others v. the United Kingdom, 27 de septiembre de 1995.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Varnava *et al.* V. Turquía, 18 de septiembre de 2009.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Hassan v. Reino Unido, 16 de septiembre de 2014.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Lukić Milan & Lukić Sredoje, Judgment, IT-98-32/1-T, 20 de julio de 2009.

Jurisprudencia nacional

- Corte Suprema de Israel, Caso No. HCJ 769/02, 13 de diciembre de 2006.

Normatividad internacional

Asamblea General de las Naciones Unidas, “Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños”, Naciones Unidas, 26 agosto 1996, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6260.pdf>,

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 36 sobre el artículo 6: Derecho a la vida, CCPR/C/CG/36, 2019.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, CRC/ C/G/14, 2013.

Comisión IDH, Informe 55/97, Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Informe del Secretario General: los niños y el conflicto armado en Colombia”, Naciones Unidas, 8 de diciembre de 2021, en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/SP_10.pdf, fecha de consulta 17 de febrero de 2022.

Normatividad nacional

Ministerio de Defensa (Perú), Decreto Supremo 003-2020-DE, Reglamento del Decreto Legislativo 1095, Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, 15 de marzo de 2020.

Otros documentos internacionales relevantes

Comando General de las Fuerzas Militares, *Manual de Derecho Operacional*, Bogotá, Ministerio de Defensa Nacional, 2009.

Comando General de las Fuerzas Militares, *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares*, 2 ed., Bogotá, Imprenta y Publicaciones de las Fuerzas Militares, 2015.

Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final de la cvr*, Lima, cvr, 2003, p. 589.

Departamento de Defensa de Estados Unidos, *DoD Law of War Manual*, 2015.

Naciones Unidas, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, 1990.

Unicef, *Principios y Compromisos de París relativos a los Niños Asociados a Fuerzas o Grupos Armados*, 2007.