



El marco jurídico internacional de los niños soldado. Evolución y nuevos debates tras el Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional^(*)

The international legal framework for child soldiers. Evolution and new debates after the Ongwen case before the International Criminal Court

Jorge Rodríguez Rodríguez^(**)

Universidad Complutense de Madrid (Madrid, España)

Resumen: La situación de los niños soldado es sin duda uno de los contextos de mayor peligrosidad dentro de la comunidad internacional. Pese a lo amplio de la regulación internacional en la materia (ya dentro del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Penal), todavía encontramos cifras ciertamente alarmantes que deben ser interpretadas como un aviso para que los Estados redoblen sus esfuerzos de cara a erradicar cualquier participación de menores en los conflictos armados. Este artículo realiza un análisis sobre la normativa internacional vigente en la materia desde los Protocolos adicionales de 1977 hasta la Convención sobre Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Además, estudia la regulación presente en el Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional al respecto, deteniéndose especialmente en los debates abiertos a colación de la sentencia sobre Dominic Ongwen, antiguo niño soldado.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario - Derechos Humanos - Corte Penal Internacional - Niños soldado

Abstract: The situation of child soldiers is undoubtedly one of the most dangerous contexts within the international community. Despite the broadness of international regulation in this area (International Humanitarian Law, International Human Rights Law or International Criminal Law), we still find certainly alarming figures that should be interpreted as a warning for States to redouble their efforts in order to eradicate any participation of children in armed conflicts. This article analyses the international standards in this area from the 1977 Additional Protocols to the Convention on the Rights of the Child and its Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict. In addition, the article studies the Rome Statute and the jurisprudence of the International Criminal Court. Also, it focuses especially on the debates on the judgment on Dominic Ongwen, a former child soldier.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 5 de noviembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 10 de diciembre de 2021.

(**) Licenciado en Derecho por la Universidad de Granada, Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá y Doctor en Derecho (cum laude) por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido investigador invitado en el Instituto Holandés de Derechos Humanos (SIM) de la Universidad de Utrecht y en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto (Bilbao). Asimismo, ha sido colaborador de Amnistía Internacional España, de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conferenciante invitado en múltiples congresos y seminarios en España y América, y docente en varios cursos de capacitación en Derechos Humanos. Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2689-3017>. Correo electrónico: jorgro04@ucm.es.



Key words: International Humanitarian Law - Human Rights - International Criminal Court - Child soldiers

1. A modo de introducción: Los niños soldado, una realidad en nuestra comunidad internacional

La problemática que rodea a los menores que participan en conflictos armados es, quizás, una de las materias más sensibles a las que se ha enfrentado (y se enfrenta) la comunidad internacional. Una tarea que, por ahora, a la luz de los fríos datos que nos arrojan los distintos estudios en la materia, podemos calificar como inconclusa. Su solución ni siquiera se vislumbra, pues seguramente el correcto abordaje de la cuestión no pase solo por el derecho, sino que sus raíces son más profundas y complejas que la mera falta de efectividad de la normativa internacional.

Esto no quiere decir que la comunidad internacional no haya intentado paliar el daño que sufren estos menores o que no se persiga a aquellos que los siguen reclutando. Ni mucho menos: contamos con una vasta regulación a todos los niveles del ordenamiento jurídico internacional: Derecho Internacional Humanitario (DIH), Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y Derecho Internacional Penal (DIP). Pese a ello, según datos actualizados del Secretario General de las Naciones Unidas, 8,521 menores participaron en conflictos armados en 2020 (Secretario General, A/75/873, 2021, párr. 4). Entre 2005 y 2020, Naciones Unidas ha confirmado el reclutamiento y el uso de al menos 1,000 niños por país en 15 países durante este periodo. Un total de 93,000 casos

de niños reclutados y utilizados por grupos beligerantes⁽¹⁾. Entre las causas detrás de estos reclutamientos masivos encontramos, por ejemplo, los Estados fallidos, las guerras olvidadas, o la pobreza generalizada⁽²⁾.

Un ejemplo de la gravedad de la situación en contextos concretos lo tenemos actualmente en Colombia, dentro del Caso 07 ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) sobre “Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado”. Según datos de la propia JEP, recogidos en su Auto 159 de 4 de agosto de 2021, 18,677 niñas y niños fueron utilizados por las FARC - EP en el conflicto. Ello, no obstante, no solo implica su uso en acciones armadas, sino que también se determinó que su conexión con el grupo armado implicaba a su vez sufrir homicidios, torturas, tratos crueles, humillantes y degradantes, así como otros actos inhumanos, como parte de las sanciones disciplinarias que el grupo llevaba acabo⁽³⁾.

Dentro de las respuestas dadas desde el Derecho Internacional, la gran piedra en el camino se encuentra sin duda en el modo de hacer eficaz su normativa en la materia. Pues no únicamente hablamos ya de obligaciones aplicables a los Estados, auténticos ejecutores del Derecho Internacional, sino que las dificultades actuales se encuentran en lo que ya podemos denominar “conflictos de

- (1) Véase UNICEF. (2021, 26 de agosto). *Niños y niñas en la mira: 6 violaciones graves de los derechos de la infancia en tiempos de guerra*. <https://www.unicef.org/es/historias/ninos-en-la-mira-seis-graves-violaciones-contraninos-en-tiempos-de-guerra>. Aunque la mayor parte de los índices coinciden en apuntar que es sumamente difícil poder dar un número exacto, se estima igualmente, según María Rosario Ojinaga, que: “unos 300.000 jóvenes menores de 18 años de edad se han visto obligados a tomar las armas y participar en las hostilidades en más de 30 países. El fenómeno afecta a niños y jóvenes en Asia, América Latina, África y Oriente Medio, aunque también han participado niños en los conflictos armados ocurridos tras la desintegración de la antigua Unión Soviética y el reclutamiento de menores de 18 años es una práctica regular en algunos Estados Occidentales como Estados Unidos y Reino Unido. En algunos casos, el porcentaje de menores que participan en hostilidades es alarmante. Se estima que hasta el 30% de algunas unidades guerrilleras y el 50% de determinadas unidades paramilitares están formadas por niños. La mayor parte de ellos tienen entre 15 y 18 años, pero se conocen muchos casos de utilización en tareas militares y conexas de niños de menor edad” (2002, pp. 44-45).
- (2) Más allá de la intensa y prolífica literatura jurídica a este respecto, un perfecto ejemplo de esta problemática lo podemos encontrar en relato de Xavier Aldekoa en la Revista 5W sobre Rodrigue, un niño soldado de la República Democrática del Congo: “Rodrigue era un niño soldado por esas tres palabras. “No tenemos nada”. Para dejar de decirlas. Porque para niños como Rodrigue, sin futuro ni salida, la promesa de fidelidad a un grupo rebelde no solo significa la forma más factible de mantenerse con vida; el kaláshnikov aporta algo más importante: una identidad y un objetivo vital. El día que mataron a su padre, Rodrigue era un huérfano condenado. Ahora tenía algo: un AK-47 y todo el odio del mundo” (Aldekoa, 2020).
- (3) Véase Jurisdicción Especial para la Paz en <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/07.html>. Asimismo, en su Auto 159 de 2021, la Sala confirmó que preliminarmente se centrará en la investigación de tres conductas sufridas por los menores dentro de las FARC-EP: violencia sexual basada en género, desaparición forzada y homicidio, tortura, tratos crueles, humillantes y degradantes y otros actos inhumanos.



tercera generación”, donde los actores no estatales copan el protagonismo en conflictos de carácter étnico y/o asimétrico en Estados desestructurados o fallidos (Villasante, 2011, p. 220).

La participación de los menores en conflictos armados, sin embargo, no es ni mucho menos algo característico de nuestra época, sino que ha estado presente desde la misma Antigüedad (Gómez Isa, 2000, p. 12). Fue precisamente a raíz de la aparición de los mencionados “nuevos conflictos”, a partir de la década de los cincuenta, cuando, en palabras de Sonia Hernández Pradas “el fenómeno de los niños soldado va a comenzar a adquirir dimensiones preocupantes, en conflictos armados principalmente de carácter interno y en las guerras de liberación nacional en países en desarrollo” (Hernández, 2017, p. 874). Para Dutli (2003):

Desde la aparición de los nuevos tipos de conflicto, en los que se enfrentan ejércitos regulares y la guerrilla, los niños han desempeñado un papel en movimientos de resistencia. Ellos han sido deportados, detenidos o enviados a campos de concentración. Vemos demasiado a menudo, en los escenarios de las hostilidades, a muchachos que apenas han salido de la niñez llevando armas y dispuestos a utilizarlas sin discernimiento. Están en peligro de muerte no sólo el niño que participa en las hostilidades, sino también las personas que son su blanco, a causa de su comportamiento inmaduro y emotivo (pp. 1-2).

Según el citado informe del Secretario General de las Naciones Unidas, actualmente, los principales incumplimientos referidos a la protección de menores en conflicto los encontramos en Afganistán, República Democrática del Congo, Somalia, República Árabe de Siria y Yemen (Secretario General, A/75/873, 2021, párr. 5). Esto hace que la eficacia de las normas internacionales sea una tarea difícil, cuando no imposible de cumplir en contextos donde parte de los actores implicados son difícilmente controlables por las autoridades estatales. Y es que estos grupos suelen contar con refugio en Estados débiles, desestructurados, incluso fallidos; aquellos, en definitiva, que no tienen capacidad para controlar de forma efectiva la totalidad de su territorio.

La proliferación de estos conflictos fue, precisamente, el desencadenante de que la comunidad internacional valorase la pertinencia de contar con una regulación específica que protegiese a los menores, no únicamente como población civil vulnerable dentro de un conflicto armado, sino de cara a impedir que se convirtieran en combatientes, en sujetos activos dentro de un conflicto armado y quedasen a merced del desarrollo de las hostilidades.

En este trabajo, analizaremos las distintas aristas que rodean a los menores como combatientes dentro de los conflictos armados: desde las dificultades de contar con una definición concreta que englobe la mayor parte de las

situaciones a las que se enfrentan estos menores, así como su regulación vigente en el ordenamiento jurídico internacional y las novedades que al respecto plantea la última sentencia de la Corte Penal Internacional.

2. El concepto de niño soldado y el interés superior del menor en el Derecho Internacional Humanitario

Como bien afirma Villasante, el fenómeno de los niños soldado es “la antítesis de la protección de los niños en la guerra” (2020, p. 42). Es por ello que la respuesta en forma de protección que debe dar el Derecho Internacional ante esa situación ha de ser lo más completa posible.

El artículo 77.2 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 (que después analizaremos) recoge una definición tipo de niño soldado como: “menor de 15 años que participa directamente en las hostilidades”. No obstante, sería cuanto menos limitado ligar el concepto de niño soldado a su estricta participación armada en un conflicto. Como se ha venido demostrando, la realidad de estos menores no está únicamente relacionada con su posición como soldados, es decir, con portar un arma, sino que, más allá de su participación activa en las hostilidades, han desarrollado otras actividades, especialmente peligrosas, que también habrían de estar amparadas por la regulación que engloba la categoría de “niño soldado”.

De este modo, se ha entendido como más completa la definición recogida por los Principios de Ciudad del Cabo de 1997⁽⁴⁾:

Toda persona menor de 18 años de edad que forma parte de cualquier fuerza armada regular o irregular en la capacidad que sea, lo que comprende, entre otros, cocineros, portadores, mensajeros o cualquier que acompañe a dichos grupos, salvo los familiares. La definición incluye a las niñas reclutadas con fines sexuales y para matrimonios forzados. Por consiguiente, no se refiere solo a un niño que lleva o ha llevado armas. Algunos niños y

(4) Estos Principios fueron auspiciados en un simposio por UNICEF y un conjunto de ONGs sobre la “prevención del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y la desmovilización y reintegración social de niños soldado en África”.



niñas pueden haber sido secuestrados o reclutados a la fuerza; a otros los ha impulsado a unirse a estos grupos la pobreza, los malos tratos y la discriminación, presión de la sociedad o de los compañeros, o el deseo de vengarse de la violencia ejercida contra ellos o sus familias⁽⁵⁾ (énfasis agregado).

Como bien apunta Ruth Abril, estos Principios carecen de fuerza jurídica vinculante para los Estados al ser un mero conjunto de recomendaciones políticas, orientadas a mejorar la protección de los menores en situaciones de conflicto armado. Empero, ofrece una definición que reivindica la protección de cualquier menor asociado con un grupo armado, independiente de si dentro de sus funciones está la de portar un arma. De hecho, a través de la expresión “forma(r) parte de cualquier fuerza armada regular o irregular” se incluiría en la definición de niño soldado (y, por tanto, objeto de protección) a cualquier menor de 18 años, independientemente de la función que realice dentro de unas fuerzas armadas regulares o irregulares (Abril, 2020, p. 158).

Pese a esta falta de vinculación jurídica, los Principios de Ciudad del Cabo sí cuentan con una alta autoridad política. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en el ya mencionado Caso 07 de la JEP. Como parte del proceso de definición de las acciones objeto de investigación, la JEP aludió en su auto de apertura (Auto 029 de 1 de marzo de 2019) que: “Para una primera aproximación al tema, la Sala acoge la noción amplia del reclutamiento que se halla en la Declaración de Principios de Ciudad del Cabo del 30 de abril de 1997” (p. 4). Afirmando que:

El Reclutamiento [sic] y utilización de niñas y niños en el conflicto armado no solo incluye las anteriores conductas⁽⁶⁾, sino que, de acuerdo con las reglas del derecho internacional humanitario y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, también otros comportamientos que pudieron haber puesto en riesgo la vida, la integridad física o psicológica y el desarrollo de niños y niñas, y que afectan sus derechos, a través del cumplimiento de funciones de apoyo, como por ejemplo, pero no exclusivamente, servir de correo, mensajero, cocinero; adelantar labores de espionaje o sabotaje; participar como señuelos, o en controles militares, o ser víctimas de situaciones reiteradas de abuso (p. 5).

Más allá de este estándar, de cara a poder completar qué vamos a entender por niño soldado dentro del Derecho Internacional, la adopción de la Convención de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, supuso un importante hito en la protección de los derechos de los menores. Amén de incluir una definición genérica de “niño”, en su artículo 1, como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”, este tratado internacional afianza el archiconocido principio del “interés superior del menor”, aplicable, según el párrafo 1 del artículo 3, “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”. De este modo, este principio nos obliga por tanto a tratar, aunque sea brevemente de cara a contextualizar todo el desarrollo posterior, su aplicación en los escenarios objeto de este trabajo: la participación de los menores en conflictos armados. Ello en aras de comprobar si este “interés superior del menor” va a afectar o, de algún modo, condicionar su protección dentro estos contextos.

Sin entrar al fondo del asunto por no apartarnos del tema central de este trabajo, sí que hemos de precisar que la aplicación del DIH en conflictos armados, pese a ser su situación de objetiva aplicación, no se realiza de forma ni exclusiva ni excluyente de otros regímenes jurídicos; es decir, el DIH debe convivir necesariamente con otras normas en estos ámbitos. Hablamos, por tanto, en palabras de Augusto Cançado Trindade de una “interacción normativa” en el campo de la protección de la persona humana (Cançado, 1997, p. 332). Así, toda la normativa del DIH ligada o referente a la infancia habría de “coordinarse obligatoriamente con el art. 3, párr. 1, de la Convención de 1989 (Salerno, 2020, p. 83).

De esta forma el principio de interés superior del menor (norma de DIDH), en una situación de conflicto armado, ha de completarse necesariamente con los principios propios del DIH, entre ellos, por ejemplo, el principio de distinción, que diferencia entre personal civil y combatientes; pudiendo solo estos últimos ser objetivos militares.

¿Dónde ubicamos entonces la posición de los niños soldado? En este sentido, como persona que participa en las hostilidades (más allá de que los Estados no hayan podido cumplir con su obligación de impedir que así sea), según afirma Salerno (2020), no se

(5) Sin subrayado en el original.

(6) Aquí la JEP se refirió a: “las acciones básicas de reclutamiento (esto es, la conscripción o el enrolamiento de personas a las filas de los actores armados); la inducción a integrar sus filas; el entrenamiento militar e, incluso, la obligación a participar con el empleo de las armas en las hostilidades” (p. 4).



puede (...) invocar el interés superior del niño para derogar el principio de distinción, impidiendo al combatiente que considere al menor como un objetivo militar legítimo si éste lleva uniforme o abraza abiertamente las armas (p. 93). Esto es, su participación armada y directa en el conflicto le despojaría de cualquier protección adicional como persona especialmente vulnerable, quedando a merced del conflicto.

No obstante, según prescribe el artículo 77 del Protocolo I, en caso de que “cayeran en poder la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra”. O lo que es lo mismo: su captura les devuelve su condición de personal especialmente vulnerable, volviendo a ser aplicable el interés superior del menor. En definitiva, es su participación armada (ya sea puntual o continuada) lo que anula la protección a la que tienen derecho como menores de 18 años. De ahí, que la normativa que a continuación se analizará tenga como objetivo prioritario evitar que ningún menor se convierta en combatiente.

3. Los niños soldado en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La normativa jurídica internacional en relación con los niños soldado abarca distintos escenarios: desde el DIH, hasta el DIP, pasando, evidentemente, por el DIDH. Antes de entrar en el análisis de la regulación jurídica internacional sobre este particular, es preciso subrayar que el estudio que se presenta a continuación queda encuadrado exclusivamente en aquella normativa que tiene como objetivo impedir el reclutamiento y alistamiento de menores en fuerzas armadas regulares o grupos armados no estatales. Más allá de esta normativa, encontramos una muy exhaustiva regulación acerca de la debida protección de la que deben disfrutar los menores en tiempo de conflictos armados como personal vulnerable, en la cual no entraremos pues desbordaría los márgenes marcados de este trabajo.

3.1. Derecho Internacional Humanitario

3.1.1. Los niños soldado como personal combatiente

Habiendo ya analizado la aplicación del principio del “interés superior del menor” dentro del DIH, hemos de definir a continuación su posición como “combatiente”, la cual está definida en los Protocolos Facultativos de 1977. Por un lado, dentro de los conflictos armados internacionales, por “combatientes” (y, por tanto, objetivos militares) consideramos, según el artículo 43 del Protocolo I, a “todo miembro de las fuerzas armadas”, exceptuando personal sanitario y religioso. Aquí por tanto interpretaremos que un miembro de las fuerzas armadas lo será cualquiera que pertenezca a sus cuerpos con independencia de la función que realice (limpieza, cocina,

logística, etc.). De esta forma, la mera pertenencia formal de un menor a las fuerzas armadas, sea en la condición que sea, le convierte en objetivo militar.

Por otro lado, dentro de los conflictos armados internos, el artículo 4 del Protocolo II no menciona quién será considerado combatiente, sino que los equipara a aquellos que “participen directamente en las hostilidades”, pudiendo ingresar en esta definición tanto el personal de las fuerzas armadas ya comentado, como aquellos miembros de los grupos armados no estatales que combaten al Estado. La principal distinción que sacamos de esta definición será que la simple pertenencia de un menor a las fuerzas armadas regulares le convierte directamente en combatiente y, por tanto, en objetivo militar; mientras que solo su participación directa en las hostilidades (entendiendo como tal una “función continua de combate”) hará que se le considere combatiente a aquellos que estén asociados a un grupo armado no estatal.

De este modo, a efectos de una correcta aplicación del principio de distinción, solo aquellos miembros de los grupos armados no estatales con una “función continua de combate” podrán ser catalogados como combatientes, no considerados, así, como personal civil objeto de especial protección. Es decir, independientemente de su pertenencia al grupo, será la función que realicen la que determine efectivamente su condición de combatiente. Según Nils Melzer (2010):

La función continua de combate no conlleva *de iure* que se tiene derecho al privilegio de combatiente, sino que distingue a los miembros de las fuerzas combatientes organizadas de una parte no estatal de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades solo de forma espontánea, esporádica o no organizada o que asumen funciones exclusivamente políticas, administrativas o cualquier otra función que no sea de combate (p. 34).

Por tanto, dentro del contexto de grupos armados no estatales solo una participación continuada, como parte directa en las hostilidades, otorgaría la condición de combatiente. Así, como bien ha aclarado Ruth Abril (2020):



Las niñas, sea como sea la forma en que se hayan vinculado al grupo armado, si son encargadas de logística, cocineras, cuidadoras o esclavas sexuales, por ejemplo, no se considerarán miembros de los grupos armados y estarán protegidas de ataques salvo cuando esporádicamente puedan ellas utilizar la fuerza y en el momento en el que lo hagan. Como tampoco lo serían, salvo que realicen actividades continuadas de combate, las niñas casadas por coerción directa o coyuntural o incluso, voluntariamente, con miembros de las fuerzas armadas, salvo que tengan funciones de combate continuas (p. 167).

3.1.2. Los niños soldado en los Protocolos Facultativos de 1977

Teniendo, por tanto, presente en qué situaciones los menores encajarán en la categoría de “combatientes”, pasaremos a continuación a analizar la normativa específica aplicable dentro del DIH a los niños soldado.

Nuestra primera referencia será necesariamente el artículo 77.2 del Protocolo I Facultativo a los Convenios de Ginebra de 1977⁽⁷⁾, dentro de la normativa aplicable a los conflictos armados internacionales:

Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años, pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

De esta primera referencia específica en el DIH, podemos las siguientes conclusiones:

- (i) Siguiendo el comentario al tratado realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la formulación “tomarán todas las medidas posibles” (“all feasible measures”) es un resultado directo de la reticencia de los Estados a no comprometerse a cumplir obligaciones absolutas en este particular. Según María Teresa Dutli, este precepto no ha de entenderse en ningún caso como una prohibición total, pues los Estados consideraron que no podían asegurar que menores no participasen de forma directa y espontánea en las hostilidades (2003, p. 5). Estamos, por tanto, ante una obligación de comportamiento, no de resultado (Gómez, 2000, p. 37). Es igualmente significativo la querencia de los Estados por incluir en esta disposición el principio de necesidad militar, esto es, la posibilidad de que los menores de 15 años puedan participar en conflictos armados cuando las circunstancias lo requiriesen (Gómez, 2000, p. 37). Esta decisión motivó la inclusión del término “posibles” en detrimento de la propuesta del CICR por “necesarias” (Sandoz, Swinarski

& Zimmerman, 1987, p. 936), que hubiese aumentado el rango de protección a los menores, al quedar incluidas un espectro más amplio de medidas exigibles.

- (ii) El artículo también deja abierta la puerta a una participación “no directa”. Según el propio CICR, por “indirecta” podemos entender acciones como la transmisión de información militar, el transporte de armas, munición o provisiones, etc. (Sandoz, Swinarski & Zimmerman, 1987, p. 936). En definitiva, la auténtica obligación que se desprende de este artículo es la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años. Sin embargo, la gran pregunta que podemos hacernos aquí se encuentra en qué interpretamos por “reclutar”, en el sentido de si dentro de esta acción incluimos solo el reclutamiento forzoso, o también existe la prohibición de no permitir un alistamiento voluntario.

A efectos de poder interpretar mejor el término “reclutar” dentro de estos contextos, las reglas generales de interpretación de los tratados contenidas en el art. 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, aluden al principio de buena fe “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin”. En efecto, son varios los autores que han interpretado que dentro del término “reclutar”, habría de incluirse necesariamente la acción del “alistamiento voluntario” debido al sentido corriente del término (Dutli, 2003, p. 5; Cohn & Goodwin, 1997, p. 62).

A contrario sensu, el hecho de que en el IV Convenio de Ginebra aparezca una separación entre “reclutamiento forzoso” y “alistamiento voluntario”⁽⁸⁾ parece inclinar la balanza por la interpretación que apunta a que los Estados deliberadamente decidieron omitir el término “alistamiento” dentro del artículo 77.2 para permitir de

(7) Normativa sobre la protección de menores en conflicto armado también la encontramos en los Convenios de Ginebra de 1949, concretamente en el Convenio IV como miembro de la población civil.

(8) Artículo 51: “La Potencia ocupante no podrá forzar a las personas protegidas a servir en sus fuerzas armadas o auxiliares. Se prohíbe toda presión o propaganda tendente a conseguir alistamientos voluntarios”.



esta manera la participación voluntaria de menores de 15 años (Van Bueren, 1994, p. 814), en lo que podríamos calificar de nuevo como una concesión en favor del principio de necesidad militar.

No obstante, podríamos precisar que como mejor modo de cumplir con el objeto y finalidad del tratado (proteger a población civil en un conflicto armado) y de cara a respetar el ya aludido interés superior del menor, sería más que conveniente la aplicación de la primera de las interpretaciones apuntadas. En este sentido, podemos aludir a la posición que al respecto ha mantenido el Tribunal Especial para Sierra Leona (primer tribunal internacional en condenar a los implicados en el reclutamiento y utilización de menores en conflicto armado), donde se consideró acerca de esta distinción que:

Es en cierto modo artificiosa. Atribuir a los niños menores de 15 años la capacidad de alistarse voluntariamente en las fuerzas o grupos armados, particularmente en un escenario de conflicto plagado de abusos de derechos humanos (...) es de un mérito cuestionable (Fiscal c. Fofana y Kondewa, 2008, párr. 192)⁽⁹⁾.

- (iii) La prohibición ya de participación, ya de reclutamiento se recoge para menores de 15 años⁽¹⁰⁾; con la salvedad de que, entre los menores de 15 y 18 años, los Estados deberán primar el reclutamiento de los mayores. Esta formulación fue apuntada de modo que recogiera la pretensión de algunos Estados de elevar la prohibición de reclutamiento por encima de los 15 años (Sandoz, Swinarski & Zimmerman, 1987, p. 901).

Pasando ahora al Protocolo II aplicable a los conflictos armados no internacionales, también encontramos una disposición referente a los niños soldado en su art. 4.3.c) “los menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”.

Sin duda estamos ante una regulación más estricta que la contenida en el Protocolo I. Teniendo presente lo ya comentado acerca de los puntos analizados anteriormente, baste con apuntar que al contrario de la letra del tratado anterior, la prohibición que se recoge en este artículo es absoluta e independiente de si se trata de una participación directa o indirecta, es decir, de si realizan actos de transmisión de información y similares a los que se anotaron anteriormente (Sandoz, Swinarski & Zimmerman, 1987, p. 1380). No obstante,

la falta de mención a los menores entre 15 y 18 deja vía libre a su participación en conflictos no internacionales.

3.2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Teniendo estos dos tratados como base de la regulación de este particular en el DIH, la falta de cumplimiento efectivo de su regulación impulsó su paso al campo del DIDH. Tal y como afirma Sonia Hernández:

[D]urante los años ochenta el incremento cada vez mayor de la participación de niños soldados en los conflictos armados de estos años no parecía reflejar un retroceso en esta práctica en respuesta a la aprobación de los Protocolos adicionales, sino que, por el contrario se fue instaurando como una táctica de guerra utilizada, tanto en el contexto de conflictos armados de carácter internacional, de tipo “clásico”, como el caso del conflicto entre Irán e Irak (1980-1988), como de conflictos armados internos o de luchas de liberación nacional, como los conflictos de El Salvador, Myanmar, Afganistán, Angola, Etiopía, Guatemala, Irán-Irak, Líbano, Perú, Nicaragua y Filipinas, entre otros (2017, p. 875).

Como ya se ha mencionado, la adopción de la Convención de Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 marcó un importante hito al convertirse en el principal instrumento internacional de referencia dentro de la protección de la infancia, codificando el Derecho Internacional vigente que hasta entonces aparecía de forma dispersa en normas convencionales y consuetudinarias de distintas áreas, como el DIDH, el Derecho Internacional de los refugiados y el DIH (Ojinaga, 2002, p. 63). Pese a la relevancia internacional con la que cuenta⁽¹¹⁾, para el ámbito de la participación de menores en conflictos armados el resultado de las negociaciones derivó en un artículo 38 (párrafos 2 y 3) con un alcance bastante limitado:

- (9) En este sentido también resulta interesante la reflexión de Kai Ambos: “¿Es realmente imposible pensar en una situación en donde un niño ‘voluntariamente’ se une a un grupo armado? ¿Y si pensáramos en el caso de un niño que desesperadamente necesita el pago que podría recibir por su servicio militar para pagar el tratamiento médico de algún miembro de su familia?” (2012, p. 23).
- (10) Algunas de las razones detrás de esta negativa de los Estados a elevar la prohibición a los 18 años, se encuentran en razones meramente políticas. Tal y como recoge Ann Shepard: “a military commander can easily pass off a 13-year old as 15-year old. However, a 13-year old cannot easily be mistaken for an 18-year old” (2000, p. 49).
- (11) A la fecha cuenta con 196 Estados parte, teniendo por tanto una aceptación casi universal.



2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

Se puede comprobar perfectamente que, en comparación con la ya analizada protección que brinda el Protocolo II (recordemos: ante cualquier forma de participación en el conflicto), estamos ante un paso atrás, siendo el literal de esta disposición idéntico al artículo 77 del Protocolo I, lo que en la práctica se traduce en aplicar el “estándar de protección más bajo para los niños soldado” (Gómez, 2000, p. 43). No amplía el rango de edad⁽¹²⁾, no prohíbe expresamente el alistamiento voluntario ni tampoco su participación indirecta. En efecto, debido a las grandes disputas que a este respecto se generaron en el seno de las negociaciones, varios Estados mostraron su descontento por el resultado final del artículo 38. Así, por ejemplo, España interpuso una declaración sobre esta disposición alegando que:

Spain, wishing to make common cause with those States and humanitarian organizations which have manifested their disagreement with the contents of article 38, paragraphs 2 and 3, of the Convention, also wishes to express its disagreement with the age limit fixed therein and to declare that the said limit appears insufficient, by permitting the recruitment and participation in armed conflict of children having attained the age of fifteen years.

Sin embargo, interesante es también mencionar el párrafo primero de este artículo, en el cual se realiza una remisión a “las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño”. Ello implica que, “ante casos dudosos”, sería aplicable, según Dutli, el artículo 4.3 del Protocolo II (1990, p. 422).

En este mismo sentido, no podemos dejar de anotar la existencia de cierta práctica progresiva (y garantista)

al respecto iniciada por el Comité sobre Derechos Niños (CDN) en su aplicación del artículo 38.3. Así, en sus observaciones finales a la República Democrática del Congo (uno de los Estados con más participación de menores en conflicto), el CDN estableció que este Estado debía revisar “su Código Penal a fin de tipificar como delito el reclutamiento de niños menores de 18 años”⁽¹³⁾ (CDN, 2017, CRC/C/COD/CO/3-5, párr. 48.b), cuando la obligación en la Convención prohíbe menores de 15.

Igualmente, en unas observaciones finales sobre Belice:

El Comité considera motivo de preocupación la propuesta del Estado Parte de fijar los 16 años como edad mínima para el reclutamiento en el ejército. El Comité recomienda que el Estado Parte revise su legislación para que concuerde con las disposiciones de la Convención. El Comité alienta además al Estado Parte a que establezca una edad mínima de reclutamiento y que la fije en 18 años y no en 16 (CDN, 1999, CRC/C/15/Add.99, párr. 14).

En efecto, fue el propio CDN, de hecho, uno de los que lideró la iniciativa dentro de la comunidad internacional para la elaboración de un protocolo facultativo a la Convención que modificara, entre otras deficiencias sin resolver, la edad permitida para la participación en conflictos armados.

Así, el CDN expresó su preocupación sobre este particular en el informe de su tercer período de sesiones presentado a la Asamblea General. En su anexo V afirmó que:

En muchas partes del mundo, los niños se ven profundamente afectados por conflictos armados y les resulta imposible disfrutar de

(12) A este respecto, es interesante la observación de Felipe Gómez Isa quien anota que, pese a que el artículo 1 de la Convención define “niño” como “todo ser humano menor de 18 años de edad”, la única excepción a esta regla general es el artículo 38, donde permite la participación en un conflicto armado de menores entre 15 y 18 años; en de las situaciones de mayor peligro (Gómez, 2000, p. 46). Es interesante el planteamiento de la Carta Africana sobre Derechos del Niño en este particular. En ella se define niño en el artículo 2 “ser humano menor de dieciocho años” y en el artículo 22 se contempla directamente: “Los Estados Parte en la presente Carta adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que ningún niño tome parte directamente en las hostilidades y, en especial, se abstendrán de reclutar a algún niño”.

(13) Además, consideró que: “Normalice los procedimientos de reclutamiento en el ejército e imparta capacitación a los oficiales para garantizar la coherencia y la eficacia de la verificación de la edad de los reclutas a fin de prevenir eficazmente el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas. A este respecto, el Estado parte debería distribuir ampliamente directrices para la verificación de la edad y dar instrucciones a los reclutadores para que, en caso de duda sobre la edad de una persona, esta no sea reclutada” (CDN, 2017, CRC/C/COD/CO/3-5, párr. 48.e). En este mismo sentido, en unas observaciones finales sobre Belice consideró: “El Comité considera motivo de preocupación la propuesta del Estado Parte de fijar los 16 años como edad mínima para el reclutamiento en el ejército. El Comité recomienda que el Estado Parte revise su legislación para que concuerde con las disposiciones de la Convención. El Comité alienta además al Estado Parte a que establezca una edad mínima de reclutamiento y que la fije en 18 años y no en 16” (CDN, 1999, CRC/C/15/Add.99, párr. 14).



sus derechos y libertades fundamentales. Son numerosos los casos en los que las partes en los conflictos armados no actúan de conformidad con las normas del derecho internacional humanitario (CDN, CRC/C/16, 1993, párr. 48).

En consecuencia, el CDN solicitó que Naciones Unidas emprendiera un “estudio de gran envergadura” sobre el problema de los niños soldados y, en concreto, que el Secretario General solicitara la colaboración de los organismos especializados de Naciones Unidas, ONGs y el CICR.

El fruto de este nuevo esfuerzo de la comunidad internacional cristalizó en la adopción el 25 de mayo del 2000 del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados. En este nuevo tratado internacional sí encontramos diferencias sustanciales en comparación con la Convención de 1989 y los Protocolos Facultativos ya comentados de 1977.

En primer lugar, en el artículo 1 se eleva finalmente la edad mínima a 18 años para participar “directamente en hostilidades”. Sin embargo, el artículo establece que los Estados deben “tomar todas las medidas posibles”: la misma formulación que fue utilizada en el Protocolo I. Esto implica, recordemos, seguir dejando cierta discrecionalidad a los Estados para que en las situaciones que estimen oportunas puedan permitir la participación de menores de 18 años. Tomar todas las medidas “posibles” no implica necesariamente una prohibición estricta y rotunda.

En segundo lugar, se prohíbe únicamente la participación directa. Esto es, al igual que ocurría con el Protocolo I, se deja la puerta abierta a una participación indirecta que pueda implicar otro tipo de actividades más allá de la meramente bélicas.

El tercer punto a destacar reside en el reclutamiento de los menores. El reclutamiento forzado antes de 18 años queda prohibido en el artículo 2. No hubo el mismo consenso para considerar lo propio con el alistamiento voluntario (Gómez, 2000, pp. 60 y ss). Debido a ello, el artículo 3 establece que los Estados deben elevar la edad de reclutamiento voluntario por encima de la establecida en la Convención de Derechos del Niño, es decir, los 15 años. Para ello, sin embargo, este artículo dispone que cada Estado parte deberá interponer “una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus

fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción”⁽¹⁴⁾. De su lado, el párrafo 3 de este artículo concreta las salvaguardias que hay que cumplir para determinar que el alistamiento de menores de 18 años es auténticamente voluntario⁽¹⁵⁾.

En último lugar, al contrario de la obligación aplicable a los Estados, el artículo 4 contiene una prohibición genérica para grupos armados no estatales, los cuales deben abstener de reclutar o utilizar menores de 18 años en hostilidades.

Como corolario a este último avance en el campo del DIDH, ciertamente este Protocolo facultativo resulta una mejora evidente, aunque no definitiva, a la hora de reforzar las obligaciones de los Estados. Su simple adopción responde a una preocupación sincera de la comunidad internacional. Sin embargo, no deja de ser alarmante la aparición de ciertas deficiencias que se han ido constatando con el transcurso del tiempo; muchas de ellas relacionadas, todavía, con la edad. Así, por ejemplo, en sus observaciones finales a Israel sobre la implementación del Protocolo, el CDN mostró su preocupación por:

Al Comité le preocupa que en la definición del niño que figura en la legislación israelí se siga estableciendo una discriminación entre los niños israelíes (menores de 18 años) y los niños palestinos de los territorios palestinos ocupados (menores de 16 años) de acuerdo con la Orden Militar N° 132 (CDN, CRC/C/OPAC/ISR/CO/1, 4 de marzo de 2010, párr. 8).

O, por otro lado, la falta de tipificación del delito de reclutamiento de menores. Por ejemplo, sobre Arabia Saudí:

- (14) En el caso de España, por ejemplo: “For the purposes of the provisions of article 3 of the Protocol, Spain declares that the minimum age for voluntary recruitment into its armed forces is 18 years”. Pero, por ejemplo, en el caso de Estados Unidos (que es parte del Protocolo Facultativo del 2000 pero no de la Convención de 1989): “the minimum age at which the United States permits voluntary recruitment into the Armed Forces of the United States is 17 years of age”. O el caso del Reino Unido: “The minimum age at which individuals may join the UK Armed Forces is 16 years. This minimum broadly reflects the minimum statutory school leaving age in the United Kingdom, that is the age at which young persons may first be permitted to cease full-time education and enter the full-time employment market. Parental consent is required in all cases of recruitment under the age of 18 years”.
- (15) Estas son: a) Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario; b) Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal; c) Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar; d) Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.



El Comité lamenta que la legislación del Estado parte no penalice explícitamente el reclutamiento y la utilización de niños en hostilidades por las fuerzas armadas, grupos armados no estatales o empresas privadas de seguridad. Al Comité le preocupa también que el reclutamiento de niños menores de 15 años de edad no esté tipificado como crimen de guerra en la legislación del Estado parte (CDN, CRC/C/OPAC/SAU/CO/1, 31 de octubre de 2018, párr. 28).

4. La Corte Penal Internacional y últimos desarrollos

Uno de los avances más notables en cuanto a la responsabilidad por reclutamiento de menores y su participación en conflictos armados se dio con la adopción del Estatuto de Roma. En él, contamos con dos artículos que específicamente califican como crímenes de guerra (artículo 8) el reclutamiento o alistamiento de menores, diferenciando entre conflictos internacionales e internos.

En el primero de ellos (artículo 8.b.xxvi), se tipifica el reclutamiento o alistamiento de “menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”. Dentro del desarrollo de este artículo en los Elementos de los Crímenes del Estatuto, se recogen 5 precisiones que habrá que tener en cuenta:

- Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en las fuerzas armadas nacionales o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades⁽¹⁶⁾.
- Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años⁽¹⁷⁾.
- Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
- Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Dentro de los conflictos internos, (artículo 8.e.vii), se tipifica: “Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”. Los Elementos de los Crímenes recogen precisiones prácticamente idénticas:

- Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
- Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.
- Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
- Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La principal diferencia que puede apreciarse en cuanto a ambos artículos es la precisión de que, dentro de los conflictos internacionales, se tipifica simplemente el reclutamiento en las fuerzas armadas “nacionales”; detalle que desaparece para conflictos armados internos, completándose aquí el artículo con la expresión “grupos”. De este modo, siguiendo a Sonia Hernández, al basarse el artículo 8.b en exclusiva en las fuerzas armadas “nacionales”, se excluye de responsabilidad a quienes recluten o usen menores para grupos no estatales en estos conflictos como los movimientos de liberación nacional (2017, p. 878).

La práctica de la Corte Penal Internacional a este respecto ha sido amplia. Ya en su primera sentencia (14 de marzo de 2012)⁽¹⁸⁾ se encontró culpable a Thomas Lubanga Dyilo por el reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años y su utilización en conflicto armado. La CPI definió perfectamente el contenido de esta ofensa, alegando que el reclutamiento, alistamiento y utilización constituyen tres actos independientes⁽¹⁹⁾ y

(16) Desaparece, por tanto, la diferenciación entre ambas acciones, prohibiéndose ambas.

(17) Dentro de la Conferencia Diplomática de Roma para la negociación del Estatuto, la delegación española intentó, sin éxito, elevar la edad a 18 años (Villasante, 2020, p. 59).

(18) Para un análisis sobre las reparaciones de la CPI a este caso, véase López, A. (2013).

(19) “Bearing in mind the use of the word ‘or’ in Article 8(2)(e)(vii), in the Chamber’s view the three alternatives (viz. conscription, enlistment and use) are separate offences. It follows that the status of a child under 15 who has been enlisted or conscripted is independent of any later period when he or she may have been ‘used’ to participate actively in hostilities, particularly given the variety of tasks that he or she may subsequently be required to undertake” (ICC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, párr. 609).



ahondó en que el consentimiento de un menor de 15 años no puede ser tenido en cuenta para permitir su alistamiento en un grupo armado, debido a que carece de un conocimiento pleno de las consecuencias de tal acción⁽²⁰⁾.

Por otro lado, también es interesante la interpretación que la CPI hizo sobre qué ha de ser considerado una “participación activa” en las hostilidades. Sobre este particular afirmó que:

The use of the expression “to participate actively in hostilities”, as opposed to the expression “direct participation” (as found in Additional Protocol I to the Geneva Conventions) was clearly intended to import a wide interpretation to the activities and roles that are covered by the offence of using children under the age of 15 actively to participate in hostilities (ICC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, párr. 627).

Así, la CPI concluyó que la “participación activa” implicaría tanto una participación directa como indirecta en las hostilidades. Esto es, como ya hemos analizado, actividades más allá de la acción armada, pero que en cualquier caso han de tener conexión con el conflicto armado (ICC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, párr. 628). Similar, por tanto, a lo ya comentado sobre la definición recogida por los Principios de Ciudad del Cabo.

Teniendo este desarrollo como base necesaria, el pasado 4 de marzo de 2021 la CPI adoptó su más reciente sentencia en relación con el reclutamiento, alistamiento y utilización de niños soldado. En ella encontró culpable a Dominic Ongwen de reclutamiento y utilización de niños soldado en el contexto de Uganda y fue condenado en sentencia de 6 de mayo de 2021 a 25 años de prisión. Sin embargo, la peculiaridad de este caso no reside únicamente en la gravedad de los hechos probados, sino en que fue la primera ocasión en la que la CPI juzga a un antiguo niño soldado. Dominic Ongwen fue reclutado con 9 años por el Lord’s Resistance Army (LRA), liderado por Joseph Kony (del cual aún hoy existe una orden de detención vigente por doce cargos de crímenes de lesa humanidad⁽²¹⁾ y fue, posteriormente, ocupando cargos de mayor responsabilidad dentro del grupo hasta llegar a ser comandante de la brigada Sinia. Fue por sus competencias derivadas de esta posición por la cual Dominic Ongwen fue juzgado y hallado culpable de 61 cargos entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005.

Los debates abiertos alrededor de este caso han sido numerosos, pues plantean varias e interesantes aristas de inevitable aborde, entre ellas: ¿es la experiencia sufrida por un niño soldado (con todo lo que ello implica) suficiente para ser considerada como una causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal cuando los hechos imputados fueron cometidos siendo la persona ya adulta?⁽²²⁾

La pertinencia de esta duda es más que evidente, pues, más allá del artículo 78 del Estatuto de Roma⁽²³⁾, no puede pasar desapercibido que el desarrollo social y educativo de un niño queda quebrado en cuanto entra en contacto con un grupo armado y con todo el ambiente que le rodea: violencia constante, ausencia de familiares cercanos e interrupción de su educación. Todo este entorno fue utilizado por la defensa de Ongwen para pedir la exención de su responsabilidad penal por dos motivos: enfermedad o deficiencia mental y coacción (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2248). Es decir, no se planteó que la “experiencia de un niño soldado”, de un modo genérico, habría de ser causa de exención per se, sino si las secuelas que dejó en el caso concreto de Ongwen, y su experiencia particular, pudieran ser consideradas dentro de los motivos de exención de la responsabilidad recogidos en el Estatuto de Roma.

En cuanto a la consideración de la situación aludida como eximente de la responsabilidad penal, en virtud del artículo 31.1.a) del Estatuto, la CPI determinó que no quedó probado el hecho de que el acusado sufriera una enfermedad o deficiencia mental “en el momento de incurrir en una conducta”; lo que hacía imposible la exención de responsabilidad por este motivo (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2580).

(20) “The Chamber endorses the conclusions of the expert witnesses, in the sense that it will frequently be the case that girls and boys under the age of 15 will be unable to give genuine and informed consent when enlisting in an armed group or force (...) the consent of a child to his or her recruitment does not provide an accused with a valid defence” (ICC, ICC-01/04-01/06, 14 marzo 2012, párrs. 613 y 617).

(21) Véase en <https://www.icc-cpi.int/uganda/kony>.

(22) Hemos de precisar que en virtud del artículo 26 del Estatuto de Roma, la CPI solo puede juzgar a mayores de 18 años. Por lo tanto, todo este debate queda enmarcado dentro de la posibilidad de juzgar a adultos que fueron antiguos niños soldado.

(23) “Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. Sin énfasis en el original.



En cuanto al segundo (artículo 31.1.d del Estatuto), la defensa planteó que Ongwen “was under a continuing threat of imminent death and serious bodily harm from Kony and his controlling, military apparatus” (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2586)⁽²⁴⁾. No obstante, la CPI tampoco consideró aplicable este eximente debido, entre otras razones, a la posibilidad que el acusado tenía de poder escapar del grupo⁽²⁵⁾ y a la potestad que ostentaba, en virtud de su posición, de poder tomar sus propias decisiones de forma unilateral. Es decir, según el tribunal, debido al alto rango que ocupaba Ongwen en el LRA⁽²⁶⁾, no siempre obedecía las órdenes de Joseph Kony, pues su relación no se correspondía con una situación de dominación de este sobre aquel o de amenaza de muerte inminente (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párrs. 2593-2597). En definitiva:

The Chamber finds that Dominic Ongwen was not in a situation of complete subordination vis-à-vis Joseph Kony, but frequently acted independently and even contested orders received from Joseph Kony. The evidence indicates that in the period of the charges, Dominic Ongwen did not face any prospective punishment by death or serious bodily harm when he disobeyed Joseph Kony (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2668).

De todo lo anterior se desprende que la CPI no entendió, en este caso concreto, que la experiencia vivida por Dominic Ongwen entrara dentro de las causas de exención de la responsabilidad penal.

Pasando a su consideración como atenuante, la cual fue objeto de discusión en la sentencia de determinación de la pena de 6 de mayo de 2021, es necesario precisar que la CPI entendió que “the fact of having been (or being) a victim of a crime in any case does not constitute, in and of itself, a justification of any sort for the commission of similar or other crimes” (ICC, ICC-02/04-01/15, 6 de mayo de 2021, párr. 69). No obstante, la CPI sí consideró que su historia personal podría tener influencia a la hora de determinar la pena (ICC, ICC-02/04-01/15, 6 de mayo de 2021, párr. 70). Hablamos de una persona nacida en 1978 y que fue reclutada por el LRA en 1987.

A este respecto, la CPI afirmó que:

(I)t is evident to the Chamber that Dominic Ongwen’s abduction at the age of around nine years and subsequent early years in the LRA brought to him great suffering, and led to him missing out on many opportunities which he deserved as a child. In this

regard, the Chamber notes, (...) that at a peace negotiation meeting at Palabek around 2004 Dominic Ongwen threatened to kill people, repeatedly stating that his education had been interrupted. It is clear that Dominic Ongwen suffered following his abduction into the LRA, even though – as found in the Trial Judgment – this trauma did not lead to a mental disease or disorder and had no lasting consequences from that viewpoint. (...) Dominic Ongwen’s personal history and circumstances of his upbringing, since his young age, in the LRA – in particular his abduction as a child, the interruption of his education, the killing of his parents, his socialisation in the extremely violent environment of the LRA – must be given a certain weight in the determination of the length of each individual sentence (ICC, ICC-02/04-01/15, 6 de mayo de 2021, párrs. 83 y 87).

Más allá de que los antecedentes de Dominic Ongwen sirvieran como atenuante para los crímenes imputados, concretamente en un tercio del total, la CPI consideró que, para el caso concreto de determinar la pena por los actos de reclutamiento al LRA de menores de 15 años, la experiencia del acusado, al haberla vivido él mismo y ser, por tanto, consciente del sufrimiento que causa, se convierte en agravante:

The Chamber recalls that Dominic Ongwen himself had in the past been a victim of the same crime, having been abducted as a child and integrated as a fighter into the LRA ranks. He himself described the great suffering of the children abducted by the LRA, when providing an account of his own experience – an experience which the Chamber, as explained, has in fact acknowledged and significantly taken into account as a relevant mitigating circumstance for the purpose of the entirety of this decision and all the 61 crimes that he committed. At the same time, in discussing specifically the crime under Counts 69 and 70, it cannot go unnoticed that Dominic Ongwen, despite well aware of such suffering which he himself had been subjected to several years

(24) Concretamente, la defensa planteaba para sustentar esta eximente que: “the threat which caused Dominic Ongwen to engage in the conduct underlying the charged crimes originated in Joseph Kony’s control of the LRA, which Joseph Kony allegedly maintained through a combination of strict disciplinary rules which severely punished non-compliance with orders, the tight supervision of commanders, and successful assertion of spiritual Powers” (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2586).

(25) La CPI arguyó que: “There is also overwhelming evidence that during the period relevant to the charges, persons of relatively high rank and position in the LRA successfully escaped, including some proximate to Dominic Ongwen” (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2621).

(26) Se argumentó que la posición de Dominic Ongwen como niño soldado dentro del LRA no era objeto de discusión en el presente caso, sino sus acciones una vez cumplió la mayoría de edad y contaba con rango suficiente para tomar decisiones que son las que se estaban juzgando (ICC, ICC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2592).



earlier and fully appreciating its wrongfulness, did nothing to spare similar experiences to other children after him, but, on the contrary, willfully sustained and contributed to perpetuate the systemic, methodical and widespread abduction, integration and use as fighters of large number of children by the LRA (ICC, ICC-02/04-01/15, 6 de mayo de 2021, párr. 370).

En definitiva, la argumentación presentada por la CPI considera un atenuante para la determinación de la pena haber sido niño soldado. Sin embargo, el mismo hecho se convierte a su vez en agravante en el caso específico de haber contribuido a su comisión, esto es: reclutar niños y utilizarlos en conflicto armado. O lo que es lo mismo: independientemente de que conociera de primera mano los resultados y consecuencias de su acción (pues los sufrió en el pasado), siguió en su determinación de cometerla.

Más allá de que podamos comulgar o no con este argumento, lo que sí que deberá demostrar la CPI es que la que aplicación de este agravante a este caso concreto no ha sido por un motivo arbitrario, sino que lo va a seguir aplicando recurrentemente. En caso contrario, difícil sería justificar que solo en situaciones de reclutamiento y utilización de menores en conflicto, no en otros, es aplicable como agravante el hecho de haber cometido un crimen habiendo sido anteriormente víctima del mismo.

5. Reflexiones finales

La realidad de los niños soldado es seguramente una de las consecuencias más graves que la pobreza y la desigualdad dejan tras sí. Una realidad que solo la voluntad de los Estados puede ayudar a paliar.

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar como ciertos Estados son todavía reticentes a endurecer y blindar sus compromisos internacionales en la materia, de forma que ningún menor de 18 años tenga posibilidad alguna de participar ni directa ni indirectamente en un conflicto armado. Y que su reclutamiento, o permitir su alistamiento, sea considerado un delito en la legislación interna de cualquier Estado.

La utilidad militar de los menores para el desarrollo de ciertas tareas en conflictos, cuando no de su participación directa en las hostilidades, permitida, como hemos visto, por la normativa internacional vigente en la materia, ha ido solidificando una ventana que está permitiendo que en determinadas situaciones los menores puedan intervenir en conflictos armados. Un agujero que parece cada vez más sólido y que en ciertas ocasiones hace las veces de excusa para los Estados, permitiendo que menores de 18 años se vean expuestos a peligros extremos. Una edad, no olvidemos, en la que los seres humanos, según el Derecho Internacional, son definidos como niños.

Las buenas noticias, si es que puede servir de consuelo, vienen desde La Haya, donde poco a poco encontramos una jurisprudencia más sólida que, esperemos, pueda servir, no ya solo como ejemplo a los Estados de cómo ha de lidiarse con este particular, sino como mecanismo de prevención. Solo un cumplimiento escrupuloso de la legalidad internacional, sin perder de vista la necesidad de su endurecimiento, y una férrea persecución en caso de incumplimiento, puede hacer que esta situación llegue a revertirse. Sin embargo, no hemos de olvidar el modo en el cual hemos comenzado este trabajo: estamos ante una realidad con raíces muy complejas donde el derecho, por él mismo, no lo podrá todo.

Referencias bibliográficas

- Abril, R. (2020). ¿Niñas soldado o niñas asociadas a las fuerzas armadas? Reclutamiento, vínculo y labores como elementos claves para determinar su status y proceso de desvinculación. En M. Pérez (dir.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio interdisciplinar desde la perspectiva de los Derechos Humanos* (pp. 155-180). Aranzadi.
- Aldekoa, X. (2020). La selva de los niños que matan. *Revista 5W*. <https://www.revista5w.com/temas/conflictos/la-selva-de-los-ninos-que-matan-8109>
- Ambos, K. (2012). El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 1-47.
- Cançado, A. (1997). Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias. *Estudios Internacionales*, 30(119-120), 321-349. <https://www.jstor.org/stable/41391583>
- Cohn, I. & Goodwin-Gill, G. (1997). *Los niños soldado*. Fundamentos.
- Dutli, M. (2003). La protección de los niños en los conflictos armados, en particular la prohibición de la participación de los niños en las hostilidades y el régimen jurídico aplicable. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/67mh59.htm>
- Gómez Isa, F. (2000). *La participación de los niños en los conflictos armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Universidad de Deusto.



Hernández, S. (2017). La protección especial del niño en el Derecho Internacional Humanitario. En J. Rodríguez-Villasante y Prieto & J. López (coords.) *Derecho Internacional Humanitario* (pp. 867-880). Tirant lo Blanch.

López, A. (2013). Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012. *Revista Española de Derecho Internacional*, LXV(2), 209-226.

Melzer, N. (2010). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Comité Internacional de la Cruz Roja.

Ojinaga, M. (2002). Niños soldados: comentarios al protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. *Revista Española de Derecho Militar*, 80, 41-103.

Rodríguez-Villasante y Prieto, J. (2011). La protección del niño en los conflictos armados por

el Derecho Internacional Humanitario. Los niños soldados. *AFDUAM*, 15, 217-239.

Rodríguez-Villasante y Prieto, J. (2020). Hacia un sistema eficaz para la protección integral de la infancia en los conflictos armados. Las aportaciones del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal. En M. Pérez (dir.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio interdisciplinar desde la perspectiva de los Derechos Humanos* (pp. 31-70). Aranzadi.

Salerno, F. (2020). El interés superior del niño en el derecho de los conflictos armados. En M. Pérez (dir.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio interdisciplinar desde la perspectiva de los Derechos Humanos* (pp. 71-98). Aranzadi.

Sandoz, Y., Swinarski, C. & Zimmerman, B. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. International Committee of the Red Cross - Martinus Nijhoff Publishers.

Secretario General de Naciones Unidas. (2021, 6 de mayo). *Los niños y los conflictos armados*, Doc. A/75/873.

Shepard, A. (2000). Child Soldiers: Is the Optional Protocol evidence of an emerging *Straight -18* Consensus?. *The International Journal of Children's Rights*, 8(1), 37-70. 