

**DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISTINCION
DEL DIH A MENORES MILITANTES EN GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS**



JUAN SEBASTIAN ALVAREZ HERRERA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:

ABOGADO

DIRECTOR

Dr. SERGIO TRUJILLO FLORIAN

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

2020

Tabla de contenido

RESUMEN	4
Palabras clave	4
ABSTRACT	4
Keywords	5
Introducción	6
1. Bases conceptuales	10
1.1 Derecho Internacional Humanitario:	10
1.1.1 DIH para la corte constitucional colombiana:	11
1.2 Niños, niñas y adolescentes:	13
1.3 Persona protegida:	15
1.3.1 Cuarto (IV) convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.	16
1.3.2 Población civil y persona protegida para la Corte Constitucional colombiana.	18
1.4 Reclutamiento forzado:	21
1.4.1 Desarrollo normativo y jurisprudencial nacional.	23
1.4.2 Desarrollo normativo Internacional.	28
2. Conflicto armado: características y clases	34

2.1 Conflicto armado internacional:	35
2.2 Conflicto armado no internacional:	37
3. Protección especial del menor	45
3.1 Desarrollo normativo y jurisprudencial Nacional.	45
3.2 Desarrollo normativo Internacional.	50
4. El principio de distinción del DIH	56
4.1 El principio de distinción para la Corte Constitucional Colombiana.	60
DISCUSIÓN	64
CONCLUSIONES	68
Referencias	74
Jurisprudencia:	79

RESUMEN

La aplicación del DIH en las confrontaciones armadas en el territorio nacional permite preguntarse ¿Cuáles son las dificultades de las Fuerzas Militares Estatales Colombianas para la distinción de los menores inmersos en confrontaciones armadas como combatientes o personas protegidas? El objetivo es describir las dificultades que tienen los miembros de las fuerzas militares, en el desarrollo de confrontaciones armadas, de distinguir entre combatientes o personas protegidas a los menores de edad que militan en los grupos armados organizados ilegales. Se propone el análisis de la protección que tienen los menores antes, durante y después de una confrontación armada, mediante el método de investigación documental interpretativo de la información obtenida de textos, jurisprudencia y artículos de organismos internacionales. La conclusión principal es que los menores por su condición de sujetos de especial protección deberán ser considerados en todo momento y en toda circunstancia por las fuerzas militares estatales como personas protegidas sin importar su participación en las hostilidades.

Palabras clave

Conflicto armado, protección especial del menor, principio de distinción, persona protegida.

ABSTRACT

The application of IHL in armed confrontations in the national territory raises the question of what are the difficulties of the Colombian State Military Forces in distinguishing children immersed in armed confrontations as combatants or protected persons? The objective is to describe the difficulties that members of the military have in developing armed confrontations, to distinguish between combatants or protected persons minors who are members of illegal organized armed groups.

The analysis of the protection that minors have before, during and after an armed confrontation is proposed, through the method of documentary investigation interpretive of the information obtained from texts, jurisprudence and articles of international organizations. The main conclusion is that minors, due to their status as subjects of special protection, be affected at all times and in all circumstances by the military forces, as protected persons regardless of their participation in hostilities.

Keywords

Armed conflict, special protection for children, principle of distinction, protected person.

Introducción

Este trabajo tiene como objetivo describir las dificultades que tienen las fuerzas militares estatales, aplicando completa y firmemente el principio de distinción determinado en el Derecho Internacional Humanitario, al enfrentarse durante una confrontación armada a niños, niñas o adolescentes combatientes y participes en grupos armados organizados ilegales.

El planteamiento y desarrollo de este proyecto tiene fin dar respuesta a el interrogante que fundamenta y da forma al objetivo principal: ¿Cuáles son las dificultades de las Fuerzas Militares Estatales Colombianas para la distinción de los menores inmersos en confrontaciones armadas como combatientes o personas protegidas?

Colombia es uno de los países que ha sostenido confrontaciones armadas por un tiempo muy prolongado; estas confrontaciones en Colombia se han extendido durante años; sobre estas confrontaciones tanto el derecho internacional público, específicamente el derecho Internacional Humanitario, así como el derecho interno se han encargado de regular y controlar las hostilidades que se presentan en el desarrollo de las mismas, esto con el fin de disminuir el impacto que tiene en la población civil, población que no participa en las hostilidades, y en los mismos combatientes de las fuerzas armadas ilegales. Sin embargo, la violación del derecho interno, así como del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos, es cada vez mayor, ampliando el número de víctimas a través de los años.

La presencia de menores en confrontaciones armadas es un fenómeno, o más bien un hecho, que se ha venido presentando durante años, sin embargo, este fenómeno ha ido en un aumento considerablemente alto, obligando a las fuerzas militares a evaluar los efectos que pueden llegar a tener las acciones militares y las acciones subversivas para la vida y bienestar de estos menores.

El reclutamiento de menores constituye uno de los más comunes crímenes de guerra ejecutado en el territorio nacional; en esencia, el reclutamiento de menores conlleva a la integración de niños, niñas y adolescentes a las filas armadas de los Grupos Armados Organizados ilegales (GAO), lo que representa una vulneración de todos los derechos de este y, por consiguiente, la limitación al desarrollo social, psicológico, económico, educativo, emocional entre otros, del menor reclutado en las filas de los GAO; desafortunadamente esta una conducta delictiva muy recurrente en el territorio colombiano y ha dejado atrás millones de niños, niñas y adolescentes muertos, siendo víctimas de abuso y otras situaciones aún peores, sin mencionar el impacto que esto tiene para las familias, donde hay madres, padres, hermanos y otros familiares que esperan impacientes a que sus hijos o hijas regresen del conflicto.

En el año 2019, en el territorio colombiano se vivió un momento de gran conmoción para la población nacional, al enterarse del fallecimiento de al menos ocho menores de edad en un operativo militar desplegado en septiembre del mismo año en la zona de San Vicente del Caguan, en el departamento del Caquetá.

Si bien la participación de menores en el conflicto es una conducta tristemente usual para la población colombiana, el hecho de que se hayan perdido la vida de estos pequeños en un operativo militar desplegado por el ejército Nacional, en coordinación con las centrales de inteligencia nacionales y otros organismos gubernamentales y de las Fuerzas Militares Colombianas, y que haya sido el armamento del ejército nacional el que ultimó a los menores, generó un gran rechazo por gran parte de la población, pues, consideran estos, que por ningún motivo y ninguna circunstancia puede dirigirse un ataque directo contra un menor de edad, sin importar la condición, posición o la calidad que este tenga dentro del Grupo Armado organizado; sin embargo otra parte poblacional considera firmemente que el accionar del Ejército Nacional fue adecuado y necesario, y que estos menores representaban un riesgo y un peligro para la sociedad como combatientes del GAO al que hacían parte.

Diversas controversias jurídicas y políticas se han desatado acerca de la calificación de los menores quienes participan en las confrontaciones armadas y que hacen parte de un Grupo Armado Organizado ilegal, sobre la aplicación del principio de distinción sobre estos combatientes y las acciones que deben ser tomadas con el fin de lograr el objetivo sin vulnerar ni violar ningún derecho de la población civil, de los objetivos militares y de las otras partes.

Por lo tanto, el cuerpo del trabajo se estructurará en dos grandes partes: El estado del arte y El marco teórico.

En el capítulo primero se desarrollará el estado del arte abordando conceptos esenciales para la comprensión del objetivo que se pretende describir, esto con el fin de contextualizar al lector sobre los términos, conceptos e ideas que se estarán tratando durante el desarrollo del presente trabajo.

El segundo capítulo responderá al primer objetivo específico que corresponde definir las condiciones de un conflicto armado, sus condiciones y los elementos para ser considerado como tal. Por lo tanto, se abordará el conflicto armado conflicto armado, entendiendo el escenario en el que las hostilidades o confrontaciones armadas toman lugar y se explicará la diferencia entre un conflicto armado internacional e interno y sus características, con el fin de contextualizar al lector en el escenario del cual se está refiriendo el texto.

El tercer capítulo responderá al segundo objetivo específico en el cual corresponde analizar la condición de menor como persona de especial protección en el desarrollo de una confrontación armado. Por lo tanto, en este capítulo se comentará la calidad de persona protegida durante una confrontación armada, sus características y la normatividad que ha regulado esta calidad de quienes se ven envueltos en medio del conflicto; adicionalmente se analizará la protección especial que ostenta el menor, su desarrollo normativo tanto nacional como internacional y la posición de la comunidad internacional con respecto a la presencia de los

menores en los conflictos armados; con esto se busca resaltar la condición favorable del menor ante la en el desarrollo del conflicto armado.

En el cuarto capítulo abordará el tercer objetivo específico el cual corresponde determinar el alcance e importancia del principio de distinción en el marco de una confrontación armada. Por lo tanto, se analizará el principio de distinción establecido por el Derecho Internacional Humanitario como elemento principal y requisito sine qua non para la calificación de los participantes y combatientes en una confrontación armada. Este principio es de gran importancia en atención a que, sin su debida aplicación, podría estar vulnerándose tanto el derecho interno como el derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos.

Por último, se discutirá y se plasmaran las conclusiones finales. En la discusión se reflexiona de forma analítica la posición de los miembros de las fuerzas militares en la aplicación del principio de distinción cuando se realicen confrontaciones armadas con menores militantes de grupos armados ilegales. Por lo tanto, se concluye que debido a la protección especial que ostentan los menores, se deben distinguir a estos como personas protegidas/población civil, antes, durante y después de la confrontación.

1. Bases conceptuales

El presente capítulo está dividido en cuatro partes, la primera parte tiene como finalidad examinar la información general sobre el Derecho Internacional Humanitario, sus fuentes jurídicas y lo determinado por la Corte Constitucional Colombiana al respecto de este marco normativo. La segunda parte, pretende exponer el concepto de niño, niña y adolescente. La tercera parte se encarga de mencionar el concepto de persona protegida y sus cualidades. Por último, se realiza un estudio normativo y jurisprudencial sobre el delito del reclutamiento forzado siendo este la principal causa de la participación de los niños, niñas y adolescentes en las confrontaciones armadas.

1.1 Derecho Internacional Humanitario:

El Derecho Internacional Humanitario es el conjunto normativo de origen consuetudinario o convencional cuyo objetivo no es buscar prohibir ni permitir la guerra o el desarrollo de hostilidades, sino que su objeto es humanizar y regular los conflictos armados y las confrontaciones armadas, con el único fin de civilizar y limitar sus efectos para las partes a lo estrictamente necesario para conseguir un objetivo, sin sobrepasar ciertos límites que enmarcan la crueldad en las acciones. Para esto, se han determinado ciertos principios y normas que resaltan sobre las demás, como el principio de humanidad, de limitación, de distinción, entre otros.

Según lo expuesto por el CICR en su artículo ¿Qué es el derecho Internacional humanitario?:

“El derecho internacional humanitario (DIH) es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. El DIH suele

llamarse también "derecho de la guerra" y "derecho de los conflictos armados". (CICR, 2004)

El Derecho Internacional Humanitario tampoco es el encargado de regular cuando determinar la existencia de un conflicto armado, sea internacional o interno, o si es pertinente el uso del recurso de la fuerza armada; su función principal es regular las acciones que se desarrollen durante los conflictos, buscando proteger a las víctimas de los conflictos armados, así como a los combatientes que se enfrentan en confrontaciones armadas. Sin embargo, la naturaleza consuetudinaria de este conjunto normativo genera una obligatoriedad de su adopción y aplicación por parte de todos los estados, así estos no hayan ratificado los tratados internacionales, y también por parte de los grupos insurgentes o armados organizados ilegales que, en el marco de las hostilidades, sostengan confrontaciones armadas con las fuerzas estatales.

1.1.1 DIH para la corte constitucional colombiana:

La Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia C-225 de 1995, ha explicado de forma muy concisa que es el DIH y sus fuentes jurídicas, adicionalmente, determina la importancia para la normatividad interna la aplicación de esta normatividad internacional y su obligatoriedad.

El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y

jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens. (...) Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.

Mas adelante, en la misma sentencia la Corte, como conclusión de su explicación de la naturaleza del DIH, resalta de nuevo la obligatoriedad de la aplicación y respeto de esta normatividad tanto por los estados, quienes pueden o no haber ratificado los tratados que contienen las regulaciones del DIH, como también los grupos armados organizados ilegales quienes en el marco de conflictos internos, también están obligados a respetar, acatar y aplicar este marco normativo sin importar si están o no de acuerdo con sus disposiciones.

“Todo lo anterior permite entonces concluir que la obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que -se repite- la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.”

En conclusión, el objetivo principal del Derecho Internacional humanitario es regular las hostilidades o acciones que se desarrollan en el transcurso de un conflicto o confrontación armada, con el objetivo de limitarlos y regularlos para garantizar la humanización en estos y evitar la existencia de actos violentos contrarios a lo dispuesto por esta normatividad.

1.2 Niños, niñas y adolescentes:

Como se mencionó en la introducción del presente trabajo, el concepto de menor o niños, niñas y adolescentes es una parte esencial para definición, el análisis y la determinación de las dificultades que tienen los militares, durante una confrontación armada, de distinguir a estos sujetos cuando participan en estas confrontaciones. Por lo tanto, es fundamental que se establezca la definición de menor o niño, niña y adolescente con el fin de dar claridad del sujeto sobre el cual se aplicará el principio de distinción.

La concepción que se tenía en Colombia de los niños ha ido cambiando a través de los últimos años; anteriormente, los menores o niños eran considerados como seres pasivos con una total e indiscutible dependencia con sus padres; más adelante, fueron considerados como personas con un estado de necesidad particular, por lo cual debían ser protegidos de cualquier maltrato y explotación; fue hasta la constitución política de 1991 en donde, en su preámbulo y en su artículo 44, convierte a los menores en sujetos de derechos, personas que poseen dignidad integral. (ICBF, 2010)

En primera medida es preciso aclarar que “niño”, de acuerdo con el artículo primero de la Convención para los Derechos de los Niños, es *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable,*

haya alcanzado antes la mayoría de edad.” (Convención sobre los derechos del niño, 1989)

De igual forma la ley 1098 del 2006, por la cual se expide el Código de la infancia y adolescencia, en su artículo tercero determina quienes son los sujetos de los derechos que se ven regulados en esta norma.

*“ARTÍCULO 3o. SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos **todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil**, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.” (negrilla fuera del texto) (Ley 1098, 2006)*

Este código, incorporó una nueva definición de niño niña y adolescente, pues hasta ese momento solo se tenía la definición plasmada en el artículo 34 del Código Civil, la cual denomina “infante o niño a todo aquel que no ha cumplido siete años; impúber al que no haya cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.” Mas adelante, la ley 27 de 1977, estableció que la mayoría de edad es a los 18 años y no a los 21 como lo determinó el código civil en su momento.

La normatividad y los organismos nacionales que se han encargado de diferenciar entre los niños, niñas y adolescentes y los adultos, lo han hecho en atención a que se ha considerado y llegado a la conclusión de que los menores de edad requieren mayor protección y atención por parte de todos los agentes sociales y se debe garantizar la seguridad de sus derechos.

Por lo tanto, siguiendo lo determinado por la normatividad nacional, es preciso concluir que menor o niño, niña y adolescente es toda persona que aún no

ha cumplido la mayoría de edad, lo que significa que aún no ha cumplido los 18 años para ser considerado adulto y, como consecuencia, seguirá siendo considerado por el estado como un sujeto al que le es aplicable la normatividad que busca proteger y asegurar los derechos de estos.

1.3 Persona protegida:

En el marco de un conflicto armado, tanto internacional como no-internacional, las principales víctimas de las guerras han sido los civiles, es por esto que el Derecho Internacional Humanitario ha determinado que la protección de la población civil es un pilar de su normatividad y, además de proteger de forma generalizada a la población civil, presta especial atención a la protección de grupos vulnerables tales como niños, mujeres y personas desplazadas.

El Derecho Internacional Humanitario, antes de hacer la regulación de la población civil como persona protegida, solo había reconocido, en sus primeros tres convenios a: (I) Convenio de Ginebra, “para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña”; (II) Convenio de Ginebra, “para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar”; (III) Convenio de Ginebra, “relativo al trato debido a los prisioneros de guerra”.

Como es posible evidenciar, los tres primeros convenios de Ginebra determinan y regulan la protección de combatientes que, en el marco del conflicto armado, fueron heridos, enfermos, náufragos (en el caso de las fuerzas armadas marítimas o fluviales) y quienes fueron capturados por el enemigo llamados “prisioneros de guerra”. Por lo tanto, no se contemplaba en un principio los daños, efectos o repercusiones que los conflictos podían llegar a tener con la población civil; aquellas personas que no hacían parte de ninguna fuerza armada ni

participaban directamente en las hostilidades no tenían ningún tipo de regulación internacional para evitar los ataques deliberados y directos contra ellos.

Mas adelante, con ocasión a las desastrosas consecuencias que la II Guerra Mundial trajo a la humanidad, recordando que la población con mayor afectación por las acciones en este conflicto internacional fue la civil siendo atacados deliberadamente y en masa, fue elaborado en 1949 el IV convenio de Ginebra “relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra” el cual, junto con los posteriores protocolos adicionales al convenio de Ginebra de 1977, dio paso a la protección internacional a las personas que no hacen ni han hecho parte del conflicto armado.

1.3.1 Cuarto (IV) convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

El cuarto (IV) convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949, en su artículo cuarto define que se entiende por personas protegidas y a quienes acoge esta definición.

“Artículo 4 - Definición de las personas protegidas

El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas.

No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él. Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados

como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén.

Sin embargo, las disposiciones del Título II tienen un ámbito de aplicación más extenso, definido en el artículo 13.

Las personas protegidas por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña o por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar o por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, no se considerará que son personas protegidas en el sentido del presente Convenio.” (IV Convenio de Ginebra, 1949)

El protocolo adicional II de los convenios de ginebra, en su artículo 13, da desarrollo a esta disposición del IV convenio y determina que la población civil debe ser siempre protegida en el marco del conflicto armado, lo que le da estatus de persona protegida.

“Artículo 13. Protección de la población civil

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.” (protocolo adicional II a los convenios de Ginebra, 1977)

En concordancia con lo anterior, el Comité Internacional de la Cruz Roja, en su artículo “Personas protegidas por el DIH”, desarrollando e interpretando la definición dada en este convenio y determina que este, junto con los protocolos adicionales, prohíbe que las partes en un conflicto ataquen a la población civil de forma deliberada.

“Las partes en un conflicto tienen prohibido elegir como blanco a los civiles y deben tomar todas las precauciones para evitar que los ataques provoquen víctimas en la población civil. Asimismo, deben evitar las acciones defensivas que pongan en peligro a la población civil. Los civiles no pueden ser utilizados como escudos humanos ni se los puede obligar a abandonar su lugar de residencia. Además, quedan expresamente prohibidos los ataques innecesarios a sus medios de subsistencia (la tierra, por ejemplo), viviendas, medios de transporte o instalaciones sanitarias.” (CICR, 2010)

1.3.2 Población civil y persona protegida para la Corte Constitucional colombiana.

En muchas situaciones no es clara la calidad de civil o persona protegida, por lo que su calificación y protección se hacen complejas en el marco del conflicto. Es por esto, que la Corte Constitucional, en su sentencia C-291 del 2007, define, determina y aclara para la ciudadanía, quienes son población civil y que requisitos deben cumplir para ser calificados como tal.

En primera instancia, la corte señala que los términos “población civil” y “persona civil” son similares, y para efectos del Derecho Internacional Humanitario,

este los toma como homónimos al momento de la interpretación de las dos expresiones.

Así mismo, determina la corporación que el término “civil será usado y aplicara para las personas que reúnan dos requisitos, los cuales son:

“(i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “personas civiles” o “individuos civiles”, o de manera colectiva en tanto “población civil”.” (Corte Constitucional, C-291 del 2007)

En consecuencia, agrega la corte, los requisitos que dio anteriormente son determinados por el derecho consuetudinario y así lo han determinado diferentes organismos como el CICR y los tribunales internacionales. Por lo tanto, la corte señala que con respecto al primer requisito:

“El primer requisito -el de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o grupos armados irregulares-, ha sido señalado en la Sistematización del CICR como una definición consuetudinaria de la noción de “civil”. Por su parte, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de la aplicación de las protecciones consagradas en las normas que penalizan los crímenes de guerra, los civiles son “las personas que no son, o han dejado de ser, miembros de las fuerzas armadas”, entendidas éstas para comprender tanto a los cuerpos armados estatales oficiales como a los grupos armados irregulares.” (Corte Constitucional, C-291 del 2007)

Y con respecto al segundo requisito para ser calificado como persona civil o población civil en el marco del conflicto armado:

“El segundo requisito -el de no tomar parte en las hostilidades- ha sido indicado por múltiples instancias internacionales. Según ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las garantías mínimas

establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas.” (Corte Constitucional, C-291 del 2007)

Este segundo requisito presenta mayor interés para efectos del presente proyecto, en el entendido que toca un tema que será tratado más adelante con respecto a “la participación directa en las hostilidades”, sin embargo, se hará una pequeña mención de él en este capítulo con el fin de dar completo desarrollo al requisito y contextualizar para el capítulo siguiente.

La Corte toma un fallo del tribunal penal para la Antigua Yugoslavia, el cual determina cuando, para efectos de la calificación de la persona, es o no es población civil y se convierte en combatiente del conflicto armado, esto es de suma importancia ya que la línea es muy delgada y se han presentado muchos casos, tanto en tribunales internacionales así como en tribunales nacionales, en que la calificación de la persona afectada por un ataque directo y coordinado por parte de la fuerza armada contraria, no es claro y genera confusión para los jueces.

“El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de determinar el carácter civil de las personas amparadas por las garantías que se consagran, entre otras, en el Artículo 3 Común –aplicable a los conflictos armados internos-, “es necesario demostrar que las violaciones se cometieron contra personas que no estaban directamente involucradas en las hostilidades”, para lo cual se debe aplicar el criterio establecido en el caso Tadic: “si, al momento de la comisión del hecho aludidamente ilícito, la supuesta víctima de los actos proscritos estaba tomando parte directamente en las hostilidades, hostilidades en el contexto de las cuales se dice haber cometido el hecho supuestamente ilícito. Si la respuesta a esta pregunta es negativa, la víctima goza de la protección de las proscripciones contenidas

en el Artículo 3 común". (subrayado fuera del texto) (Corte Constitucional, C-291 del 2007)

Por lo tanto, como consecuencia de lo anterior se puede determinar que para la calificación como persona civil o población civil a una o un grupo de personas, depende de la evaluación y análisis que se haga con respecto a la situación de esa persona en el momento en que ocurrieron los hechos.

1.4 Reclutamiento forzado:

El reclutamiento forzado de menores, es una conducta delictiva que se presenta en el territorio colombiano desde hace muchos años, estos terribles sucesos se han ido presentando en atención al conflicto armado entre el Gobierno nacional y las guerrillas u otros grupos armados que también acuden a este tipo de reclutamiento de menores como los grupos paramilitares.

Esta conducta, que consiste en sustraer a menores de edad (niños, niñas o adolescentes) de sus hogares y de sus familias; esto con el fin de integrarlos a las filas armadas de un grupo armado organizado en el marco de un conflicto armado, es sancionada tanto en el ámbito nacional, así como en el ámbito internacional.

El Comité internacional de la Cruz Roja, de forma generalizada declara, en su folleto llamado "Niños asociados con fuerzas armadas o grupos armados", que:

"Los niños expuestos a guerras y atrapados en zonas de combate, cuyas familias han quedado separadas, pueden llegar a involucrarse en las hostilidades y ser testigos de atrocidades o verse forzados a perpetrarlas, a veces contra sus propios familiares. El resultado es que la infancia de esos niños queda destruida, dejándoles marcas que los afectarán para toda la vida." (CICR, 2014, Pg. 1)

El reclutamiento de menores ha sido el método más eficiente y rápido para estos grupos de incrementar el número de combatientes en sus filas, adicionalmente aprovechan la ventaja que tener a menores enfilados representa, como la facilidad de manipulación de estos pues son determinables y su ausencia de razonamiento crítico impide que evalúen su actuar delictivo, adicionalmente son mucho más fáciles de custodiar.

Los niños que son reclutados por los grupos armados organizados son usualmente usados como combatientes en el grupo, sin embargo, también se los emplea para que desempeñen otras tareas, como vigías, espías o esclavos sexuales, así lo dijo el Comité Intencional de la Cruz Roja, en su artículo *“Los niños forzados a ir a la guerra”* (CICR, 2019). Adicionalmente esta organización enumera cuatro razones por las cuales los grupos armados tienen un especial interés en el reclutamiento de menores de edad, las cuales son que los niños son más influenciables y obedientes, son menos propensos a huir, son discretos como espías y mensajeros y son menos costosos.

En cifras entregadas por el Registro Único de Víctimas (RUV), hasta el mes de enero del año 2020 según el informe publicado en su sitio web oficial, han sido siete mil novecientos ochenta y cuatro (7.984) los niños, niñas y adolescentes identificados como víctimas de vinculación al conflicto armado por parte de los Grupos Armados Organizados ilegales.

En el informe dado por Virginia Gamba, representante especial del Secretario General de Naciones Unidas para los niños y los conflictos armados, determinó que los niños colombianos siguen siendo víctimas de reclutamiento forzado, aun después de la firma del Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las FARC EP.

Así pues, la representante dijo: *“Los niños siguen estando expuestos a graves violaciones a medida que otros grupos ocupan el espacio dejado por la retirada de las FARC-EP”*. Adicionalmente *“desde la firma del Acuerdo de Paz y*

hasta julio de 2019, la ONU ha verificado 600 casos de reclutamiento de menores para combatir” (Noticias ONU, 2020).

1.4.1 Desarrollo normativo y jurisprudencial nacional.

Para identificar el alcance y las medidas sancionatorias que puede llegar a tener la conducta, debemos identificar como ha desarrollado la normatividad y jurisprudencia tanto nacional, así como internacional con respecto a esta conducta delictiva.

La legislación penal colombiana, en su artículo 162 de la ley 599 del 2000 (Código Penal Colombiano), denomina y determina la conducta de reclutamiento de menores de la siguiente manera:

“ARTICULO 162. RECLUTAMIENTO ILICITO. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Negrilla fuera del texto) (Ley 599, 2000)

Es entonces claro que, para el sistema jurídico normativo colombiano, la conducta de sustraer menores de edad (niños, niñas y adolescentes), tomado el concepto de menor de edad donde se entiende por niño es toda aquella persona que sea menor de 18 años según la Convención sobre los derechos del niño, es una conducta ciertamente ilícita y no tolerable.

Adicionalmente, el artículo 14 del capítulo segundo de la ley 418 de 1997 determina que además de lo establecido por el Código penal en su artículo No. 162,

quienes incurran en el delito de reclutamiento ilícito de menores de edad, no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley.

La corte constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre este delito dejando en claro que está prohibido para los grupos armados de cualquier clase reclutar, integrar o disponer de niños, niñas o adolescentes en confrontaciones armadas o en acciones militares; en concordancia, se puede observar que en su sentencia C-172 de 2004 determinó:

“La degradación del conflicto armado colombiano ha ocasionado que un grupo numeroso de niños, niñas y jóvenes se vean involucrados en ese ambiente hostil, en ese escenario aterrador y desolador de la guerra, ya como víctimas de ataques indiscriminados en donde hay masacres, genocidios, mutilaciones, desplazamiento, hambre, pobreza y una triste situación de desprotección, o participando activamente cuando se vinculan a los grupos armados ilegales.

En efecto, en situaciones de conflicto armado los niños y niñas resultan ser blanco de hostilidades y los efectos psicológicos y sociales son profundos. El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes a la confrontación armada vulnera sus derechos a la integridad personal, a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la expresión, a la educación, a la salud, a la familia y a la recreación, entre otros. Aquellos que deciden voluntariamente vincularse o adherirse a los grupos armados ilegales lo hacen por diversas causas, ya sea económicas, sentimentales o por defender a sus familias, y en el interior de esos grupos la población infantil resulta siendo víctima de violencia y esclavitud sexual” (subrayado fuera del texto) (Corte Constitucional, C-172, 2004)

De igual manera, en la misma sentencia la corte menciona la normatividad internacional que se refiere y regula el delito de reclutamiento forzado de menores.

“En ese orden, el Convenio IV de Ginebra de 1949 (sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra) otorga una singular protección en favor de la población infantil como personas civiles que no participan en las hostilidades, y aunque no establece la prohibición expresa sobre su reclutamiento e incorporación, lo cierto es que de sus disposiciones se desprende que tales conductas no están autorizadas.

*Ese amparo es aún más efectivo en los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra (Protocolo I Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y Protocolo II Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional), en los cuales **se estableció la prohibición de su participación en hostilidades, ya sea directa o indirecta**. Allí se compromete a los Estados Partes a adoptar medidas para que los niños y niñas menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades y especialmente a no reclutarlos en sus fuerzas armadas, sin distinguir si la incorporación es voluntaria u obligatoria.” (subrayado y negrilla fuera del texto) (Corte Constitucional, C-172, 2004)*

En la sentencia de constitucionalidad C-240 del 2009, la corte aborda la penosa y terrible situación del papel del menor en el conflicto armado y determina que los instrumentos internacionales, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, son los que obligan a los estados parte, entre ellos el estado Colombiano, a hacer respetar los derechos del menor y los obliga a velar porque por ningún motivo y en ninguna escenario las personas menores de 18 años de edad participen directa o indirectamente del conflicto armado interno, siendo parte de las fuerzas militares nacionales o siendo parte de los Grupos Armados Organizados.

“Estos instrumentos que forman parte del bloque de constitucionalidad, son disposiciones que garantizan la aplicación de medidas de protección a los niños y niñas menores de 18 años vinculados a los conflictos armados y la adopción por parte del Estado, de disposiciones internas que aseguren el cumplimiento de los compromisos adquiridos en esas normas internacionales vinculantes, en las que se consagra la obligación para los Estados de: (i) Abstenerse de reclutar obligatoriamente en las fuerzas armadas a menores de 18 años salvo el caso del reclutamiento voluntario de personas por debajo de esa edad en el caso de las fuerzas armadas del Estado, bajo la premisa de la presentación de salvaguardias debidas; (ii) prohíbe sin excepción a los grupos armados irregulares, reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años y se propone a los Estados adoptar para el efecto, las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, incluyendo la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas; (iii) consagra como una de las peores formas de trabajo infantil, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados, por lo que se estimula a los Estados, a tomar acciones prioritarias para el efecto (Convenio 182 OIT)”. (Corte Constitucional, C-240, 2009)

De igual forma, la sentencia precedente explica de forma muy concreta la posición que tienen los niños, niñas y adolescentes, personas menores de 18 años de edad, frente al Derecho Internacional Humanitario, diciendo que estos menores asumen una doble calidad en el marco del conflicto armado interno; una calidad es de civil afectado por las hostilidades y la otra calidad es como participe en las hostilidades.

“Los niños y las niñas en los conflictos armados se encuentran protegidos por el DIH desde una doble perspectiva: (i) en su calidad de civiles afectados por las hostilidades y (ii) como sujetos vinculados a ellas en conflictos armados internacionales y no internacionales, de acuerdo con los artículo 77 del Protocolo I y al artículo 4º del Protocolo II adicionales a los Convenios de

Ginebra, respectivamente, siendo el reclutamiento y la participación de menores de 15 años de edad en los conflictos armados, una conducta prohibida por el DIH. (..)” (Corte Constitucional, C-240, 2009)

Adicionalmente, los instrumentos internacionales que componen el Derecho internacional Humanitario (DIH), encomienda de forma obligatoria a los Estados parte para que, en cualquier caso, en donde se presente reclutamiento forzado de menores, esta conducta sea sancionada como una infracción grave.

“Los Estados Parte se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para sancionar a las personas culpables de infracciones graves contra esos Convenios y se obligan a enjuiciar a las personas sospechosas de haber cometido infracciones graves contra esos tratados o a transferirlos a otro Estado para que los enjuicie, siendo de resaltar que la distinción que las normas del DIH hacen entre niños y adolescentes en lo que respecta al marco de protección particular a los menores de 15 años reclutados o utilizados en el conflicto, no desvirtuaba la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años en el ordenamiento interno, dado que el esquema de protección constitucional colombiano cobija a todos los individuos que se encuentran en esa franja cronológica.” (Corte Constitucional, C-240, 2009)

Por lo que es claro entonces que, en la normatividad interna colombiana, así como el desarrollo jurisprudencial que se le ha dado al tipo penal, este es un delito de alta gravedad que afecta múltiples bienes jurídicos tutelados, tanto del menor reclutado, como de su familia y la sociedad como tal y que, por lo tanto, debe ser sancionado severamente por la naturaleza y gravedad del mismo.

1.4.2 Desarrollo normativo Internacional.

En el marco normativo del ámbito internacional, se prohíbe el reclutamiento y vinculación de niños y niñas tanto en los grupos armados irregulares como en las fuerzas militares de los Estados, estas disposiciones normativas que Colombia ha ratificado a través de los años, y que han cobijado el desarrollo del conflicto armado interno que se presentó durante muchos años, será el objeto de estudio a continuación.

La Convención Sobre los Derechos del Niño es uno de los conjuntos normativos más importantes que puede llegar a tener el marco jurídico internacional; de esta normatividad se pueden extraer varios artículos que directa o indirectamente son aplicables al delito y crimen del reclutamiento forzado de menores.

En su artículo 19 demanda de los estados parte las medidas necesarias para que los niños, niñas y adolescentes no sean abusados tanto física, psicológica, así como tampoco sexualmente y no sufran en razón a esto ningún tipo de maltrato o perjuicio que pueda interrumpir o afectar el libre desarrollo de su niñez.

“Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.” (negrilla fuera del texto) (Convención sobre los derechos del niño, 1989)

En cuanto a la protección concreta relacionada con los niños y niñas vinculados a los conflictos armados, el artículo 35, como ya se había mencionado anteriormente, y 36 de la misma disposición, determina que los estados partes

deberán coordinar internamente a para que sean adoptadas todas las medidas necesarias que permitan la protección esencial de los menores con el fin de evitar su secuestro, venta o trata ni ninguna otra actividad que pueda resultar perjudicial para este y para su desarrollo.

“Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.”
(Convención sobre los derechos del niño, 1989)

Con respecto al reclutamiento y participación de los menores por la fuerzas militares o grupos armados irregulares, la corte constitucional en su sentencia C-240 del 2009 determinó que la Convención sobre los derechos del niño consagra, en su artículo 38 y 39, el deber de los países firmantes de respetar los preceptos del DIH; prevenir la participación de los menores en hostilidades; no reclutar menores de 15 años en las fuerzas armadas estatales y promover la reintegración social de los niños que participen en conflictos armados.

“Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

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.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.” (negrilla fuera del texto) (Convención sobre los derechos del niño, 1989)

A la anterior declaración se le anexó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, entre otras preocupaciones, se condena con suma preocupación,

“el reclutamiento, adiestramiento y utilización dentro y fuera de las fronteras nacionales de niños en hostilidades por parte de grupos armados distintos de las fuerzas de un Estado, y reconociendo la responsabilidad de quienes

reclutan, adiestran y utilizan niños de este modo” (Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2000)

De este modo, en su artículo cuarto determina que, por ninguna circunstancia, los grupos armados, distintos a las fuerzas armadas nacionales, podrán reclutar o hacer partícipes en las hostilidades, directa o indirectamente, a niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad y carga a los estados con la responsabilidad de crear y adoptar todas las medidas necesarias para impedir que los menores se vean afectados por este hecho.

“ARTÍCULO 4o.

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento, y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas.” (Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2000)

Otra importante disposición internacional es el convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999, expedido por la Organización Internacional del Trabajo, determina en su artículo tercero que unas de las peores formas de explotación infantil son:

“ARTICULO 3: A los efectos del presente Convenio, la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca

(a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición

de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;

(b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

(c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y

(d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. (subrayado fuera del texto) (convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999)

Para la Corte Penal Internacional, el reclutamiento forzado de menores es un crimen de guerra, el cual debe ser sancionado por este organismo en atención a la gravedad que este representa. Es por esto que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 8, 2, literal b), xxvi considera crimen de guerra:

“reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.
(Estatuto de Roma, 1998)

Finalmente, la ley 1448 del 2011 de Colombia, en el párrafo segundo de su artículo tercero, determina que los miembros de los grupos armados organizados no podrán ser considerados como víctimas del conflicto armado interno, a no ser que los combatientes a los que se les busque el reconocimiento como víctimas del conflicto sean niños, niñas o adolescentes, en este caso si tendrán la posibilidad de obtener la condición y el reconocimiento como víctimas del conflicto.

“ARTÍCULO 3°. VÍCTIMAS. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Parágrafo 2°. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.” (subrayado fuera del texto) (Ley 1448, 2011)

De lo anterior se puede concluir sin temor a duda que tanto la normatividad nacional y su jurisprudencia, así como la comunidad internacional y su normatividad ratificada por Colombia, rechazan, juzgan, investigan y condenan cualquier actividad que tenga un vínculo con el reclutamiento de niños, niñas o adolescentes con el fin de vincularlos, de forma directa o indirecta, al conflicto arma interno que se desarrolla en el territorio nacional.

La conducta es de tal gravedad, como ya se había mencionado anteriormente, que los organismos encargados de derechos humanos y de regulación en campo del derecho internacional humanitario, insistentemente cargan y obligan a los estados parte en estas disposiciones, de velar, disponer, crear y aplicar cualquier medida que sea necesaria para proteger a los niños, niñas y adolescentes que puedan estar en riesgo o peligro de ser reclutados por estos Grupos Armados organizados y que si el caso ha llegado y el menor ha sido reclutado forzosamente, le sean restituidos los derechos vulnerados lo antes posible a este menor, esto con el fin de no perturbar ni tergiversar su crecimiento ni su desarrollo personal, social y familiar, entre otros.

Lo que se ha dejado en claro es que a los niños, niñas y adolescentes NO se les puede reclutar bajo ningún supuesto ni bajo ninguna circunstancia, y este reclutamiento, que se denomina forzado en atención a las prohibiciones que tiene la acción de vincular menores a grupos armados, por afectar los derechos del menor será condenado por organismos nacionales e internacionales.

2. Conflicto armado: características y clases

El objetivo de este capítulo es definir las condiciones de un conflicto armado y los elementos y características para ser considerado como tal pues es durante estos que se desarrollan los actos hostiles y confrontaciones armadas de los cuales se refiere el presente trabajo.

Un conflicto armado, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, 2018), es: *“en sentido estricto, sería un enfrentamiento violento entre dos grupos humanos de tamaño masivo y que generalmente, tendrá como resultado muertes y destrucción material”*

Así mismo, la jurisprudencia internacional se ha encargado de determinar lo que es un conflicto armado. En el **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, en su párrafo No. 70, del tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, determina lo que se entiende por conflicto armado para la comunidad internacional.

“[A]n armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within

a State. [...] (International Tribunal of Former Yugoslavia, Case No. IT-94-1-AR72, 1995)

Por lo tanto, existe un conflicto armado cuando se debe recurrir a las acciones o fuerzas armadas con el fin de repeler ataques de otros estados o controlar actos violentos prolongados que se desarrollen en el territorio de una nación.

El derecho internacional hace distinción entre dos tipos de conflicto armado; un conflicto entre estados soberanos en donde se enfrentan dos o más Estados se denomina conflicto armado Internacional, y un conflicto armado que se desarrolla y tiene cabida en el territorio nacional de un estado soberano es llamado conflicto armado no internacional o interno. Por lo tanto, se hará la distinción entre estos dos tipos de conflictos con el fin de entender sus diferencias y características.

2.1 Conflicto armado internacional:

El conflicto armado internacional es un enfrentamiento armado en donde dos o más Estados soberanos se agreden y usan sus fuerzas armadas estatales con el fin de repeler las agresiones recibidas por el estado opuesto. De conformidad con el párrafo primero del artículo segundo de los convenios de Ginebra de 1949, se determina que este convenio se aplicara siempre que haya guerra declarada de un estado a otro, sin importar que el otro estado se reúse a declarar el estado de guerra.

“Art 2. Aplicación del Convenio

Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.” (I. Convenio de Ginebra, 1949)

Siendo el convenio de Ginebra el encargado de regular las hostilidades y legitimar ciertos actos violentos entre los estados, encontramos una definición inmersa en este artículo que nos deja concluir que el conflicto armado se entenderá cuando haya una guerra o declaración de esta de un estado o más, a otro estado o más.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, hace una muy acertada interpretación del artículo segundo de los convenios de Ginebra de 1949 y determina que:

“Según esta disposición, un conflicto armado internacional (CAI) es aquel en que se enfrentan “Altas Partes Contratantes”, en el sentido de Estados. Un CAI ocurre cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento. (...) En los Comentarios de los Convenios de Ginebra de 1949, se confirma que “cualquier diferencia que surja entre dos Estados y que conduzca a la intervención de las fuerzas armadas es un conflicto armado en el sentido del artículo 2, incluso si una de las Partes niega la existencia de un estado de guerra. No influye en nada la duración del conflicto ni la mortandad que tenga lugar” (subrayado fuera del texto) (CICR, 2008)

Por su parte, la Agencia de la ONU para los Refugiados, en uno de sus artículos hace mención sobre como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia estableció la definición que ha sido adoptada por la mayoría de organismos internacionales es la siguiente: “Existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre estados”. (ACNUR Comité Español, 2018)

Por último, el CICR en su documento de opinión de marzo del 2008, cita a un importante doctrinante especialista en Derecho internacional humanitario, quien dice:

“(…) según E. David, “todo enfrentamiento armado entre fuerzas de los Estados Partes en los CG de 1949 (y eventualmente en el PI de 1977) incumbe a estos instrumentos, cualquiera que sea la amplitud del enfrentamiento: una escaramuza o un incidente de frontera entre las fuerzas armadas de las Partes es suficiente para que se apliquen los Convenios (y el Protocolo I, si los Estados están obligados por él) a esta situación” (CICR, 2008)

Es entonces preciso concluir que el conflicto armado internacional es el enfrentamiento o la confrontación armada entre dos o más Estados soberanos que, sin importar el motivo ni la intensidad que llegue a tener el enfrentamiento, o sin importar si una de las partes no reconoce el estado de guerra que se declare por la otra, si hay una confrontación armada, este será denominado conflicto armado y será, por lo tanto, regulado y vigilado por el Derecho Internacional Humanitario.

2.2 Conflicto armado no internacional:

La jefa saliente de la unidad del CICR, que presta asesoramiento acerca del derecho aplicable en los conflictos armados y otras situaciones de violencia, **Kathleen Lawand**, en una entrevista dijo que:

“Un conflicto armado no internacional (o “interno”) se refiere a una situación de violencia en la que tienen lugar, en el territorio de un Estado, enfrentamientos armados prolongados entre fuerzas gubernamentales y uno o más grupos armados organizados, o entre grupos de ese tipo.

En contraste con los conflictos armados internacionales, en los que se enfrentan las fuerzas armadas de los Estados, en un conflicto armado no internacional al menos una de las partes que se enfrentan es un grupo armado no estatal.” (Lawand, 2012)

Según el (CICR, 2008) en su documento “¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?” determina que la definición de conflicto armado no internacional o interno, se encuentra consagrada en dos disposiciones principalmente; el artículo tercero común de los convenios de Ginebra de 1949 y el artículo primero del protocolo adicional II.

El artículo tercero común de los convenios de Ginebra, determina de forma precisa las prohibiciones y obligaciones de las partes en el conflicto armado interno, durante y en ejercicio de las hostilidades que se presenten. Así mismo determina es su primer párrafo que esto regirá para cada una de las partes en conflicto, lo que significa que a pesar de que una de las partes no es una fuerza armada legítima, esta deberá también acogerse y respetar las disposiciones del DIH.

“Artículo 3 - Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

(...)

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.” (Convenios de Ginebra, 1949)

De igual manera, el protocolo adicional II a los convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, dispone en su artículo primero, el ámbito de aplicación sobre el cual el convenio va a ser aplicado y su normatividad será obligatoria para las partes en el conflicto.

“Artículo 1. Ámbito de aplicación material

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.” (subrayado fuera del texto) (protocolo adicional II a los convenios de Ginebra, 1977)

Es importante resaltar que esta disposición determina, además del ámbito de aplicación, los requisitos que los Grupos Armados Organizados deben tener para que sean considerados como parte dentro del conflicto armado. Estos requisitos son que el grupo debe estar bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre

una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

Los dos requisitos han sido desarrollados por la jurisprudencia internacional como lo señala el CICR en su documento opinión de marzo del 2008 al citar el caso *The Prosecutor v. Dusko Tadic* y *The Prosecutor v. Fatmir Limaj* en donde se determinó:

“Por una parte, las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando el Gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía.

Por otra, los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados "partes en el conflicto", en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo, que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares.” (CICR, 2008)

De igual forma, la jefa saliente de la unidad del CICR, **Kathleen Lawand**, en la misma entrevista mencionada anteriormente con el CICR, recuerda los criterios que se deben tener en cuenta al momento de determinar la existencia de un Conflicto armado interno o no-internacional, teniendo muy en cuenta las características que las acciones hostiles dentro de un estado, se desarrollen como resultado de la confrontación armada entre las fuerzas legítimas del Estado y uno o más grupos armados no estatales, o bien entre los mismos grupos armados no estatales.

*“En el DIH se exige la presencia de dos condiciones para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional: los grupos armados deben tener un **nivel mínimo de organización** y los enfrentamientos*

*armados deben alcanzar un **nivel mínimo de intensidad**. El cumplimiento de estos criterios se determina caso por caso, ponderando una serie de indicadores fácticos.” (Negrilla fuera del texto) (Lawand, 2012)*

Kathleen Lawand, en entrevista, explica cómo se deben desarrollar estos elementos y que condiciones los limitan o los rigen para ser considerados pertinentes al momento de hacer la distinción entre la existencia de un conflicto armado interno o no. Como primer elemento se explica el nivel de intensidad en el conflicto:

“El nivel de intensidad de la violencia se determina en función de indicadores tales como la duración y la gravedad de los choques armados, el tipo de fuerzas gubernamentales que participan, el número de combatientes y de tropas, los tipos de armas que se utilizan, el número de víctimas y la medida del daño causado por las hostilidades.” (Lawand, 2012)

El nivel de intensidad responde entonces a la seriedad de los ataques, los cuales deben ser superiores a los disturbios, las tensiones, las afectaciones del orden público y todo tipo de conductas violentas a las cuales no les son aplicable el DIH en atención a que su intensidad o seriedad no es suficientemente grave para repelerlos o responder con uso de las fuerzas militares estatales.

Como segundo elemento explica el nivel de organización que responde a las siguientes características:

“El nivel de organización del grupo armado se evalúa analizando factores como la existencia de una cadena de mando, la capacidad de transmitir y hacer cumplir las órdenes, la capacidad de planificar y desplegar operaciones militares coordinadas y la capacidad de reclutar, entrenar y equipar a nuevos combatientes. Cabe señalar que la motivación de un grupo armado no se considera un factor pertinente.” (Subrayado fuera del texto) (Lawand, 2012)

Es necesario analizar el comportamiento del grupo armado que esté ejerciendo actos hostiles en el territorio nacional, estos deben tener una estructura de mando que les permita extender y transmitir órdenes y estrategias a diferentes localizaciones en la misma estructura y que esta misma se expanda organizadamente en el territorio.

Los anteriores requisitos presentan una gran importancia para el DIH y aún más para el Gobierno Nacional del Estado en el cual se están desarrollando las confrontaciones armadas, esto en atención a que, sin estos elementos, la situación no podrá ser calificada como un conflicto armado y, por lo tanto, no podrán coordinarse ni ejecutar ninguna clase ataques directos u operaciones militares contra los bienes o personas participes en los actos violentos.

Lo anterior fue determinado por la normatividad internacional en el protocolo adicional II a los convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional que, en su artículo primero, numeral segundo, hace énfasis en las situaciones en las cuales el protocolo, siendo parte de la normatividad del DIH, no es aplicable a estas situaciones:

“2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.” (protocolo adicional II a los convenios de Ginebra, 1977)

En el mismo sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional determina que las disposiciones serán aplicables a conflictos armados no internacionales, lo que significa, y se enfatiza en la norma, que cualquier otro tipo de situación interna o acto violento que no reúna las características determinadas por los organismos y tratados internacionales, no serán aplicable el articulado de la CPI para los delitos cometidos en un marco diferente al de un conflicto armado.

Es entonces como el Estatuto de Roma, en su artículo octavo (8), numeral segundo (2) literales d y f, determina:

“Artículo 8 Crímenes de guerra

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.” (Estatuto de Roma, 1998)

Por último, la jefa saliente de la unidad del CICR **Kathleen Lawand** declara, en su entrevista para el CICR, la importancia de distinguir los conflictos armados no internacionales de otro tipo de formas de violencia colectiva.

“Los conflictos armados no internacionales han de distinguirse de las formas de violencia colectiva de menor nivel, como los disturbios civiles, los motines, los actos de terrorismo aislados u otros actos de violencia esporádicos.” (Lawand, 2012)

Desde el punto de vista jurídico, no existe ningún otro tipo de conflicto armado distinto al internacional y el no-internacional. Sin embargo, es importante mencionar que una situación puede evolucionar de una situación que no reúna los requisitos para ser considerado como conflicto armado convirtiéndose, al cumplir con los

requerimientos normativos y jurisprudenciales, en un conflicto armado interno, según los hechos que ocurran en un momento dado; así lo dijo el Comité Internacional de la Cruz Roja en su documento de opinión de marzo del 2008.

Como es posible concluir en este capítulo, el conflicto armado no es cualquier confrontación armada en la cual se desarrollen actos violentos, estas confrontaciones deben reunir los requisitos expresados anteriormente por la jurisprudencia y la normatividad internacional y nacional para ser considerados como tal. Esto es relevante en el presente trabajo en atención que, si no se están desarrollando confrontaciones armadas en el marco de un conflicto, el principio de distinción no es aplicable pues no estará respondiendo a la garantía y respeto del Derecho internacional Humanitario y por lo tanto, cualquier otra vulneración a la vida o bienestar físico, mental o social de los niños, niñas y adolescentes responderá a otro tipo de actuación que no estará regulada ni vigilada por el DIH y su marco normativo.

3. Protección especial del menor

El objetivo de este capítulo es analizar la condición del menor como persona protegida en el desarrollo de una confrontación armada y como sujeto de especial protección por todos las personas e instituciones nacionales e internacionales.

Es claro que el menor, social y culturalmente hablando, es una persona que se considera vulnerable por sus condiciones y calidades en las que se desenvuelve en la sociedad y frente a los demás actores de socialización, sin embargo, esta especial protección ha sido desarrollada tanto legislativa como jurisprudencialmente.

Por lo tanto, con el fin de determinar por qué al menor se le ha otorgado una protección especial por parte de *la familia, la sociedad y el Estado*, y cualquier otra persona o institución que intervenga en el proceso de su crecimiento y desarrollo como persona y ciudadano en la nación, es esencial repasar el desarrollo tanto normativo como jurisprudencial que, de este tema, ha tenido lugar.

3.1 Desarrollo normativo y jurisprudencial Nacional.

De la normatividad nacional que regula la protección especial que se le otorga al menor, la carta política del 1991 es la principal fuente de esta posición proteccionista, pues ella destina un artículo a determinar cuáles son los derechos

fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en el territorio nacional y la prelación que tienen estos sobre los de los demás ciudadanos; por esto, podemos evidenciar en su artículo 44 impone que los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes son de mayor importancia y requieren mayor protección por parte del resto de personas.

*“**Artículo 44.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. **Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.**” (negrilla fuera del texto) (constitución política de Colombia, 1991)*

Al respecto, la corte constitucional se ha pronunciado en su sentencia C-240 del 2009 sobre lo dispuesto en el artículo 44 constitucional; como se había dicho anteriormente este artículo constitucional brinda una especial protección a todos los niños y niñas en el territorio nacional y, por lo tanto, es carga de la familia, la sociedad y el Estado “*el deber de asistir y proteger a los menores a fin de que logren el ejercicio pleno de sus derechos y su desarrollo armónico e integral*” (Corte Constitucional, C-240, 2009).

Adicionalmente, la Corte ha decidido resaltar seis interpretaciones del artículo constitucional que se deben tener en cuenta en todo momento cuando de derechos de niños y niñas se esté tratando, las cuales son:

“(1) que sus derechos son fundamentales; (2) que sus derechos son prevalentes; (3) la norma superior eleva a un nivel constitucional la protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos; (4) El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños; (5) Igualmente los infantes y adolescentes en nuestro país, dada su debilidad e indefensión con ocasión de su corta edad, vulnerabilidad y dependencia, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional, lo que se traduce en el deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar; (6), debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente a toda persona menor de dieciocho años.” (Corte Constitucional, C-240, 2009).

Como se ha expresado anteriormente y en concordancia con la disposición constitucional del artículo 44, la ley 1098 del 2006, por la cual se expide el Código de la infancia y adolescencia, hace el desarrollo de esta disposición determinando en sus artículos séptimo, octavo y noveno las condiciones y lineamientos en función de la protección especial de los menores.

El artículo séptimo conceptualiza que se entenderá por “protección integral”, concepto que es de suma importancia pues el interés superior de los niños, niñas y adolescentes responde en gran medida a la protección integral de sus derechos en el desarrollo de su infancia y adolescencia.

“ARTÍCULO 7o. PROTECCIÓN INTEGRAL. *Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.*

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.” (Ley 1098, 2006)

Ahora bien, el artículo octavo de la norma trata de forma muy puntual el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y se considera de gran importancia resaltar la mención que hace la norma al determinar que los derechos de niños, niñas y adolescentes son universales, prevalentes e independientes, lo que significa que ninguna otra persona, institución o situación puede ni podrá ser superior o preponderante cuando el derecho de un menor se encuentre en controversia o en riesgo.

“ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. *Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. (subrayado fuera del texto).”*
(Ley 1098, 2006)

Así mismo, y como consecuencia del artículo que le precede, el artículo noveno del código de la infancia y la adolescencia dispone que los derechos de los niños deben prevalecer y es carga y obligación de todas las instituciones públicas o

privadas el garantizar los derechos del menor por sobre cualquier otro derecho que se vea enfrentado a estos. Siempre deberá haber preferencia por la garantía y protección de los intereses del menor.

“ARTÍCULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.” (subrayado fuera del texto) (*Ley 1098, 2006*)

La Corte Constitucional, en su sentencia C-318 del 2003, determina de forma muy concreta las razones por las cuales considera esta corporación, que los niños, niñas y adolescentes deben tener el beneficio de una protección especial frente al Estado, la familia y la sociedad.

“La razones básicas de esta protección a los niños y a los adolescentes son: i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos.” (Corte Constitucional, C-318, 2003)

Así mismo, esta misma Corte, en su sentencia C-172 del 2004, ahonda en las razones para que los menores deban tener un tratamiento especial ante la ley, el estado, la sociedad y la familia.

“Ese particular reconocimiento y protección se justifica en cuanto se trata de una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación y como tal se hace merecedora de una atención especial.

(negrilla fuera del texto) (Corte Constitucional, C-172, 2004)

Se ha compilado gran parte de la normatividad que ha determinado que estos niños, niñas y adolescentes, en el territorio nacional, tienen y gozan de una especial protección sobre toda la demás persona y en todas las situaciones. Así mismo, se ha hecho énfasis en lo dicho por la corte constitucional con respecto a estas disposiciones normativas y esta posición legislativa con respecto a la protección del menor y se concluye que estos menores, en el territorio colombiano, deben ser protegidos y resguardados de cualquier situación o persona que pueda llegar o pretenda dañar su desarrollo o de alguna forma interrumpirlo.

3.2 Desarrollo normativo Internacional.

En el marco de la normatividad de la comunidad internacional nos encontramos con un gran número de disposiciones que le otorgan, a los niños y niñas, la especial protección en razón a la vulnerabilidad y cuidado que requieren para el desarrollo óptimo de su niñez, entre otras razones.

En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 25 numeral segundo, determina que tanto los niños, como la maternidad como tal, deben ser sujetos y situaciones, respectivamente, que requieren de especial protección pues, en el sentido de la búsqueda de la garantía para los menores en el desarrollo óptimo de su infancia, pues la maternidad es el primer

contacto social que el menor o niño tiene en su vida, y es por esto que la comunidad internacional ratificando este tratado le da importancia a la disposición.

“Artículo 25.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Como segunda fuente normativa, encontramos la disposición hecha en el principio segundo (2) de la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959; en la cual dispone que, en atención al desarrollo integral que el menor requiere tanto física, psicológica, así como emocionalmente, este debe recibir una especial protección por parte de la ley y de los demás medios que puedan comprometer o verse comprometidos en el desarrollo del menor, esto siempre en atención al interés superior del niño.

*“**Principio 2.** El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” (Subrayado fuera del texto) (Declaración de los Derechos del Niño, 1959)*

En tercer lugar, se encuentra la disposición hecha por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en 1969 y aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, la cual en su artículo 19 determina que el niño, por su condición de menor, requiere y tiene derecho a las medidas de protección que necesite en el transcurso de su desarrollo social y, por

lo tanto, esta protección especial que la declaración dispone, debe ser otorgada por la familia, el Estado y la sociedad, agentes que intervienen directamente con el desarrollo del menor.

Se hace especial énfasis en que esta disposición determina que la protección especial del menor es un derecho que este tiene por su condición de vulnerabilidad, y el hecho de que la comunidad internacional consagre esta protección como un derecho hace que las garantías para el sector poblacional de niños sea primordial y abre las puertas a los diferentes mecanismos tanto nacionales como internacionales para que este derecho sea protegido y garantizado por sobre todas las demás disposiciones y posibles situaciones.

“Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”
(Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

En cuarto lugar y de igual forma que las disposiciones anteriores, se encuentra la disposición realizada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966; el cual, en su artículo decimo, numeral tercero determina que debe brindarse protección especial a todos los niños, niñas y adolescentes; importante resaltar en este artículo de este pacto internacional que hace un especial énfasis en la prohibición de la eventual limitación del derecho de la protección especial por razones de discriminación, esto en atención a la filiación o cualquier otra condición como la raza, religión, etc.

“Artículo 10. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. (...)”
(Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, 1966)

Por último, y considerando que es una de las normativas más importantes en la materia, la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, plantea en su artículo tercero, en concordancia con las anteriores regulaciones que ya se han mencionado, que a los niños deberá prestársele primordial atención e interés por parte de todas las instituciones y autoridades públicas y privadas, con el fin de garantizar por sobre cualquier otra cosa la protección y cuidado de estos.

“Artículo 3

1. 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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.” (Subrayado fuera del texto) (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

La misma convención, en su artículo 34 y 35, determina el compromiso de los estados parte de la convención, para implementar todos los recursos necesarios

para evitar cualquier forma de explotación o abuso sexual, además de su obligación y responsabilidad para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin.

“Artículo 34

*Los Estados Partes se comprometen a **proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales**. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:*

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;

c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”

Artículo 35

*Los Estados Partes tomarán **todas las medidas** de carácter nacional, bilateral y multilateral **que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.**” (negrilla fuera del texto) (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)*

Ahora bien, en el marco del conflicto armado interno, la corte constitucional ha determinado que la protección del menor es primordial con el fin de garantizar que su desarrollo social no se vea afectado o interrumpido por el incremento del riesgo que estos niños, niñas y adolescentes asumen, con las actuaciones que se puedan llegar a desarrollar en este tipo de actos hostiles. Por lo tanto, la Corte Constitucional, en su sentencia C-547 del 2017 hace una importante determinación

acerca de la situación del menor en el conflicto y más aún cuando estos menores son incorporados a participar directamente en el conflicto siendo reclutados forzosamente por parte de los grupos armados organizados.

“La situación de especial protección en que se encuentran los menores de edad resulta determinante en un escenario de conflicto armado interno, donde se incrementan los riesgos de afectación de sus derechos, más aún cuando los menores son incorporados forzosamente al conflicto como miembros de los diferentes grupos armados. Con el fin de afrontar esta violación, el ordenamiento jurídico internacional y nacional, han adoptado medidas destinadas a evitar o atenuar las consecuencias adversas que el conflicto puede ocasionar sobre los menores. (Corte Constitucional, C547, 2017)

En conclusión, el menor o niño es su sujeto que estando y siendo parte de la sociedad ha sido reconocido tanto por el estado como por la comunidad internacional, como un sujeto que en atención a su estado de vulnerabilidad, debe ser protegido y cuidado de una forma especial y sus derechos y garantías deben ser protegidos por sobre cualquier otro interés que pueda verse enfrentado con estos pues, como ya se ha explicado anteriormente, el desarrollo social, familiar, psicológico, físico y emocional del menor es lo primordial para el Estado, la familia y la sociedad y es de obligación de todas las entidades y organismos, tanto públicos como privados, velar por la garantía de los derechos de los menores.

4. El principio de distinción del DIH

En este capítulo se expondrá la importancia del principio de distinción en el marco de una confrontación armada, siendo este el pilar del presente trabajo en atención a su aplicación en los menores, niños, niñas y adolescentes que participan en confrontaciones armadas de forma voluntaria o involuntaria.

Uno de los principios fundamentales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, el cual consiste en determinar la separación entre los combatientes y quienes participan en las hostilidades de forma directa y quienes no lo hacen. La aplicación de este principio resulta fundamental para el equilibrio del conflicto para quienes no son partícipes en las confrontaciones, así como para determinar los derechos y obligaciones que les corresponden a los actores en las hostilidades.

Por lo tanto, este principio es de suma importancia en atención a que este busca proteger y evitar violaciones de derechos a las personas quienes habitan o son cercanos a las hostilidades o a grupos armados y, por este hecho, se ven en riesgo o vulnerados por dichos ataques hostiles entre los dos grupos, sin mencionar aun, otro tipo de acciones delincuenciales y vulneraciones que los grupos armados tanto ilegales como estatales pueden efectuar sobre grupos poblacionales civiles.

Así mismo, el principio de distinción determina la diferencia entre bienes civiles y bienes militares, lo cual ayuda a evitar ataques a bienes que no representan ninguna ventaja militar para el adversario que los ataca directamente.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, en su texto “Customary International Humanitarian Law” determina, primero, que el principio de distinción es un principio creado e incluido en la normatividad internacional de forma consuetudinaria, lo que significa que en un inicio, el principio de distinción no tenía cabida en ninguna clase de texto normativo, no fue sino hasta que los estados comenzaron a reconocer su existencia, y a respetar y practicar su significado y finalidad, que fue reconocido como norma internacional ante los estados; como segundo punto, también menciona que este principio es base fundamental para el derecho internacional humanitario.

“Plainly a part of contemporary international customary law, they are applicable wherever political ends are sought through military means. No principle is more central to the humanitarian law of war than the obligation to respect the distinction between combatants and non-combatants. That principle is violated and criminal responsibility thereby incurred when organizations deliberately target civilians or when they use civilians as shields or otherwise demonstrate a wanton indifference to the protection of non-combatants”. (CICR, 2009, Pg. 11; 58)

La corte constitucional de Colombia, en su sentencia C-291 del 2007 considera, basada en determinaciones de organismos internacionales que:

“(…) el principio de distinción tiene el rango de norma imperativa de derecho internacional, o norma de ius cogens. Así ha sido indicado por múltiples instancias internacionales; por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva de 1996 sobre la Legalidad o el Uso de las Armas Nucleares, lo clasificó como el primero de “los principios cardinales (...) que constituyen la esencia del derecho humanitario”, y precisó que el principio de distinción es una regla “fundamental” que debe ser observada por todos los Estados, independientemente de que hayan ratificado o no las convenciones que las contienen, ya que constituye uno de los principios “intransgredibles”,

*y de naturaleza consuetudinaria, del Derecho Internacional Humanitario”
(subrayado fuera del texto) (Corte Constitucional, C-291 del 2007)*

Este principio de distinción se ubica en primera medida en la normatividad internacional; el artículo 48 del protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales” enuncia la obligatoriedad de la distinción entre combatientes y población civil, como se verá a continuación.

“Artículo 48 - Norma fundamental

A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.” (subrayado fuera del texto) (Protocolo adicional I a los convenios de Ginebra, 1977)

Respecto a la aplicación del principio en un escenario interno o no internacional, de una forma menos específica es posible ubicar que en el protocolo adicional II a los convenios de ginebra “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, en su artículo 13 y 14, regula la protección general que la población civil y los bienes civiles deben tener en el marco de un conflicto armado no-internacional contra todos los peligros que resulten de operaciones militares o confrontamientos armados. Por consiguiente, los grupos armados estatales y no estatales que estén en el conflicto, deben aplicar el principio de distinción entre población civil (personas y bienes civiles) y los objetivos militares (combatientes, bienes militares y personas que participan directamente en las hostilidades).

En el Estatuto de roma, en su artículo octavo, el cual determina los crímenes de guerra, en su numeral segundo, literal (B), determina un gran número de crímenes que se relacionan con el ataque a la población civil o bienes civiles en el marco de un conflicto armado. De estos, entre los puntos más destacables se pueden destacar:

“i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares” (Estatuto de Roma, 1998)

crímenes como estos no se toleran en los tribunales penales internacionales, pues se espera por parte de los participantes de una confrontación armada en el escenario de un conflicto, que sea respetada la población civil como se determina en la norma, es por esto que, de una forma muy directa y precisa, se prohíbe dirigir ataques hacia este grupo poblacional.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, en su base de datos sobre DIH consuetudinario, define el principio de distinción como una obligación en donde *“Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. **Los civiles no deben ser atacados**” (negrilla fuera del texto) (CICR, 2005)*

Es claro entonces que, para la comunidad internacional, la aplicación del principio de distinción es fundamental para mantener el equilibrio en el desarrollo de una confrontación armada, buscando proteger, sobre todas las situaciones que puedan desarrollarse en el marco del conflicto, a esta población civil y bienes civiles que, cuando no se aplica de forma adecuada el principio de distinción, terminan siendo víctimas de estos actos violentos.

4.1 El principio de distinción para la Corte Constitucional Colombiana.

La Corte Constitucional de Colombia, se ha pronunciado respecto al principio de distinción, su importancia y aplicación en diferentes sentencias de las cuales serán mencionadas dos de ellas.

La sentencia C-225 del 1995, por medio de la cual declaró constitucional el protocolo adicional II a los convenios de Ginebra, hace importantes aportes acerca del principio de distinción y su aplicación al conflicto armado.

En primera medida, conceptualiza el principio de distinción como la obligación de las partes en conflicto de diferenciar entre quienes son combatientes o reúnen los requisitos para ser parte del conflicto y quienes no lo son. Adicionalmente hace una importante aclaración, donde determina que quien no sea combatiente, bajo ninguna circunstancia puede ser objetivo militar, lo que significa que no puede dirigirse ningún ataque violento contra estos.

*“Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, **puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica.**” (negrilla fuera del texto) (Corte Constitucional, C-225 del 1995)*

Continuando con el discurso, la corte señala que el objetivo del conflicto armado es uno, que desde el punto de vista militar es debilitar a la fuerza militar del enemigo, por lo que los ataques que sean realizados a la población civil no dan esto como resultado, pues no se logra el objetivo que las partes en conflicto persiguen.

“(...) si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, (...) puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los

ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, (...).” (Corte Constitucional, C-225 del 1995)

Una importante precisión de la corte con respecto a la población civil, es que va en contravía de las disposiciones y reglas del DIH, lo que significa que está prohibido, el utilizar u obligar a la población civil a hacerse parte del conflicto, pues está exponiendo a dicha población a ataques militares y por consiguiente a la vulneración de sus derechos.

“Además, esta protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte.” (Corte Constitucional, C-225 del 1995)

En igual sentido que la determinación anterior, la corte considera que los pates del conflicto o que se encuentren en la confrontación armada no pueden por ningún motivo poner en riesgo a la población civil tanto accidentalmente como utilizando a esta población para el desarrollo de las operaciones.

“como consecuencia obligada del principio de distinción, las partes en conflicto no pueden utilizar y poner en riesgo a la población civil para obtener ventajas militares, puesto que ello contradice su obligación de brindar una protección general a la población civil y dirigir sus operaciones de guerra exclusivamente contra objetivos militares.” (negrilla fuera del texto) (Corte Constitucional, C-225 del 1995)

Esta sentencia sienta un importante precedente con respecto a la aplicación y el respeto debido al principio de distinción, adicionalmente, demuestra que la inclusión de personas que hacen parte de la población civil, en el marco de un

conflicto armado, por ninguna circunstancia pueden ser obligadas a hacer parte del conflicto con el fin de aumentar su fuerza militar y obtener ventaja militar valiéndose de la participación de estas personas.

Lo anterior nos lleva a considerar que, en el entendido de que la corte ha determinado que no se pueden vincular personas de la población civil y los niños, niñas y adolescentes que son reclutados hacen parte de la población civil y son vinculados a las fuerzas armadas de los Grupos Armados Organizados de forma forzosa, estos menores no pueden ser calificados como combatientes por parte de ningún grupo armado que busque una ventaja militar atacando a estos menores.

La sentencia de constitucionalidad C-291 del 2007, que ya ha sido estudiada anteriormente en otros aspectos, hace un estudio bastante corto pero muy preciso con respecto al principio de distinción, esto en el entendido de que ya había sido evaluado anteriormente por la misma.

En sus consideraciones señala que el principio de distinción, como ya se ha mencionado anteriormente, es una de las piedras angulares del Derecho internacional Humanitario, esto en atención a que se deriva de la protección de la población civil de los efectos de la guerra.

“El principio de distinción, que es una de las piedras angulares del Derecho Internacional Humanitario, se deriva directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo. El principio de protección de la población civil tiene carácter medular para el Derecho Internacional Humanitario. Según lo ha explicado el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “las partes en los conflictos armados tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles afectados”. En palabras de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “las poblaciones

civiles tienen una necesidad especial de mayor protección en épocas de conflictos armados”, y “todos los Estados y las partes en los conflictos armados tienen el deber de proteger a los civiles en los conflictos armados de conformidad con el derecho internacional humanitario”. (Corte Constitucional, C-291 del 2007)

Es de suma importancia tener claridad con respecto a la relevancia que el principio de distinción tiene en el marco del conflicto armado y como esto puede llegar a repercutir en el supuesto en concreto en el menor hace parte de un grupo armado organizado, toda vez que fue vinculado de forma forzosa a este. Ya se vieron los requisitos que debe tener una persona para ser considerada como civil y por consiguiente como persona protegida, sin embargo, es mucho más importante las prohibiciones que tienen las fuerzas armadas, sean legítimas o ilegítimas, de respetar a estas personas y no causar ningún tipo de daño, ni dirigir ataques a ellos, ni usar a esta población con el fin de obtener una ventaja militar.

DISCUSIÓN

La ejecución de operaciones militares en el marco de un conflicto armado es una tarea sumamente difícil de llevar a cabo, pues depende de la precisa ejecución de y coordinación de los miembros de las fuerzas militares el que se lleve a cabo la operación y se logue por esto el resultado deseado obteniendo la ventaja militar deseada.

Las decisiones tomadas por los miembros de las fuerzas militares estatales durante una confrontación armada son de suma relevancia para el éxito o fracaso de la operación, pues es su labor llevar a cabo estas con el único fin de alcanzar el objetivo militar determinado y así alcanzar la ventaja militar deseada y debilitar al grupo armado organizado ilegal.

Es innegable la presencia de menores (niños, niñas y adolescentes) en los grupos armados organizados ilegales, vinculados a estos de forma voluntaria o bien, como en la mayor cantidad de casos, reclutados y vinculados a estos grupos de forma forzosa. Su presencia es un hecho y representan un riesgo para la sociedad, para el desarrollo o ejecución de operaciones militares y para ellos mismos siendo combatientes de estos grupos o participes directos en la confrontación armada en el marco del conflicto.

Como es evidente en este punto tenemos dos situaciones que llegan a chocar o a verse confrontadas en el desarrollo de una confrontación armada en el marco de un conflicto.

Por un lado, está el o el miembro activo de las fuerzas militares quienes su labor es desarrollar las operaciones militares con el fin de alcanzar los objetivos militares determinadas para obtener la ventaja militar, teniendo esto como consecuencia la aplicación de actores y medios violentos y mortales, cuando la

situación así lo amerite, contra los miembros de los grupos armados organizados irregulares o ilegales.

Por el contrario, están los menores (niños, niñas y adolescentes) que hacen parte activa de los grupos armados organizados que, como ya se mencionó, son parte de estos o se han vinculado de forma voluntaria o como víctimas de un reclutamiento forzado. Estos menores armados, combatientes, niños soldados, también tienen un objetivo y es alcanzar la ventaja militar desarrollando tareas violentas y horribles para una persona de esa edad como lo es reducir el número de miembros de las fuerzas armadas, desarrollar actividades de espionaje o el desarrollo de otro tipo de delitos que no son parte del desarrollo de las operaciones militares del grupo al que perteneces pero que de igual forma son obligados a desarrollar.

El problema que se plantea en el presente escrito es entonces claro, estudiando la dificultad que presenta en la decisión que debe tener un miembro de las fuerzas militares estatales, en cumplimiento de unas ordenes durante el desarrollo de un operativo militar, aplicando de forma debida las disposiciones y marco normativo del Derecho Internacional Humanitario. Es en esta aplicación y respeto al marco normativo del DIH en donde entra la aplicación de principio de distinción, principio que permite a un miembro de cualquiera de los dos bandos o grupos armados distinguir o diferenciar entre un combatiente o una persona que participa directamente en las hostilidades y un civil, persona que participa de forma indirecta o que no participa en absoluto de las hostilidades.

Sin perjuicio de lo determinado anteriormente y entendiendo que cualquier persona que participe directamente en las hostilidades o que sea combatiente en un grupo armado organizado es objetivo militar y se pueden ejecutar ataques directos contra estos buscando su detención, inmovilización y hasta la muerte cuando es necesario; nos preguntamos si un menor, siendo combatiente o participante directo, estando armado, representando un peligro para la sociedad, las

fuerzas militares y los operativos que se planean desarrollar, ¿este menor en armas puede ser considerado objetivo militar? ¿es correcto que un miembro de las fuerzas armadas estatales ejecute un ataque directo contra un menor por el hecho de ser participe o combatiente? ¿hay limitaciones cuando el objetivo militar es un niño, niña o adolescente? ¿la aplicación del principio de distinción cuando se trata de niños, niñas y adolescentes debe ser favorable o desfavorable?

Son estos cuestionamientos los que afronta un miembro activo de las fuerzas militares cuando se ven en un enfrentamiento armado con uno o más menores de edad.

Se ha dicho ya y se hace énfasis en que los niños, niñas y adolescentes son personas que, por su condición de vulnerabilidad, se ha determinado que requieren una especial protección, una especial atención y la garantía particular de sus derechos fundamentales, los cuales son prevalentes a los de cualquier otra persona o ciudadano.

Por lo tanto, si bien no es sencilla la decisión que debe tomar el miembro activo de las fuerzas militares, la decisión es clara; un menor, así sea miembro de un grupo armado organizado ilegal, cumpla con las características para ser considerado como combatiente o participe directamente en las hostilidades, nunca debe ser considerado ni calificado como objetivo militar, y por lo tanto no debe ser atacado de forma directa por ningún miembro de las fuerzas pues este debe ser considerado en todo momento como población civil y persona protegida, con una protección especial adicionalmente.

Es deber de los miembros de las fuerzas militares proteger y garantizar la seguridad de la población civil durante una confrontación armada en el marco de un conflicto y los niños, niñas y adolescentes hacen parte de esta población civil sin importar su condición, posición o actividad pues, tanto constitucionalmente como en el marco normativo internacional, todas las personas, ciudadanos y en especial los

miembros de instituciones estatales deberán velar por la seguridad y garantía de los derechos de todos los niños niñas y adolescentes.

Es entonces claro que en la aplicación del principio de distinción, un miembro de las fuerzas militares estatales debe prescindir de dirigir un ataque directo a cualquier niño, niña o adolescente durante una confrontación armada, el desarrollo de una operación militar o cualquier tipo de actividad que represente un grado de violencia que pueda afectar los derechos del niño, niña o adolescente, en atención a que estos menores deben ser protegidos por sobre cualquier persona y cualquier situación y dirigir un ataque directo contra estos iría en contravía de las disposiciones constitucionales, normativas nacionales e internacionales que han determinado que los menores no deben ser vinculados a estos conflictos o confrontaciones y que si lo están deben ser protegidos para garantizar su vida, integridad física, mental y el óptimo desarrollo de su infancia y adolescencia.

Como resultado de la presente investigación se recomienda a las fuerzas militares hacer la capacitación especializada a los miembros de las fuerzas militares estatales en servicio activo acerca de la aplicación del principio de distinción respecto a los menores y la posición de estos menores como sujetos de especial protección ante cualquier situación.

CONCLUSIONES

El presente trabajo tuvo como fin exponer las dificultades que puede llegar a tener un miembro de las fuerzas militares estatales al aplicar el principio de distinción determinado por la normatividad del Derecho Internacional Humanitario, a los niños, niñas y adolescentes durante una confrontación armada en medio de un conflicto.

Por lo cual se abordó este problema desde un punto explicativo donde se inició con la conceptualización de varios elementos fundamentales para la comprensión y profundización en el estudio del mismo.

Como primera conclusión, en el primer capítulo se hizo una rápida explicación de los conceptos de Derecho internacional Humanitario, el cual se concluyó que es el marco normativo internacional que busca la humanización de los conflictos armados, tanto internos como internacionales, con el fin de reducir o disminuir el impacto que este tiene tanto hacia la población civil, así como a los partícipes o miembros de los grupos armados en conflicto.

El segundo concepto estudiado fue el de niño, niña y adolescente, tanto internacional como nacionalmente, si bien cada estado tiene en su normatividad una disposición distinta de la edad para alcanzar la mayoría de edad y las disposiciones internacionales varían en la fijación de la mayoría de edad, se ha determinado por la normatividad nacional colombiana, que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, por lo tanto, se concluyó que niño o niña es toda persona menor de 18 años.

El tercer concepto abordado en el primer capítulo fue el de persona protegida, pues se considera que este concepto representa una importancia significativa con el concepto anterior, esto en atención a que las personas protegidas son todas aquellas que no son combatientes y que no participan directamente en las hostilidades durante una confrontación armada en el marco de un conflicto. Por lo

tanto, se entiende por persona protegida a toda la población civil que no participa en los actos violentos producto de un conflicto y que por su condición de ciudadano debe ser respetadas en todo momento y no pueden ser atacadas ni violentadas de ninguna forma, en el entendido que se estaría vulnerando el DIH.

El cuarto y último concepto abordado en el capítulo primero, puede parecer que no tiene mayor relevancia para el desarrollo del escrito, sin embargo, el reclutamiento forzado de menores, concepto que se desarrolla en el cuarto punto del capítulo, es la forma más común en que los niños, niñas y adolescentes se ven involucrados en las confrontaciones armadas en el marco del conflicto. Con un estudio rápido sobre este tipo penal y también crimen de guerra, se concluye que el tipo consiste en la sustracción indiscriminada de niños, niñas y adolescentes de sus familias con el fin de integrarlos a las fuerzas armadas y usarlos con fines militares. Por lo tanto, la ejecución de este delito vulnera directa e indiscriminadamente los bienes jurídicamente tutelados del niño, niña o adolescente el cual es reclutado forzosamente, sin pasar por alto el daño moral y psicológico que a las familias se les causa al sustraer a los menores de sus hogares y familias y ponerlos en las filas de los grupos armados organizados ilegales.

En el capítulo segundo se abordó lo respectivo al conflicto armado pues, las confrontaciones armadas de las cuales se refiere el presente trabajo deben tomar lugar en el marco de un conflicto armado, en atención a que el conflicto armado debe reunir una serie de cualidades y requisitos para ser entendido como tal y, más importante aún, la ausencia de estas cualidades o requisitos impide la acción militar para el control de los actos violentos.

Por lo tanto se miró el conflicto armado desde sus dos grandes grupos, el conflicto armado internacional, el cual se configura al existir violencia declarada u hostilidades entre dos o más estados, sin importar que uno de los estados reconozca o no el conflicto; el segundo grupo son los conflictos armados internos o no internacionales, los cuales se desarrollan por confrontaciones armadas y actos

hostiles entre grupos armados organizados ilegales y las fuerzas armadas estatales, o entre dos o más grupos armados ilegales.

Con este estudio del conflicto armado, se llegó a la conclusión que las fuerzas militares en los conflictos armados internos, no pueden o no deben intervenir o dirigir acciones militares mientras que los actos violentos o las situaciones hostiles no tenga el nivel de intensidad o el grado de organización requerido para ser repelido con las fuerzas militares estatales. Esto nos dejó contextualizar el escenario en el cual los militares se ven desplegados para repeler dichos actos violentos y en los cuales se encuentran, con gran frecuencia, enfrentados a menores de edad quienes son parte de los grupos armados organizados ilegales, o bien participan directamente en las hostilidades.

El tercer capítulo se encargó de abordar un tema sumamente trascendental para el desarrollo de este trabajo el cual es la protección especial o preferente que los menores (niños, niñas y adolescentes) tienen frente a todas las demás personas y ante cualquier situación u organización de cualquier tipo.

Tanto la normatividad y jurisprudencia internacional como la normatividad y jurisprudencia nacional han sentado un concepto; se ha determinado que los niños, niñas y adolescentes, o también denominados como menores, son personas que deben ser protegidas y resguardadas en todo momento con una protección mayor, una protección especial, esto con el fin de garantizar que su desarrollo durante su infancia y adolescencia no se va a ver afectado por ningún motivo y que todos los agentes de socialización y el estado deben implementar todos los recursos y la energía en hacer esto posible.

Los menores, por lo tanto, son sujetos que requieren de esta especial protección en atención a su condición de vulnerabilidad, pues su edad los expone en un grado mayor ante cualquier tipo de acto violento y esto genera que su desarrollo no sea optimo, se vea afectado o en el peor de los casos se vea

interrumpido. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto, tienen prevalencia sobre los derechos de los demás ciudadanos o personas.

Para finalizar, se hizo un estudio del principio de distinción, principio que es fundamental para la comprensión y estudio del problema planteado en el presente trabajo y uno de los principios esenciales y primordiales que rige al Derecho internacional Humanitario y su normatividad.

El principio de distinción determina y obliga a que, en medio de una confrontación armada, o en la preparación o ejecución de una operación militar en el marco de un conflicto armado, los miembros de las fuerzas militares o de cualquier grupo armado debe hacerse la distinción o la diferenciación entre los combatientes de los grupos armados, personas que participan en las hostilidades y bienes de carácter o con fines militares, y la población civil y los bienes civiles.

Esta distinción tiene un solo objetivo obvio y es alejar a las personas que no están participando de las hostilidades de las consecuencias que puedan traer para ellos dichas confrontaciones y evitar los ataques a la población civil y a los bienes civiles; estos se ven envueltos de forma involuntaria en medio de las confrontaciones armadas de las que se ha hablado ya.

Claro está que este principio debe ser aplicado en todo momento por todos los miembros de las fuerzas militares de cualquiera de los dos bandos, y su violación o ignorancia configura el actuar de ejercer actos violentos contra las personas protegidas cualquiera en un crimen de guerra, determinado así por el estatuto de Roma, así como también en un delito en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

Reuniendo todos los conceptos y estudios hechos en el presente trabajo lo que se buscó fue mostrar la dificultad que para los miembros de las fuerzas militares puede llegar a presentarse en la aplicación del principio de distinción en el escenario en que, en medio de una confrontación armada, o ejecución de una acción militar,

los combatientes de los grupos armados organizados ilegales, sean menores de edad.

Si bien los menores armados, participes en las hostilidades y con instrucción de ejercer actos violentos contra las fuerzas militares estatales representan un riesgo y una amenaza tanto para los miembros de las fuerzas como para la ejecución de sus operativos, también es cierto que estos menores, niños, niñas y adolescentes son considerados como personas que requieren una especial protección en todo momento y ante cualquier otra persona, estos deben garantizar por sobre todas las cosas y situaciones la protección y garantía de sus derechos fundamentales pues, como ya se mencionó, constitucionalmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes son prevalentes sobre los de los demás ciudadanos.

La aplicación del principio de distinción se vuelve un poco confusa en este escenario pues, el militar en esta situación deberá decidir si ejercer la fuerza en la ejecución de su operativo militar para lograr el objetivo y con esto vulnerar, violentar y eventualmente ultimar a un menor de edad que es combatiente o participe en las hostilidades, o por el contrario desistir de la ejecución del operativo y ponderar los derechos del menor así este sea parte de un grupo armado como combatiente o participante directo y represente un riesgo para la efectiva ejecución del operativo, la integridad física del militar y hasta su vida.

Se llega a la conclusión que la posición que adopta el niño, niña o adolescente en medio de una confrontación armada, en el marco de un conflicto, no es voluntaria, y si llegase a serlo, el menor no tendría la capacidad de razonamiento para medir las consecuencias de su participación en este tipo de grupos y la ejecución de ciertos actos hostiles que ponen en riesgo su vida y las demás ciudadanos sean militares o personas protegidas; no hay que olvidar gran número de menores que se encuentran vinculados a estos grupos armados organizados por la fuerza.

Por lo tanto, siempre se debe velar por la vida e integridad del menor, sin importar su posición dentro de la confrontación armada, en el entendido que todo menor de edad o niño, niña y adolescente, debe ser protegido con una especial atención ante cualquier tipo de vulneración y, si el militar en la ejecución de su operativo militar calificara al menor como objetivo militar, estaría ignorando todo el marco normativo y jurisprudencial que le ha otorgado a este último ese rango de especial protección.

Por lo que en la aplicación del principio de distinción cuando son menores los combatientes o participantes directos en las hostilidades, la calificación debe ser siempre de persona protegida o población civil, con el fin de siempre garantizar la vida e integridad física, mental y social de este pequeño ser humano que ha tenido que integrarse a las filas de un grupo armado d forma forzosa o por diversas razones que son ajenas a su razonamiento y su voluntad.

Referencias

Secretaría General Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Jefe de la Oficina Jurídica Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2010, 9 julio). Concepto general unificado niñez y adolescencia. Recuperado 29 de junio de 2020. Disponible en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0027891_2010.htm

ACNUR Comité Español. (mayo, 2018). ¿Qué es un conflicto armado según el Derecho Internacional Humanitario? Recuperado en febrero de 2020. Disponible en https://eacnur.org/blog/que-es-un-conflicto-armado-segun-el-derecho-internacional-humanitario-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/

Comité Internacional de la Cruz Roja. (marzo 1, 2008). ¿Cuál es la definición de «conflicto armado» según el derecho internacional humanitario? Recuperado en febrero de 2020. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

ACNUR Comité Español. (2019, noviembre 25). ¿Qué es un conflicto armado según el Derecho Internacional Humanitario? Recuperado en febrero de 2020. Disponible en https://eacnur.org/blog/que-es-un-conflicto-armado-segun-el-derecho-internacional-humanitario-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2004, julio). ¿Qué es el derecho internacional humanitario? Recuperado en febrero de 2020. Disponible en file:///C:/Users/FAMILIA%20%20AH/Downloads/dih.es_.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2010, octubre 29). Personas protegidas por el DIH. Recuperado en marzo de 2020. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/protected-persons/overview-protected-persons.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2014, noviembre). NIÑOS ASOCIADOS con FUERZAS ARMADAS o GRUPOS ARMADOS. Recuperado en abril de 2020. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/icrc-003-0824.pdf>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2019, abril 23). Los niños forzados a ir a la guerra. Recuperado en abril de 2020. Disponible en <https://www.icrc.org/es/document/los-ninos-forzados-ir-la-guerra>

A pesar del proceso de paz, los niños colombianos siguen sufriendo. (2020, enero 29). *Noticias ONU*. Recuperado en abril de 2020. Disponible en <https://news.un.org>

UNICEF. (2006, mayo). Hojas informativas sobre la protección de la infancia. Recuperado en abril de 2020. Disponible en https://www.unicef.org/spanish/publications/files/Hojas_informativas_sobre_la_proteccion_de_la_infancia.pdf

I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Ginebra, (12 de agosto de 1949), Serie de tratados de las Naciones Unidas. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>

III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido de los prisioneros de guerra, Ginebra, (12 de agosto de 1949), Serie de tratados de las Naciones Unidas. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>

IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, Ginebra, (12 de agosto de 1949), Serie de tratados de las Naciones Unidas. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, (17 de junio de 1999), Serie de tratados de las Naciones Unidas. Disponible en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/cv_oit_0182_99.htm

Protocolo adicional I a los convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Ginebra, (08 de junio de 1977), Serie de tratados de las Naciones Unidas. Disponible en <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977#NORMA-FUNDAMENTAL>

Protocolo adicional II a los convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Ginebra, (08 de junio de 1977), Serie de tratados de las Naciones Unidas. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, (25 de mayo del 2000), Serie de tratados de las Naciones Unidas. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, (16 de diciembre de 1966), Serie de tratados de las Naciones Unidas, Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma-Italia, (17 de julio de 1998), Serie de tratados de las Naciones Unidas, Disponible en [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Convención sobre los Derechos del Niño. (1989, noviembre 20). Serie de tratados de las Naciones Unidas, Disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Convención Americana de Derechos Humanos. (1969, noviembre 22). Serie de tratados de las Naciones Unidas, Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Paris-Francia, (1948, diciembre 10). Serie de tratados de las Naciones Unidas, Disponible en <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/DUDDHH2017.pdf>

Declaración de los Derechos del Niño, (1959, noviembre 20). Serie de tratados de las Naciones Unidas, Disponible en <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre del 2006) Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 del 2006]. DO: 46.446. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio del 2000) Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 del 2000]. DO: 44.097. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Congreso de la República de Colombia. (10 de junio del 2011) Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. [Ley 1448 del 2011]. DO: 48.096. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html

Congreso de la República de Colombia. (26 de diciembre de 1997) Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. [Ley 418 del 1997]. DO: 43.201.

Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0418_1997.html

Constitución política de Colombia. (1991). Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de la República de Colombia. (1887) Por la cual se expide el Código Civil Colombiano. [Ley 57 del 1887]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>

Lawand, K. (2012), ¿Qué es un conflicto armado no internacional? / entrevistada por Comité Internacional de la Cruz Roja, Recuperado en marzo de 2020. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/interview/2012/12-10-niac-non-international-armed-conflict.htm>

international committee of the red cross. (2009). *Customary International Humanitarian Law* [E-Book] (Vol. 1). Recuperado en marzo de 2020. Disponible en https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=DJTxx-9ayFcC&oi=fnd&pg=PA3&dq=Customary+International+Humanitarian+Law&ots=_yrMb7gohl&sig=uWm9KuLZjmoy9WIsMJLu8vwVl10#v=onepage&q&f=false

Comité Internacional de la Cruz Roja (Ed.). (2005). *estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario (DIH) consuetudinario* (Vol. 1). Recuperado en marzo de 2020. Disponible en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule1

Registro Único de Víctimas (RUV). (2020). Unidad Para la Atención y reparación Integral a las Víctimas. *Vinculación de Niños Niñas y Adolescentes*.

Recuperado en marzo de 2020. Disponible en <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ruv/37385>

Oficina en Colombia del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos. (2003, 30 junio). *Sobre la importancia del principio humanitario de distinción en el conflicto armado interno* [Comunicado de prensa]. Recuperado en marzo de 2020. Disponible en <https://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2003/cp0313.pdf>

Jurisprudencia:

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. (2 de octubre de 1995). Case No. IT-94-1-AR72. Recuperado en febrero de 2020, de <https://cld.irmct.org/assets/Uploads/full-text-dec/1995/95-10-02%20Tadic%20Interlocutory%20Decision%20on%20Jurisdiction.pdf>

Corte Constitucional Colombiana. (25 de abril de 2007). Sentencia C-291-07 MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-291-07.htm> (*Corte Constitucional, C-291 del 2007*)

Corte Constitucional Colombiana. (18 de mayo de 1995). Sentencia C-225-95 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

Corte Constitucional Colombiana. (1 de abril de 2009). Sentencia C-240-09 MP. Dr. Mauricio González Cuervo, Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-240-09.htm>

Corte Constitucional Colombiana. (24 de abril de 2009). Sentencia C-318-03 MP. Dr. Jaime Araujo Rentería, Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-318-03.htm>

Corte Constitucional Colombiana. (2 de marzo de 2004). Sentencia C-172-04 MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño, Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-172-04.htm>

Corte Constitucional Colombiana. (24 de agosto de 2017). Sentencia C-541-17 MP. Dr. Iván Humberto Escruce Mayolo, Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-541-17.htm>

Corte Constitucional Colombiana. (2 de marzo del 2004). Sentencia C-172-04 MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño, Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-172-04.htm>