

**NIÑOS SOLDADOS:
comentarios al protocolo facultativo de la convención
sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños
en los conflictos armados**

M.^a Rosario Ojinaga Ruiz
*Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho
Internacional Público. Universidad de Cantabria*

SUMARIO

I. Introducción. II. Las formulaciones previas de las prohibiciones relativas al reclutamiento y la participación de niños en las hostilidades. A. Las normas del Derecho Internacional Humanitario y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. B. La Convención sobre los Derechos del Niño. C. El Convenio n.º 182 de la O.I.T. sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación D. La Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño III. El alcance de las prohibiciones establecidas en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados. A. La edad mínima para el reclutamiento y la participación directa en las hostilidades B. Las obligaciones para los Estados Partes (I): prohibiciones y garantías relativas al reclutamiento de niños C. Las obligaciones para los Estados Partes (II): La prohibición relativa a la participación directa en las hostilidades. D. Las obligaciones complementarias para los Estados Partes. E. Las obligaciones impuestas a los grupos rebeldes u otras formaciones armadas irregulares respecto del reclutamiento y la participación de los niños en las hostilidades. IV. La cuestión de las reservas. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho Internacional relativo a los derechos del niño está constituido por un conjunto normativo heterogéneo de normas, convencionales

y consuetudinarias, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, además de los principios generales del Derecho; en particular, el principio relativo al reconocimiento de la dignidad humana, considerado como la esencia misma de los distintos sistemas de protección de la persona (1).

El instrumento principal en la materia es la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, como culminación de un proceso que se había iniciado con los preparativos para el Año Internacional del Niño en 1979. Ya con anterioridad, la Sociedad de Naciones y las Naciones Unidas adoptaron en 1924 y 1959, respectivamente, una Declaración de los Derechos del Niño. En varios instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos — tanto universales como regionales— (2) y el Derecho Internacional Humanitario (3) se habían incluido disposiciones específicas para los niños. En

(1) Es significativo, a este respecto, el pronunciamiento de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el asunto *Furundzija*: «The essence of the whole corpus of international humanitarian law as well as human rights law lies in the protection of the human dignity of every person [...] The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d'être* of international humanitarian law and human rights law; indeed in modern times it has become of such paramount importance as to permeate the whole body of international law» (*Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N.º IT-95-17/1-T 10, 19 December 1998, ¶ 183).

(2) FERNÁNDEZ SOLA, N., *La protección internacional de los derechos del niño*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1990; GONZÁLEZ, S.M., *La protección de la infancia en el marco del Derecho Internacional*, Cruz Roja Española, Madrid, 1991; HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, Cruz Roja Española/Tirant lo blanch, Valencia, 2001; RUIZ GIMÉNEZ, J., «The Human Rights of the Child», *Review International of the Commission of Jurists*, n.º 50, 1993, pp. 81-88; VAN BUEREN, G., *The International Law of the Rights of the Child*, Save the Children/Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1998.

Para un estudio de la acción regional a favor de los derechos de la infancia: CALVENTO, U., «Los Derechos del Niño en el marco de la OEA», *Revista de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, n.º 17-18, septiembre-diciembre 1989; GUTHRIE, R., «Los niños y el Consejo de Europa», *Infancia y Sociedad*, n.º 15, mayo-junio 1992, pp. 61-84; QUINTIN, O., «Acciones Comunitarias en relación con la infancia», *Infancia y Sociedad*, n.º 15, mayo-junio 1992, pp. 85-104; VERHELLEN, E., «Los Derechos del Niños en Europa», *Infancia y Sociedad*, n.º 15, 1992, pp. 38-60.

(3) HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit.; BERMEJO GARCÍA, R./SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁN, L. «La protección intencional de los niños en los conflictos armados», *Annuaire XII-XIII, Anuario de la UNED*, Barbastro, 1995-2000, pp. 9-50; DUTLY, M.T./BOUVIER, A., «Protection of Children in Armed Conflicts: The Rules of International Law and the Role of the International Committee of the Red Cross», *The*

cambio, los instrumentos convencionales del Derecho Internacional de los Refugiados y Apátridas —el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de Nueva York de 1967, así como el Convenio de Ginebra de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas— no contienen disposiciones específicas para los niños. No obstante, varias Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa de ACNUR —algunas de las cuales tienen «intención reguladora» y forman parte del denominado *Soft Law* (4)— enuncian principios para la protección especial de los niños y adolescentes refugiados (5).

Aun cuando sus contenidos, ámbitos y técnicas de aplicación difieren, todos estos sistemas desarrollan una función concurrente o complementaria en la protección del niño en situaciones de conflicto armado (6).

International Journal of Children's Rights, vol. 4, n.º 2, 1996, pp. 181-188; GÓMEZ ISA, F., «Los niños en los conflictos armados», *Papeles de cuestiones internacionales*, n.º 69, invierno 1999-2000, pp. 77-86; HAMILTON, C., «Armed Conflict: the Protection of Children under International Law», *International Journal of Children's Rights*, vol. 5, n.º 1, 1997, pp. 1-46; PLATTNER, D., «La protección a los niños en el Derecho Internacional Humanitario», *Revista Internacional de Cruz Roja*, n.º 63, Mayo-Junio 1984, pp. 148-161; SINGER, S., «La protección debida a los niños en situaciones de conflicto armado», *Revista Internacional de Cruz Roja*, n.º 75, Mayo-Junio 1986, pp. 135-172; STAVRAKI, E., «La protection internationale des enfants en situation de conflit armé», *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 49, 1996, pp. 127-159; VAN BUEREN, G., «The international legal protection of children in armed conflicts», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n.º 4, 1994, pp. 809-826.

(4) CORTÁZAR ROTAECHE, C.J., *Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*, Universidad Pontificia de Comillas, Dykinson, Madrid, 1997, p. 168; STUCKI, J., «The Executive Committee of the UNHCR Programme», *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, n.º 3, 1989, p. 305.

(5) Conclusión N.º 47 (XXXVIII) - 1987, sobre los niños refugiados, apartado e); Conclusión N.º 59 (XL) - 1989, sobre los niños refugiados; Conclusión N.º 84 (XLVIII) - 1997 sobre los niños y adolescentes refugiados.

(6) En general, sobre las relaciones entre estos sistemas normativos: AL-FALLOUJI, I., «Pour une thèse plus humaniste de tous les droits de l'homme», *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, SWINARSKI, CH (ed.), Nijhoff, Genève/La Hagwe, 1984; CALAGEROPOULOS-STRA-TIS, A., «Droit humanitaire-Droits de l'Homme et victimes des conflits armés», *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, cit., pp. 655-662; DOSWALD-BECK, L., VITÉ, S., «Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos» *RICR*, n.º 116, 1993, pp. 99-126; EIDE, A., «The laws of war and human rights - Differences and convergences», *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, cit., pp. 675-698; GROSS ESPIELL, «Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados», *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, cit., pp. 699-712; MERON, T., «On the inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument, cit.», «The protection of the human persons under human rights law and humanitarian law», *Bulletin of Human Rights* 91/1, Naciones Unidas, Nueva York, 1992;

2. Es un hecho que, aparte de los números impresionantes de niños muertos o mutilados en conflictos armados, más de veinte millones sufren el desarraigo debido al desplazamiento interno o fuera de su país, muchos quedan huérfanos y millares son víctimas de la violación u otras formas de abuso sexual. Asimismo, se estima que *unos 300.000 jóvenes menores de 18 años de edad se han visto obligados a tomar las armas y participar en las hostilidades en más de 30 países* (7). El fenómeno afecta a niños y

MEURANT, J., «Derecho Humanitario y Derechos Humanos: especificidades y convergencias», *RICR*, n.º 116, 1993, pp. 93-98; PÉREZ GONZALEZ, M., «Las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterráneos*, Bancaja de Derecho Internacional, Aranzadi, 1997, pp. 323-393; ROBERTSON, A.H., «Humanitarian law and human rights», *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, cit., pp. 793-802; SCHINDLER, D., «El Comité Internacional de la Cruz Roja y los derechos humanos», *RICR*, n.º 31, 1979, pp. 3-15.

(7) *Protección de los niños afectados por los conflictos armados*. Informe del Representante Especial del Secretario General encargado de la cuestión de los niños en los conflictos armados, Doc. NU A/53/482, 12 de octubre de 1998, p. 6.

BENNETT, E. (ed.), *Using children in armed conflict: a legitimate African tradition? Criminalising recruitment of child soldiers*, ISS Monograph Series, N.º 32, 1998; BERMEJO GARCÍA, R./SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁN, L. «La protección internacional de los niños en los conflictos armados», cit.; BRETT, R., «Child soldiers: law, politics and practice», *The International Journal of Children's Rights*, 1996, N.º 4, pp. 115-128; BRETT, R./McCALLIN, M./O'SHEA, R., *Children: the invisible soldiers*, Instituto Henry Dunant en colaboración con el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 1993; COHN, I., «The Convention on the Rights of the Child: What it Means for Children in War», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 3, N.º 1, 1991, pp. 100-111; COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S., *Los niños soldados*, Report on the participation of children in armed conflicts and internal disturbances and tension for the United Nations Study on the Impact of armed conflict on children, Rådala Bainen, Stockholm, 1996; DUTLI, M-T., «Niños combatientes prisioneros», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 101, 1990, pp. 452-466; GÓMEZ ISA, F., «El Proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados», *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*, CALVO GARCÍA, M./FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord), Mira, Huesca, 2000, pp. 207-218; *La participación de los niños en los conflictos armados*, Universidad de Deusto, Cuaderno Deusto de Derechos Humanos, n.º 10, Bilbao, 2000; HAPPOLD, M., «Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation of Children's Participation in Hostilities», *Netherlands International Law Review*, Vol. XLVIII, 2000, pp. 27-52; HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit., pp. 367-432; HOWARD, M., «International Law and the child soldier», *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, Vol. 36, N.º 1, pp. 32-57; KOSONEN, A., *The Special Protection of Children and Child Soldiers. A Principle and its Application*, Publications of the Institute of Public Law at the University of Helsinki, Helsinki, 1987; KRILL, F., «Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Controvertido artículo 38», *Difusión*, 1989, N.º 12, pp. 11-12; «The protection of children in armed conflict», *The Ideologies of Children Rigihsm*, FREEMAN, M./VEERMAN, P. (eds.), Kluwer, Dordrecht, 1992, pp. 347-356; MASLEN, S., «The use of children as soldiers: the right to kill and be killed?», *International Journal of Children's Rights*, Vol. 6, N.º 4, 1998, pp. 445-451; SAN MARTÍN

jóvenes en Asia, América Latina, África y Oriente Medio, aunque también han participado niños en los conflictos armados ocurridos tras la desintegración de la antigua Unión Soviética y el reclutamiento de menores de 18 años es una práctica regular en algunos Estados Occidentales como Estados Unidos y Reino Unido (8). En algunos casos, el porcentaje de menores que participan en hostilidades es alarmante. Se estima que hasta el 30% de algunas unidades guerrilleras y el 50% de determinadas unidades paramilitares están formadas por niños (9). La mayor parte de ellos tienen entre 15 y 18 años, pero se conocen muchos casos de utilización en tareas militares y conexas de niños de menor edad.

Entre las causas del incremento de la utilización de niños como soldados deben considerarse, en primer lugar, *los mismos factores sociales, económicos e ideológicos que intervienen en el desencadenamiento de los conflictos armados y que resultan exacerbados como consecuencia de éstos*. Los niños que se ven obligados a luchar suelen ser pobres, analfabetos y de zonas rurales y los voluntarios están frecuentemente motivados por su deseo de escapar a la pobreza y son seducidos fácilmente por llamamientos a ideologías étnicas o religiosas (10). Entre los más vulnerables al reclutamiento por grupos o fuerzas armadas están, por ejemplo, los niños refugiados o desplazados internamente que han quedado separados de sus familias y desarraigados (11). También se están estudiando actualmente las vulnerabilidades y experiencias más específicas de las niñas soldados —que en conflictos como los de El Salvador, Etiopía o Uganda constituyen una tercera parte del total de los menores soldados (12)—, pues todavía se sabe poco de los sufrimientos extremos y las distintas funciones que éstas se ven obligadas a desempeñar durante los conflictos y una vez concluidos éstos (13).

SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., «El problema de los niños soldado». *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*, cit., pp. 219-244; SEDKY-LAVANDERO, J., «Los niños de la guerra», *Papeles de cuestiones internacionales*, N.º 62, 1997, pp. 131-141; STAVRAKI, E., «La protection internationale des enfants en situation de conflit armé», cit.

(8) *Organisation for Security Cooperation in Europe (OSCE) Briefing: The Use of Children by OSCE member States*. Human Dimension Seminar on Children and Armed Conflict, Warsaw, 23-26 May 200.

(9) *Exposición presentada por Vigilancia de los Derechos Humanos*, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial, ante la Comisión de Derechos Humanos, 55 período de sesiones, 18 de enero de 1999.

(10) *Los niños y los conflictos armados*, Doc. N.U. A/55/163-S/2000/712, de 19 de julio de 2000, p. 5, par. 13.

(11) *Ibid.*, p. 12, par. 30.

(12) *Girls with Guns. An Agenda on Child Soldiers for «Beijing Plus Five»*, Coalition to Stop the Use of Child Soldiers (<http://imagesasia.org/girlwithgun.html>).

(13) *Ibid.*, p. 15, par. 34 y 36.

Asimismo, existe una fuerte relación entre el incremento de niños soldados y la disponibilidad de armas ligeras, pequeñas, de bajo costo y fáciles de manejar. Por este motivo, la UNICEF, el Departamento de Asuntos de Desarme y la Oficina del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados de las Naciones Unidas han copatrocinado acciones de difusión vinculando la lucha contra el tráfico ilícito de estas armas y la defensa de los derechos de la infancia. Por su parte, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta la celebración la conferencia de las Naciones Unidas sobre el comercio ilícito de armas pequeñas y armas ligeras en todos sus aspectos, exhortó a los Estados a asumir el compromiso de adoptar medidas que limiten el tráfico ilícito de aquéllas y recomendó «la preparación de códigos mundiales de conducta en que se tome plenamente en cuenta la protección de los niños, incluso un sistema viable para marcar las armas y las municiones en el momento de su manufactura» (14).

Además, los testimonios directos recogidos en las zonas de conflicto suelen hacer referencia a otros motivos en el incremento de la utilización de niños en tareas militares. En general, se considera que los niños son soldados muy eficaces porque cuesta menos mantenerlos, se muestran más obedientes y son más fáciles de manipular que los adultos. Por estas mismas razones, son frecuentemente utilizados en actividades de alto riesgo, actuando en las emboscadas como avanzadillas o participando en las labores de detección y limpieza de minas.

La participación en conflictos armados tiene graves consecuencias físicas y psicológicas para los niños que están directamente relacionadas con la participación en los combates, pero también con las secuelas características de las técnicas de adiestramiento y otras medidas complementarias como el suministro de alcohol y drogas, las amenazas, los malos tratos y los abusos sexuales de los que suelen ser objeto e incluso, en algunos casos, el método mismo del reclutamiento que puede haber sido el secuestro y la separación forzosa de sus familias. También la participación de niños en las hostilidades entrena riesgos para otros niños, ya que supone una quiebra de los fundamentos de la protección especial de la que tradicionalmente se les ha considerado merecedores. Incluso, se ha constatado que la actuación de los niños soldados conlleva peligros adicionales para la población civil, pues algunos de los actos de estos menores se caracterizan por la crueldad a la que son incitados mediante la manipula-

(14) *Los niños y los conflictos armados*, Doc. N.U. A/55/163-S/2000/712, de 19 de julio de 2000, p. 5, par. 22.

ción de su inmadurez, sus temores o sus deseos de venganza cuando han presenciado torturas y ejecuciones de personas allegadas o han sido ellos mismos víctimas de la violencia.

3. La prohibición del *reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación directa en las hostilidades* figura en el artículo 77.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977. Por su parte, el Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de la misma fecha, incluye una prohibición reforzada en su artículo 4.3 (c), ya que prohíbe el *reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación –directa o indirecta– en las hostilidades*. De esta forma, el Derecho Internacional Humanitario ha expresado su rechazo por un fenómeno que interfiere gravemente en el cumplimiento de su función, pues *la utilización de niños como soldados constituye una negación de la protección especial del niño en conflictos armados*; toda ella presupone la condición de no combatiente del niño y «queda sin efecto cuando éste es utilizado para participar en las hostilidades, hasta que dicha participación cese o hasta que sea capturado» (15).

Más recientemente, estas prohibiciones han quedado reforzadas mediante la tipificación como crimen de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma en julio de 1998, del *reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o grupos armados o su utilización para la participación activa en las hostilidades*. De esta manera, el enunciado de las prohibiciones dirigidas a los Estados y grupos armados en Derecho Internacional Humanitario, queda complementado con una activación del principio de la responsabilidad penal individual por la comisión de tales actos, tanto en conflictos armados internacionales como sin carácter internacional.

Asimismo, *la participación de los niños en los conflictos armados viola los principios y los derechos fundamentales consagrados en la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño*. En concreto, como ha observado el Comité de los Derechos del Niño, la participación de los niños en actividades militares parece estar en contradicción con los principios consagrados en los artículos 3 y 6 de la Convención: el interés superior del niño y el derecho a la vida y a la supervivencia del niño. No sólo su vida y su desarrollo corren peligro, sino que se ven amenazados su derecho a la sanidad, educación, desarrollo psicológico y bienestar

(15) HERNÁNDEZ PRADA, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, Cruz Roja Española, Tirant, Madrid, 2000, p. 368.

general (16). En tal sentido, la propia Convención prohíbe en su artículo 38 el *reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación directa en las hostilidades*.

Posteriormente, dos instrumentos internacionales —uno de ámbito universal y otro de ámbito regional—, incrementaron la protección conferida a los niños contra la participación en conflictos armados. La Convención N.º 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptada en Ginebra el 17 de junio de 1999, prohíbe en virtud de su artículo 3 a) el *reclutamiento forzoso u obligatorio de niños menores de 18 años para utilizarlos en conflictos armados*. Por su parte, en el artículo 22 de la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño, adoptada en 1990 por la Asamblea de los Jefes de Estado y de Gobierno de la O.U.A., los Estados Partes asumen la *obligación de no reclutar a menores de 18 años y adoptar las medidas necesarias para garantizar que no participen directamente en hostilidades*.

Finalmente, en el ámbito del Derecho Internacional de los Refugiados, las Conclusiones del Comité Ejecutivo de ACNUR que enuncian principios para la protección especial de los niños y adolescentes refugiados incluyen una *condena del reclutamiento forzado, que los expone a la violencia y es contrario a los derechos básicos del niño* (17).

4. La necesidad de reforzar estas prohibiciones, elevando la edad mínima para el reclutamiento y la participación en las hostilidades a los 18 años en un nuevo instrumento de ámbito universal, se hizo sentir ya en el curso de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (1975-1977) (18) y, más ampliamente aun, en el momento de la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño (19). Aunque la mayor parte de los Estados no se mostraron entonces dispuestos a asumir esos compromisos, muy pronto se multiplicaron los esfuerzos en este sentido.

(16) *Comentarios acerca del informe del grupo de trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños relativo a la participación de los niños en los conflictos armados*, Doc. N.U. E/CN.4/1999/WG.13/2, 2 de octubre de 1998.

(17) Conclusión N.º 47 (XXXVIII) - 1987, sobre los niños refugiados, apartado e).

(18) *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève, 1974-1977, III, p. 314.

(19) Véanse las declaraciones de los representantes de Venezuela y Argelia en UN Doc. E/CN.4/1986/39, pp. 504-507. Véanse también las declaraciones realizadas en este sentido, en el momento de la manifestación del consentimiento, por Estados como Andorra, Argentina, Austria, Colombia, Alemania, España, Uruguay y Dinamarca.

Tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se realizaron estudios sobre las repercusiones de los conflictos armados para los niños, incluida la cuestión de su reclutamiento y participación en las hostilidades por iniciativa del CICR (20) y otras organizaciones no gubernamentales (21). En 1998, un grupo de ONGs —la *Coalición para Terminar con el Uso de Niños como Soldados* (22)— puso en marcha una campaña reclamando una mayor atención de la comunidad internacional sobre el tema.

También en diferentes foros políticos y académicos se organizaron en los últimos años varios seminarios sobre el tema (23).

En cuanto a los pronunciamientos realizados con la participación de los Estados, un primer hecho destacable fue la petición formulada por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993 al Comité de los Derechos del Niño de que estudiase la cuestión de elevar a 18 años la edad mínima de reclutamiento en las fuerzas armadas (24). Poco tiempo después, en su resolución II C, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1995) (25) tomó nota con satisfacción de los esfuerzos que estaban siendo realizados con tal fin, especialmente en el marco del Plan de Acción para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en favor de los niños afectados por conflictos armados, que en su resolución 5 hizo suyo el Consejo de Delegados (26). En el mismo sentido, se sucedieron las declaraciones en diversas conferencias intergubernamentales

(20) COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S, *Los niños soldados*. Cit.

(21) BRETT, R./McCALLIN, M./O'SHEA, R., *Children: the invisible soldiers*. Cit.

(22) Forman parte de ella las siguientes organizaciones: Amnistía Internacional, Human Rights Watch, Quaker United Nations Office (Geneva), International Federation Terre des Hommes (Geneva), Jesuit Refugee Services (Geneva), Defence for Children International. El CICR participa como observador.

(23) *Symposium on the Prevention of Recruitment into the Armed Forces and Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa*, organized by UNICED in cooperation with the NGO Sub-group of the NGO Working Group on the Convention on the Rights of the Child, held in Cape Town from 23 to 30 April 1997; *Hague Appeal for Peace - Declaration on the Use of Children in armed Forces and Armed Groups, the Hague Appeal for Peace Workshop on Stopping the Use of Children as Soldiers*, The Hague, Netherlands, 12 May 1999; *The Use of Children by OSCE member States*, Human Dimension Seminar on Children and Armed Conflict, Warsaw, 23-26 May 2000, Organisation for Security Cooperation in Europe (OSCE);

(24) A/CONF.157/24 (Part I), cap. III, sec. II, parr. 50.

(25) *RICR*, enero-febrero de 1996, n.º 817, p. 66.

(26) *Ibid.*, p. 159.

(27) y se adoptaron varios actos de organizaciones regionales como la OUA (28), ECOWAS (29), OEA (30), las instituciones de la Unión Europea (31) o algunos órganos estatales como el Congreso de los Estados Unidos (32).

Paralelamente, se emprendieron diversas iniciativas en el marco de las Naciones Unidas, destacando en tal sentido la labor realizada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y su Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud —que se ocupan de muchos aspectos de la explotación y de los malos tratos de que son objeto los niños— (33), la experta independiente en el tema de las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños (34) y el

(27) *OUA/African Network for Prevention and Protection Against Child Abuse and Neglect Continental Conference on Children in Situations of Armed Conflict*, June 1997; *Maputo Declaration on the Use of Children as Soldiers*, African Conference on the Use of Children as Soldiers, Maputo, Mozambique, from 19-22 April 1999; *Montevideo Declaration on the Use of Children as Soldiers*, Latin American and Caribbean Conference on the Use of Children as Soldiers, Montevideo, Uruguay, from 5-8 July 1999; *Declaration by the Nordic Foreign Ministers against the use of child soldiers*, Reykjavik, Iceland, August 1999; *Berlin Declaration on the Use of Children as Soldiers*, European Conference on the Use of Children as Soldiers, Berlin, Germany, from 18-20 October 1999; *Kathmandu Declaration on the Use of Children as Soldiers*, Asia-Pacific Conference on the Use of Children as Soldiers, Kathmandu, Nepal, from 15-18 May 2000.

(28) Council of Ministers of the OAU, Resolución 1659 (LXIV) *on the Plight of African Children in situations of armed conflicts*, Yaounde, Cameroon, July 1996; CM/Dec. 482 (LXX) *Decision on the African Conference on the Use of Children as Soldiers*, endorsed by the OAU Assembly of Heads of State and Government, July 1999.

(29) *Declaration and Plan of Action of the Economic Community of West African States*, March 2000.

(30) OEA, AG/RES.1709 (XXX-0/00), *Children and armed conflicts*, 5 June 2000.

(31) Resolución B4-1078 *sobre los niños soldados*, adoptada por el Parlamento Europeo el 17 de diciembre de 1998.

(32) Véase la posición expresada por el Congreso de los Estados Unidos en *Appropriations for the Department of Defense for Fiscal Year 1999, Section 8128 (a) of the Conference Report Accompanying H.R. 4103* (<http://www.hrw.org/campaigns/crp/congress.htm>).

(33) *Slavery and Slavery-like Practices, Militarization of Children*, Draft Resolution, E/CN.4/Sub.2/1989/L.62, 30 August 1989; *Contemporary Forms of Slavery, The recruitment of children into governmental and non-governmental armed forces*, updated report of the Secretary General prepared pursuant to Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities resolution 1991/34, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/35, 25 June 1992; E/CN.4/Sub.2/AC.2/1995/1/Add.1; E/CN.4/Sub.2/Res/1997/22.

(34) En 1993, conforme a una recomendación del Comité de los Derechos del Niño, la Asamblea General aprobó la resolución 48/157, de 20 de diciembre de 1993, en la que se recomendó al Secretario General que designara un experto independiente que estudiase las consecuencias de los conflictos armados en los niños. La Sra. Graça Machel, ex Ministra de Educación de Mozambique, fue nombrada Experta del Secretario General y se le confió la misión de efectuar ese estudio con la asistencia especial del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones

Representante Especial del Secretario General encargado de la cuestión de los niños en los conflictos armados (35).

5. En los últimos años, la situación de los niños afectados por conflictos armados se ha convertido también en un importante objeto de atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, en el ejercicio de su función de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, ha desarrollado una importante función en la reafirmación, desarrollo y aplicación del Derecho Internacional Humanitario (36). El 25 de agosto de 1999, tras un segundo debate abierto sobre esta cuestión, el Consejo de Seguridad adoptaba la resolución 1261 (1999) y, más tarde, la resolución 1314 (2000), de 11 de agosto (37). En ellas, expresando su preocupación por las repercusiones de los conflictos armados en los niños y sus consecuencias a largo plazo para la paz, la seguridad y el desarrollo duraderos, condenaba «el reclutamiento y uso de los niños en conflictos armados en violación del derecho internacional», pedía que se intensificasen los esfuerzos políticos y de otro carácter tales como «la promoción de la disponibilidad de alternativas para los niños a su participación en las hostilidades» e instaba a los Estados y al sistema de las Naciones Unidas a «facilitar el desarme, la desmovilización, la rehabilitación y la reintegración de los niños usados como soldados» (38).

Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Véase el Informe de la experta del Secretario General sobre las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños, Doc UN A/51/306, de 26 de agosto de 1996 y A/51/306/Add. 1, de 9 de septiembre de 1996.

(35) En respuesta al informe Machel, la Asamblea General aprobó la resolución 51/77, en la que recomendó que el Secretario General nombrara, por un período de tres años, un Representante Especial encargado de la cuestión de las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. Véanse sus informes, Doc UN E/CN.4/1998/119, de 12 de marzo de 1998; A/53/482, de 12 de octubre de 1998; A/54/430, de 10 de octubre de 1999; E/CN.4/2000/71, de 8 de febrero de 2000; E/CN.4/2001/76, de 25 de enero de 2001; E/CN.4/2002/85, 7 de febrero de 2002.

(36) BOISSON DES CHAZOURNES, L., «Les résolutions des organes des Nations Unies, et en particulier celles du Conseil de sécurité, en tant que source de droit international humanitaire», *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève-19,20 et 21 octobre 1995), CONDORELLI, L./LA ROSA, A.-M./SCHERRER, S. (dir.), Pédone, Paris, 1995, pp. 149-173; CONDORELLI, L., «La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli ...)», *RGDIP*, vol. 103, n.º 1, 1999, pp. 7-21; KERBRAT, Y., *La référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de Sécurité*, Université Pantheon-Assas (Paris II), LGDJ, Paris, 1995.

(37) Véase al respecto de estas resoluciones el *Informe adicional presentado por el Representante Especial del Secretario General sobre las repercusiones de los conflictos armados en los niños*, Sr. Olara Otunnu, de conformidad con la resolución 53/128 de la Asamblea General, Doc. N.U. E/CN.4/2000/71, 9 de febrero de 2000.

(38) Resolución 1261 (1999), par. 2, 13 y 15 del dispositivo.

Ya en 1998, el Secretario General de la Organización estableció edades mínimas para los participantes en operaciones de mantenimiento de la paz como una medida adicional y de iniciativa en los esfuerzos de la Naciones Unidas para promover los derechos del niño. Concretamente, solicitó que los Gobiernos dispuestos a aportar contingentes nacionales en ningún caso enviaran personas menores de 18 años, y consideró preferible que esas personas tuviesen al menos 21 años. Pidió también que entre los observadores militares y la policía civil no se encontrasen personas menores de 25 años (39). Estas medidas no presentaban un carácter meramente simbólico, pues ha sido un hecho común la presencia de menores de 18 años en algunos contingentes nacionales; en concreto, los aportados por Estados como Reino Unido y Estados Unidos para operaciones de paz en Somalia, Bosnia o Kosovo.

De otra parte, el propio Secretario General ha considerado prioritaria la integración de la protección y el bienestar de los niños en las operaciones de paz, que en los últimos años han incorporado un componente cada vez más importante de protección de los derechos humanos (40). Esta integración se realizaría, básicamente, incorporando de forma explícita la cuestión de los derechos y la protección de los niños a los mandatos de las operaciones, designando asesores en protección del niño para estas misiones e impartiendo capacitación en derechos y protección del niño a todo el personal de mantenimiento de la paz (41).

6. Ya en su resolución 1994/91, patrocinada por más de cincuenta Estados y adoptada mediante consenso, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados. Tras seis años de negociaciones este Grupo de Trabajo (42), que utilizó como una de las bases para sus deliberaciones

(39) Doc. NU E/CN.4/1999/WG.13/3, par. 20.

(40) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Paz y Derechos Humanos: una nueva dimensión de las operaciones para el mantenimiento de la paz», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1996*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 47-102.

(41) Doc. N.U. E/CN.4/2000/71, *cit.*; COHN, I., «The Protection of Children in Peacemaking and Peacekeeping Processes», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, pp. 129-195; «The protection of child soldiers during the Liberian peace process», *International Journal of Children's Rights*, Vol. 6, N.º 2, 1998, pp. 179-220.

(42) En el primer período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró 19 sesiones entre el 31 de octubre y el 11 de noviembre de 1994, así como el 9 de febrero de 1995 (Doc. N.U. E/CN.4/1995/96, 10 de febrero de 1995). Durante el segundo período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró siete sesiones plenarias del 15 al 26 de enero y el 21 de marzo de 1996

el anteproyecto de Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados presentado por el Comité de los Derechos del Niño (43), aprobó por consenso y aclamación el texto del Protocolo el 21 de enero de 2000.

La adopción del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (PFCDN) y su reciente entrada en vigor el 12 de febrero de 2002, han supuesto una renovación del interés doctrinal, que ya venía manifestándose en los últimos años, por el tratamiento normativo del fenómeno de los niños soldados en Derecho Internacional. En las siguientes páginas, nos proponemos ofrecer un comentario general al PFCD sobre la base de los trabajos preparatorios y los estudios previos de la doctrina (44).

(Doc., N.U. E/CN.4/1996/102, 21 de marzo de 1996). Durante el tercer período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró ocho sesiones plenarias del 20 al 30 de enero de 1997 (Doc. N.U. E/CN.4/1997/96, 13 de marzo de 1997). Durante su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró siete sesiones plenarias del 2 al 10 de febrero y el 19 de marzo de 1998 (Doc. N.U. E/CN.4/1998/102 y Add. 1, 23 de marzo de 1998). Durante su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo, (Doc. N.U. E/CN.4/1999/73); Durante su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró 21 sesiones plenarias del 10 al 21 de enero y el 23 de marzo de 2000 (Doc. N.U., E/CN.4/2000/74, 27 de marzo de 2000).

(43) Doc. N.U. E/CN.4/1994/91.

(44) BENNETT, E. (ed.), *Using children in armed conflict: a legitimate African tradition? Criminalising recruitment of child soldiers*, ISS Monograph Series, N.º 32, 1998; BERMEJO GARCÍA, R./SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁN, L. «La protección intencional de los niños en los conflictos armados», *cit.*; BRETT, R., «Child soldiers: law, politics and practice», *The International Journal of Children's Rights*, 1996, N.º 4, pp. 115-128; BRETT, R./McCALLIN, M./O'SHEA, R., *Children: the invisible soldiers*, *cit.*; COHN, I., «The Convention on the Rights of the Child: What it Means for Children in War», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 3, N.º 1, 1991, pp. 100-111; COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S., *Los niños soldados*, *cit.*; DELISSEN, A.J.M., «Legal protection of child-combatants after the Protocols: reaffirmation, development or a step backwards?», *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, DELISSEN, A.J.M./TANJA, G.J. (eds.), Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1991, pp. 153-164; DUTLI, M.-T., «Niños combatientes prisioneros», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 101, 1990, pp. 452-466; GÓMEZ ISA, F., «El Proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados», *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*, CALVO GARCÍA, M./FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord), Mira, Huesca, 2000, pp. 207-218; HAP-POLD, M., «Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation of Children's Participation in Hostilities», *Netherlands International Law Review*, Vol. XLVIII, 2000, pp. 27-52; HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, *cit.*, pp. 367-432; HOWARD, M., «International Law and the child soldier», *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, Vol. 36, N.º 1, pp. 32-57; KOSONEN, A., *The Special Protection of Children and Child Soldiers. A Principle and its Application*, Publications of the Institute of Public Law at the University of Helsinki, Helsinki, 1987; KRILL, F., «Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del

II. LAS FORMULACIONES PREVIAS DE LAS PROHIBICIONES RELATIVAS AL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN LAS HOSTILIDADES

7. Como ya hemos apuntado, antes de la adopción del PFCDN, el tema del reclutamiento y la participación de niños en hostilidades había sido abordado en diferentes instrumentos del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tal variedad de normas sobre una misma materia ha generado una situación un tanto confusa, dada la diversidad de enfoques, contenidos y ámbitos materiales y subjetivos de aplicación que les son propios.

A. LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

8. Aunque los niños tomaban parte en las guerras primitivas y durante la Edad Media y el período feudal a algunos, por su condición de caballeros, se les reconoció el privilegio de tomar las armas, su contribución al esfuerzo de guerra ha presentado históricamente un carácter excepcional (45). Así lo atestiguan las posiciones defendidas por los primeros teóricos del Derecho de la guerra en Europa (46). Son también claras las evidencias en cuanto a la incardinación de principios análogos —reconociendo

Niño. Controvertido artículo 38», *Difusión*, 1989, N.º 12, pp. 11-12; «The protection of children in armed conflict», *The Ideologies of Children Rigihstsm*, FREEMAN, M./VEERMAN, P. (eds.), Kluwer, Dordrecht, 1992, pp. 347-356; MASLEN, S., «The use of children as soldiers: the right to kill and be killed?», *International Journal of Children's Rights*, Vol. 6, N.º 4, 1998, pp. 445-451; SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., «El problema de los niños soldado», *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*, cit., pp. 219-244; SEDKY-LAVANDERO, J., «Los niños de la guerra», *Papeles de cuestiones internacionales*, N.º 62, 1997, pp. 131-141; STAVRAKI, E., «La protection internationale des enfants en situation de conflit armé», cit.

(45) KOSONEN, A., *The Special Protection of Children and Child Soldiers. A Principle and its Application*, cit., pp. 6-9;

(46) En el contexto de sus teorías sobre la Guerra Justa —derivadas de sus reflexiones sobre la legitimidad de la posesión y ocupación española de las tierras recién descubiertas en América—, los autores de la Escolástica Española del Siglo XVI defendieron la idea de que en la guerra sólo es lícita la violencia necesaria para la consecución del bien público, deduciendo del mencionado principio de la necesidad el principio del respeto debido a los inocentes. Entre los inocentes, incluyeron a las mujeres y los niños, presumiendo su incapacidad para el manejo de las armas.

específicamente la inmunidad de los niños— en otras tradiciones culturales como la africana (47) o la asiática (48).

Aun cuando se supo de la utilización excepcional de niños durante la Segunda Guerra Mundial por la Alemania nazi para la defensa de Berlín (49), los Convenios de Ginebra de 1949 no mostraron ninguna preocupación por el tema. En concreto, el IV Convenio de Ginebra de 1949, sobre la protección de las víctimas civiles de la guerra, incorpora varias disposiciones específicas sobre la protección y asistencia a los niños. *Todas ellas presuponen la condición de no combatiente del niño y no abordan directamente el problema de su reclutamiento y utilización como soldados* (50).

Sin embargo, ya en el marco de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario celebrada en Ginebra (1974-1977) se pondría de manifiesto una clara preocupa-

(47) Los estudios sobre la conducta de la guerra en el África precolonial incluyen las siguientes reflexiones a este respecto: «So far as the treatment of non-combatants was concerned, the ethical code of war ensured respect and protection for women, children and old people. Respect for women was imperative: they represented the origin, the source of life. The child represented innocence, while the elderly were considered to be close to the spirits of ancestors» (NDAM NJOYA, A., «The African Concept», *International Dimensions of Humanitarian Law*, Henry Dunant Institute/UNESCO/Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, Netherlands, 1988, pp. 5-12, en particular p. 7)

(48) Por ejemplo, en Japón el espíritu del *Bushido* —derivado de las influencias ejercidas por el culto ancestral del *Shinto*, el Confucionismo y el Budismo— ejercerá una profunda influencia en el desarrollo de la ciencia y la estrategia militar. En la obra de uno de sus principales tratadistas, OGYU SURAI (1666-1728), se afirmará a este respecto: «as a rule of attack that, since attacking the wrong and relieving the innocent was the basic military law, unjust violence in the enemy's land, harming the aged and infants, desecrating tombs, burning houses and ware-houses, destroying fores-land and dykes and poisoning wells and kitchens were strictly forbidden» (ADACHI, S., «The Asian Concept», *International Dimensions of Humanitarian Law*, *ibid.*, pp. 13-19, en particular p. 17).

(49) *Rapport du CICR sur son activité pendant la Seconde Guerre mondiale*, 1er September 1939-30 Juin 1947, vol. IV, Genève, 1948, pp. 303-306.

(50) Cabe hacer, no obstante, una precisión. El artículo 51 del IV Convenio de Ginebra de 1949 —que desarrolla la prohibición ya establecida en el artículo 52 del Reglamento de La Haya de obligar a los nacionales de un Estado enemigo a tomar parte en las operaciones de guerra dirigidas contra su propio país—, se incluyen dos prohibiciones con relevancia en la materia. En concreto, se considera ilícito el hecho de forzar a las personas protegidas, cualquiera que sea su edad, a servir en las fuerzas armadas o auxiliares de la Potencia Ocupante así como todo acto de presión o propaganda tendente a conseguir alistamientos voluntarios. De otro lado, se prohíbe el trabajo infantil al afirmarse que la Potencia Ocupante no podrá obligar a las personas protegidas menores de 18 años a desarrollar los trabajos autorizados por el mismo precepto, quedando excluidos aquellos trabajos que supongan tomar parte en las operaciones militares tales como la producción de material de guerra, la construcción de trincheras, fortificaciones, etc. (PICTET, J., *Commentary*, pp. 296-297; GASSER, H-P., «Protection of the Civilian Population», *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, FLECK, D. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 264-265).

ción por el tema. Las guerras de liberación nacional habían supuesto un progresivo incremento en la utilización de los niños en tareas militares y conexas, de modo que la cuestión de su reclutamiento por las autoridades nacionales y los grupos armados irregulares, así como su participación en las hostilidades, será regulada por primera vez en los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949, adoptados ambos el 8 de junio de 1977. En la actualidad, el Protocolo I ha sido ratificado por 161 Estados y el Protocolo II por 156 Estados (51).

9. En conflictos armados internacionales, la prohibición más categórica y amplia que había propuesto el CICR en su proyecto de artículo 68 (2) del Protocolo I (52) fue rechazada por los Estados, que la consideraban poco realista, y finalmente el artículo 77 (2) establece:

«Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de 15 años pero menores de 18 años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad».

El comportamiento exigido a las partes en conflicto consiste pues en la adopción de «todas las medidas posibles» para evitar que los menores de 15 años participen directamente en las hostilidades, resultando que, *prima facie*, todo aquello que está sujeto a su autoridad o su competencia lo es (53). A este respecto, se ha sugerido que el artículo incorpora obligaciones para los Estados Partes en una doble óptica. De un lado, se afirma su obligación de no reclutar a menores de 15 años en sus fuerzas armadas como medida siempre a su alcance. Adicionalmente, y dependiendo de las circunstancias, otras medidas pueden ser posibles respecto de los alumnos de escuelas militares, grupos paramilitares o grupos armados sobre los que el Estado no ejerce un control directo —tales como las guerrillas y partisanos progubernamentales—, en supuestos de levantamientos en masa, etc. (54).

(51) La lista correspondiente puede consultarse en (http://www.icrc.org/eng/party_gc).

(52) «The parties to the conflict shall take all necessary measures in order that children aged under fifteen years shall not take any part in hostilities and, in particular they shall refrain from recruiting them in their armed forces or addepting their voluntary enrolment» (*Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, ICRC, Geneva, 1973, p. 86).

(53) COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S., *Niños Soldados*, cit., p. 36.

(54) HAPPOLD, M.C.D., «Child Solciers in International Law», cit., p. 35.

Sin duda, el dato más destacable es que la norma *distingue entre la participación directa e indirecta en las hostilidades y evita el enunciado de obligaciones absolutas sobre la participación voluntaria indirecta de los niños menores de 15 años*. La interpretación del artículo es, en este aspecto, controvertida. En algunos casos se opta por una interpretación flexible y abierta a la participación voluntaria indirecta de los menores de 15 años (55) en consonancia con la voluntad manifestada por los Estados negociadores (56). Por el contrario, en el ámbito del CICR se recurre a una interpretación literal de la norma, en virtud de la cual cabe entender por reclutamiento tanto el enrolamiento obligatorio como el voluntario. En tal sentido, «reclutar significa también incorporar, lo que implica que las partes deben abstenerse de enrolar a niños menores de 15 años que voluntariamente quisieron formar parte de las fuerzas armadas» (57).

La fórmula empleada en la última frase del precepto es aun más débil, pues todo lo que se exige de las partes en conflicto cuando recluten a niños de entre 15 y 18 años es que procuren dar prioridad a los de mayor edad. Básicamente, la obligación enunciada «[p]uede servir a los Estados, el CICR y otros terceros interesados como fundamento jurídico para formular recomendaciones en este sentido» (58).

En términos generales, cabe concluir que la regulación establecida en el Protocolo I resulta poco severa, y no se debe olvidar que cuando un niño entre 15 y 18 años es reclutado por las fuerzas armadas en el marco de un conflicto armado internacional *será considerado combatiente en el sentido del artículo 43 del Protocolo I*. Pese a todo, aunque su alcance es limitado, estas disposiciones expresaban ya el deseo de ciertos Gobiernos de

(55) BOTHE, M./PARTSCH, K.J./SOLE, W.A., *New Rules for Victims of Armed Conflict, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions on 1949*, Nijhoff, The Hague, 1982, p. 476.

(56) En concreto, el Grupo de Trabajo del Tercer Comité de la Conferencia Diplomática observó al respecto: «Le paragraphe 2 est un text de compromis où l'interdiction absolue de recruter les enfants âgés de moins de 15 ans s'accompagne d'une restriction plus souple, en cas d'acceptation de services volontaires, à savoir prendre «toutes les mesures possibles» pour empêcher ces enfants de participer directement aux hostilités. Le groupe de travail a noté que parfois, et surtout dans les territoires occupés et pendant les guerres de libération nationale, il ne serait pas réaliste d'interdire totalement la participation volontaire des enfants âgés de moins de 15 années» (*Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du Droit international humanitaire applicable dans les Conflits Armés*, Genève (1974-1977), vol. XV, p. 546).

(57) DUTLI, M.^a T., «Niños-combatientes prisioneros», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 101, 1990, pp. 452-466, p. 454; *Commentaire des Protocoles additionnels*, cit., p. 925. La misma opinión doctrinal en HAPPOLD, M.C.E., «Child Soldiers in International Law», cit., p. 38.

(58) COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S., *Niños Soldados*, cit., pp. 36-37.

aumentar la protección reconocida a los niños y permitieron al CICR insistir, incluso ante las partes en un conflicto armado internacional que no hubieran aceptado formalmente las obligaciones derivadas del Protocolo I, en la importancia humanitaria de que los adolescentes menores de 15 años no participen en las hostilidades (59).

10. En conflictos armados sin carácter internacional, según establece el artículo 4 (3) (c) del Protocolo II:

«[...] los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades».

Este artículo es concordante con el artículo 77 del Protocolo I en la medida en que ambos imponen restricciones para la participación en las hostilidades de los menores de 15 años. Sin embargo, el lenguaje del Protocolo II es más contundente y la protección que otorga más amplia, pues prohíbe su participación —directa e indirecta— en las hostilidades. La norma es clara aunque parezca un hecho insólito que se incrementen las garantías en un instrumento aplicable a las situaciones de conflicto armado sin carácter internacional. Ello se debe a que el texto adoptado del Protocolo II es el de una propuesta alternativa introducida en el último momento por el representante de Paquistán. Aunque en términos generales se trató de introducir una propuesta menos onerosa para los Estados, parece que accidentalmente se suprimieron algunos términos en el enunciado de la prohibición relativa a la participación de los niños en las hostilidades que supusieron su reforzamiento. Como comentaba posteriormente un miembro de la delegación norteamericana:

«I don't know if anyone noticed the change in the text on child combatants; certainly no-one commented on it. In all probability, the revision was designed by Judge Hussain simply to avoid any reference to «Parties to the conflict», a phrase he excised from all articles of Protocol II in order to eliminate any suggestion that a rebellions party was being recognized as having rights under the Treaty» (60).

(59) DUTLI, M.^a T., «Niños-combatientes prisioneros», *cit.*, p. 554.

(60) Véase el comentario de ALDRICH, G.H. en TAVERNIER, P., «Combatants and Non-Combatants», *The Gulf War of 1980-1988: The Iran-Iraq War in International Legal Perspective*, DEKKER, I.F./POST, H.H.G. (Eds.), Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 149.

No se ha incluido, sin embargo, en el Protocolo II una recomendación formal de reclutar con prioridad a los niños de mayor edad en el segmento comprendido entre los 15 y los 18 años. Nada impide, sin embargo, al CICR u otras organizaciones humanitarias intervenir ante las partes en conflicto con este propósito.

11. Las prohibiciones comentadas sobre el reclutamiento y la participación de niños en las hostilidades son completadas con garantías adicionales previstas en los Protocolo I y II para los niños que participen en hostilidades; en concreto, mediante el reconocimiento de un estatuto especial para el niño capturado, internado o detenido y la interdicción de la pena de muerte.

En conflictos armados internacionales, el párrafo 3 del artículo 77 del Protocolo I está pensando en las situaciones en las que se incumpla la prohibición relativa a la participación directa en hostilidades de los menores de 15 años o en circunstancias excepcionales —tales como las acciones espontáneas de individuos o grupos pertenecientes a academias militares, cuerpos de voluntarios o sociedades patrióticas, o los supuestos de levantamientos en masa—, que de hecho supongan esa participación. Con independencia de que, atendiendo a las circunstancias del caso, se les reconozca el estatuto de prisioneros de guerra (61), sean considerados personas protegidas en el sentido del IV Convenio de Ginebra de 1949 (62) o

(61) En caso de captura, estos niños se benefician del estatuto de prisionero de guerra, que no tiene límite de edad, siendo únicamente la edad uno de los factores que justifica un trato privilegiado. No hay previsiones expresas para su repatriación, que habrá de realizarse de acuerdo con el régimen general. Sin embargo, las organizaciones humanitarias pueden hacer gestiones ante la potencia detenedora para que se beneficien de la repatriación anticipada que está prevista para los heridos y enfermos graves o aquellos cuya aptitud intelectual y física esté gravemente amenazada por el cautiverio. En principio, es necesario el consentimiento del niño para la repatriación anticipada -aunque en el caso de niños de 15 años es más fácil presumir este interés- y la Potencia detenedora podrá exigir garantías a la Potencia de origen de que en ningún caso se les volverá a asignar un servicio militar activo, lo que también es beneficioso para el menor.

Está prevista además en el III Convenio de Ginebra de 1949 -artículo 111- la posibilidad de sustituir el tradicional cautiverio de los prisioneros de guerra por el internamiento en un país neutral en virtud de un acuerdo tripartito entre la Potencia detenedora, la Potencia de origen y el país neutral (DUTLI, M-T., «Niños combatientes prisioneros», *cit.*).

(62) Si estuvieran incluidos en la categoría de personas protegidas, los niños que participan en las hostilidades son considerados en caso de captura por la Potencia enemiga internados civiles. Tienen en cuanto tales el derecho a estar reunidos con sus padres durante el internamiento y a beneficiarse de condiciones materiales de internamiento adecuadas a su edad, con inclusión de suplementos de alimentación proporcionales a sus necesidades fisiológicas, y a recibir instrucción. En cuanto al régimen disciplinario, habrá de tenerse en cuenta su edad para los castigos que se les apliquen y no se podrá dictar ni ejecutar en su contra pena de muerte. No está expresamente prevista, en estos caso, la alternativa del

queden sencillamente al amparo de las garantías mínimas previstas en el artículo 3 común y las garantías fundamentales del artículo 75 del Protocolo I, estos niños seguirán beneficiándose en todo caso de la protección especial prevista para los niños en el artículo 77 de este Protocolo, concretamente en los párrafos 1, 4 y 5 del mismo. En virtud de estas disposiciones, se protegerá a los niños contra toda forma de atentado al pudor; se les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten —por su edad o por cualquier otra razón—; si fueran arrestados, detenidos o internados se les mantendrá en lugares distintos a los de los adultos —salvo en el caso de familias alojadas en unidades familiares—; asimismo, no se podrá ejecutar la pena de muerte impuesta contra ellos por una infracción cometida en relación con el conflicto armado cuando se trate de menores de 18 años.

En conflictos armados sin carácter internacional no existen ni el estatus de combatiente ni el de prisionero de guerra, ni están previstas garantías específicas para los internados civiles. En consecuencia, el niño combatiente detenido queda expuesto a los castigos que puedan serle impuestos en virtud de la legislación nacional por haber participado en las hostilidades, contando siempre con las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común. También, en virtud de lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 4 del Protocolo II, los niños menores de 15 años que participan directamente en las hostilidades en contravención de lo previsto en el párrafo c), y son capturados, siguen gozando de la protección especial que les corresponde en virtud del párrafo 3 del artículo 4. En éste se hace referencia a la asistencia y ayuda de las que deben beneficiarse todos los niños, tales como educación, reunión de familiares, evacuación temporal y cualesquiera otras medidas que sean recomendables en su favor, pues la lista no es limitativa. Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 6.4 del Protocolo II prohíbe que se dicte la pena de muerte contra una persona menor de 18 años.

12. Desde el principio existía un consenso amplio sobre la inclusión en el ámbito de competencia material de la Corte Penal Internacional, en virtud del Estatuto adoptado en el marco de la Conferencia Diplomática reunida en Roma en julio de 1998, de un tipo penal sobre el tema, pero su contenido fue

internamiento en un país neutral, aunque no debe excluirse esta posibilidad que, por lo demás, puede encontrar una cierta cobertura jurídica en el artículo 24 del IV Convenio de Ginebra. Como toda persona internada, deben ser liberados tan pronto como desaparezcan las causas o razones de seguridad que motivaron su internamiento, pero incluso durante las hostilidades cabe que se establezcan acuerdos para su liberación y repatriación -artículo 133- (DUTLI, M-T., «Niños combatientes prisioneros», *cit.*).

objeto de un intenso debate durante las negociaciones (63). Finalmente, se han tipificado como crimen de guerra, tanto en conflictos internacionales como sin carácter internacional, el reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años o su utilización para la participación activa en las hostilidades — artículos 8 2) b) xxvi) y 8 2) e) vii), respectivamente—.

En las nociones de reclutamiento y alistamiento quedan integradas cualesquiera modalidades de incorporación formal, ya sean estas voluntarias u obligatorias, con exclusión de los supuestos de incorporación a grupos o instituciones que, aunque administradas o supervisadas por las fuerzas armadas, presenten un carácter esencialmente civil y proporcionen educación secundaria o un entrenamiento puramente vocacional; no así cuando su cometido principal sea el de proporcionar adiestramiento militar para la participación en hostilidades (64).

En el tipo correspondiente a los conflictos armados internacionales se hace referencia a las fuerzas armadas nacionales; noción que, teniendo en cuenta las negativas de algunos Estados a limitar el concepto a las fuerzas armadas regulares, puede interpretarse a la luz del artículo 43 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949. En el tipo correspondiente a los conflictos armados sin carácter internacional se hace mención de fuerzas armadas o grupos armados. La noción de fuerzas armadas, al no añadirse el calificativo de nacionales o regulares, es extensible a las formaciones que aun quedando excluidas del concepto que la legislación nacional ofrezca de aquéllas participen en las hostilidades. Respecto al concepto de grupos armados, hay que tener en cuenta que en virtud del artículo 8.2f) quedaría limitado a los grupos armados dotados de un mínimo de organización, sin que el Estatuto imponga la prueba de otros requisitos adicionales tales como la existencia de un mando responsable (65).

En cuanto a la utilización para participar activamente en las hostilidades, los trabajos preparatorios ofrecen orientación sobre el sentido atribuido a la expresión por los Estados negociadores:

«The words using and participate have been adopted in order to cover both direct participation in combat and also active participation in military activities linked to combat such as scouting, spying,

(63) Sobre las diferentes opciones manejadas, *Report of the Preparatory Committee* 1998, pp. 24-25.

(64) COTTIER, M., «War Crimes», *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, TRIFFTERER, O. (ed.), 1999, p. 260.

(65) ZIMMERMANN, A., «War Crimes», *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, p. 280.

sabotage and the use of children as decoys, couriers or at military checkpoints. It would not cover activities clearly unrelated to the hostilities such as food deliveries to an airbase or the use of domestic staff in an officer's married accommodation. However, use of children in a direct support function as acting as bearers to take supplies to the front line, or activities at the front line itself, should be included within the terminology» (66).

Afortunadamente *la participación activa es un concepto distinto del de la participación directa e incluye la utilización del menor de 15 años en las actividades que comúnmente se califican como participación indirecta*. En este sentido, el tipo definido en conflictos armados internacionales es más amplio que la prohibición establecida en la materia por el Protocolo I y puede ejercer su influencia en la cristalización de reglas consuetudinarias.

Recientemente, ha sido adoptado el proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes, que según lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto asistirá a la Corte en la interpretación y aplicación de los tipos enumerados en los artículos 6, 7 y 8. Para el tipo contemplado en el artículo 8 2) b) xxvi) los elementos del crimen han quedado definidos de la siguiente manera:

1. Que el autor haya reclutado o alistado a una persona o más personas en las fuerzas armadas nacionales o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.
3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado» (67).

Respecto del tipo contemplado en el artículo 8 2) e) vii), de utilizar, reclutar o alistar niños, se reproducen estos mismos cinco elementos, con

(66) *Report of the Preparatory Committee* 1998, Add. 1, p. 25.

(67) *Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes*, Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Adición, Segunda Parte, PCNICC/2000/1/Add.2, 2 de noviembre de 2000, p. 38.

la diferencia lógica de la inclusión en el primero de ellos de una previsión del reclutamiento o alistamiento «en fuerzas armadas o grupos», pues se están considerando las situaciones de conflicto armado sin carácter internacional (68).

Los dos últimos elementos de cada crimen de guerra describen el contexto en el que debe tener lugar la conducta. En concreto, estos elementos aclaran el nexo requerido con una situación de conflicto armado, internacional o interno, y el conocimiento de su existencia por el autor. El proyecto precisa que no se exige que el autor haya hecho una evaluación sobre la existencia de conflicto armado, ni de su carácter internacional o no internacional, ni tampoco que sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga una u otro carácter. Basta el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado (69).

B. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

13. La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 (70). Su entrada en vigor se produjo el 2 de septiembre de 1990 y en la actualidad ha sido ratificada por 191 Estados (71), constituyendo así el instrumento internacional en materia de Derechos Humanos con una manifestación más clara de universalidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional general relativo a los derechos del niño, que hasta el momento figuraba en simples declaraciones de principios y de forma dispersa en normas convencionales y consuetudinarias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados. Como ha observado HERNÁNDEZ PRADAS, este instrumento se caracteriza por su condición de *norma mínima* para los Estados

(68) *Ibid.*, p. 47.

(69) *Ibid.*, p.18.

(70) La elaboración del texto se realizó a partir de un proyecto presentado por el Gobierno polaco en el seno de un Grupo de Trabajo establecido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. También, en 1983, se estableció un grupo ad hoc integrado por Organizaciones no Gubernamentales para facilitar su contribución a los trabajos preparatorios. Al respecto, DETRICK, S., *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the travaux préparatoires*, Nijhoff, The Netherlands, 1992.

(71) Estado de las ratificaciones a 10 de enero de 2003.

Partes, su especificidad *ratione personae* y su amplitud *ratione materiae* (72). En este último aspecto, la Convención asume un enfoque holístico al enunciar las obligaciones internacionales de los Estados Partes teniendo en cuenta las diferentes categorías de los derechos del niño y afirmando inequívocamente su compromiso de respetar y garantizar estos derechos tanto en la paz como en la guerra.

Concretamente, la introducción del artículo 38, relativo a la protección de los niños en conflictos armados, se debió a una propuesta formulada conjuntamente en 1985 por los Países Bajos, Suecia y Finlandia (73). En virtud de este artículo,

(72) HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit., p. 64. También sobre estos aspectos, BOSSUYT, M., «La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant», *Revue Universelle des Droits de l'homme*, vol. 2, n.º 4, 1990, pp. 141-144; CARRERAS, M., «Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989», *Los Derechos Humanos*, BALLESTEROS, J. (ed.), Tecnos, Madrid, 1992; DÍAZ BARRADO, C., *La Convención sobre los Derechos del Niño*, Universidad Carlos III de Madrid, septiembre 1990; FERNÁNDEZ SOLA, N., *La protección internacional de los derechos del niño*, cit.; RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La Protección Jurídica del Menor en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989», *REDI*, vol. XLIV (1992), n.º 2, pp. 465-498; PÉREZ VERA, E., «El Convenio sobre los Derechos del Niño», *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.

(73) La propuesta del entonces proyecto de artículo 20 presentada por estas delegaciones era la siguiente:

«1. States Parties to the present Convention undertake to respect and to ensure respect for the rules of international humanitarian law applicable in armed conflicts which are relevant to children.

2. In order to implement these obligations States Parties to the present Convention shall, in conformity with the relevant rules of international humanitarian law, refrain in particular from recruiting children into the armed forces and shall take all feasible measures to ensure that children do not take part in hostilities» (UN Doc. E/CN.4/1985/64, Annex II, pp. 1-2, en DIETRICK, S., *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, cit., p. 503).

Esta propuesta quedó sensiblemente alterada en 1986 tras la aprobación por el Grupo de Trabajo, en una primera lectura, del proyecto de artículo 20 cuyo párrafo segundo asumía el siguiente tenor literal:

«States Parties to the present Convention shall take all feasible measures to ensure that no child takes a direct part in hostilities and they shall refrain in particular from recruiting any child who has not attained the age of fifteen years into their armed forces» (UN Doc. E/CN.4/1986/39, Annex I, p. 12, DIETRICK, S., *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, cit., p. 507).

Desde ese momento el CICR expresó sus críticas haciendo hincapié en el contenido de la Resolución IX sobre la protección del niño en conflictos armados, adoptada por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Ginebra, 1986), en la que se subrayaba que la protección acordada por la nueva Convención debería al menos ser la misma que la garantizada por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977. Las Organizaciones no Gubernamentales unieron con este propósito sus esfuerzos y en 1988 la Cruz Roja Suiza envió una comunicación a las Naciones Unidas con el apoyo

«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 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 quince 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 quince años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido quince años, pero que sean menores de dieciocho años, 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».

El primer párrafo del artículo constituye, como puede observarse, una simple remisión a las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario para los Estados Partes en la Convención. En opinión de los asesores jurídicos del CICR, hubiera sido preferible limitar el contenido del artículo 38 a esta remisión, dado que el resto de sus disposiciones *no han supuesto un desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y podrían incluso interpretarse como un retroceso con respecto al Derecho en vigor* (74).

En lo concerniente al párrafo 4, ciertamente el lenguaje empleado merece críticas pues los Estados se comprometen a la adopción de «todas las medidas posibles», supuestamente de conformidad con las obligacio-

de más de 200 organizaciones dedicadas al trabajo con la infancia. Más tarde, se sumaron a esta iniciativa el propio CICR y la Liga de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Finalmente, fue hecha suya por 657 organizaciones, 337 de las cuales afirmaban representar conjuntamente a más de 100 millones de personas. Sin embargo, estas expectativas se vieron frustradas cuando a finales de 1988 se reunió nuevamente el Grupo de Trabajo aprobando en segunda lectura el texto del actual artículo 38 tras una compleja negociación en la que algunas delegaciones se mostraron dispuestas a suprimir el artículo objeto de discusión si no era posible obtener un consenso (Véase al respecto, HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit., PP. 390-392).

(74) KRILL, F, «Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niños. Controvertido Artículo 38», cit., p. 12. Véase también de la misma autora, «The protection of children in armed conflict», cit.

nes dimanadas del Derecho Internacional Humanitario, cuando resulta que buena parte de sus disposiciones utilizan fórmulas más imperativas (75).

Son los párrafos 2 y 3 del artículo 38 los que enuncian genéricamente para las diferentes situaciones de conflicto armado las prohibiciones relativas a la participación directa en las hostilidades y el reclutamiento de niños menores de 15 años que contempla el Protocolo I, aplicable en conflictos armados internacionales. Sin embargo, no debe olvidarse que el Protocolo II incluye una prohibición reforzada en conflictos armados sin carácter internacional, ya que excluye cualquier forma de participación — directa o indirecta— en las hostilidades de las personas que no hayan cumplido los 15 años. El resultado último parece ser, como critica KRILL, la *afirmación de dos pautas de conducta en una misma materia para las situaciones de conflicto armado sin carácter internacional* (76).

Con todo, la incorporación de estas prohibiciones a la Convención sobre los Derechos del Niño puede adquirir relevancia jurídica en aquellas situaciones de conflicto armado sin carácter internacional en las que no resulte aplicable el Protocolo II por no haberse producido la correspondiente ratificación. Teniendo en cuenta la amplísima aceptación de que ha sido objeto la Convención sobre los Derechos del Niño, queda al menos asegurada en tales supuestos la obligación de los Gobiernos de atenerse a las garantías estipuladas en el Protocolo I que ahora figuran en el artículo 38 de dicha Convención. Lamentablemente, no se han enunciado en ella obligaciones específicas para los grupos o formaciones armadas irregulares. Siendo así, dicho efecto no puede hacerse extensible a los denominados conflictos armados desestructurados —relacionados con las situaciones de quiebra de la autoridad política (77)—, en que diferentes facciones armadas luchan entre sí sin participación de las fuerzas gubernamentales quedando, en principio, éstos regidos por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

14. Otro aspecto a considerar de la Convención sobre los Derechos del Niño es la relevancia que pueden adquirir otras disposiciones en los supuestos en que los niños queden privados de libertad por causas relacionadas con el conflicto, principalmente en las situaciones de conflicto

(75) Véanse, por ejemplo, los artículos 23.1, 24.1 y 50.2 del IV Convenio de Ginebra de 1949.

(76) *Ibid.*

(77) *Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado*, Documento preparatorio del Comité Internacional de la Cruz Roja para la primera reunión periódica sobre el derecho internacional humanitario, Ginebra, 19-23 de enero de 1998.

armado sin carácter internacional (78), ya que el conjunto de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario aplicables en tales situaciones no garantiza una protección muy amplia al niño entre 15 y 18 años que resulte capturado (79). En concreto, el artículo 37 incorpora las siguientes garantías:

«Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad;

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades e las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal y otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción».

15. La Convención sobre los Derechos del Niño pertenece a la categoría de los instrumentos universales (80) —tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, hasta la entrada en

(78) STAVRAKI, E., «La protection internationale des enfants en situation de conflit armé», *cit.*, p. 149.

(79) «La implicación de los niños en los conflictos armados». Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 27 de octubre de 1997, *cit.*, par. 18.

(80) Sobre las múltiples funciones que pueden cumplir estos procedimientos, véase la Observación General N.º 1 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Quinto período de sesiones, Doc. NU E/1989/22, anexo III.

vigor de su Protocolo facultativo (81), la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (82)— que tienen como única forma de supervisión el procedimiento de información.

A este respecto, se organiza un mecanismo específico de control encomendado al Comité de los Derechos del Niño, compuesto por 10 expertos internacionales independientes, elegidos por los Estados Partes (83), y creado «con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes» (84). Dichos Estados se comprometen a informar periódicamente al Comité de los Derechos del Niño sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención (85). Por su parte, los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tienen derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la Convención comprendidas en el ámbito de su mandato y pueden ser invitados por el Comité a presentar informes sobre la aplicación de las mismas (86).

El Comité de los Derechos del Niño está facultado para formular sugerencias y recomendaciones generales a los Estados Partes, basadas en la información recibida, que deberán transmitirse «a los Estados Parte interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere de los Estados Partes» (87). Un ejemplo reciente del ejercicio de esta función con respecto a la aplicación del artículo 38 lo encontramos en las observaciones finales dirigidas a Belize. En ellas puede observarse como el Comité de los Derechos del Niño combina el ejercicio de las funciones de *control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes* con las funciones de *promoción y desarrollo de principios más favorables para el niño* que también le han sido atribuidas por la Con-

(81) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 54/4, de 6 de octubre de 1999.

(82) PÉREZ VERA, E., «El Convenio sobre los Derechos del Niño», *Garantía internacional de los derechos sociales*, PECES BARBA, G., (ed.), Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 167-185; CALVO GARCÍA, M., «El mecanismo de supervisión de la Convención sobre los Derechos del Niño: diseño institucional y funcionamiento efectivo», *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, cit., pp. 161-186; SANTOS PAÍS, M., «El Comité de los Derechos del Niño», *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, n.º 47, Diciembre de 1991, pp.

(83) Artículo 43.

(84) Artículo 43.1.

(85) Artículo 44.

(86) Artículo 45 a) y b).

(87) Artículo 45 d).

vención sobre los Derechos del Niño (88). Así, aunque la edad mínima para el reclutamiento que establece el artículo 38 es la de los 15 años, el Comité de los Derechos del Niño:

«[...] observa con preocupación que la legislación nacional no contiene disposiciones sobre la edad mínima legal para el reclutamiento para las fuerzas armadas. El Comité considera motivo de preocupación la propuesta del Estado Parte de fijar los 16 años como edad mínima para el reclutamiento en el ejército. El Comité recomienda que el Estado revise su legislación para que concuerde con las disposiciones de la Convención. El Comité alienta además al Estado Parte a que establezca una edad mínima de reclutamiento y que la fije en 18 años y no en 16» (89).

C. EL CONVENIO N.º 182 DE LA O.I.T. SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL Y LA ACCIÓN INMEDIATA PARA SU ELIMINACIÓN

16. El principio de la eliminación efectiva del trabajo infantil es uno de los principales objetivos de la Organización Internacional del Trabajo desde su creación en 1919. El principio que fija en los 18 años el umbral para la admisión en «todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores» (90) ha quedado consagrado en el Convenio N.º 138 sobre la edad mínima y es reafirmado nuevamente en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada por la Conferencia de la OIT el 18 de junio de 1998. También la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce al menor de 18 años el derecho «a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social» (91).

(88) Para un análisis de ambas funciones y, más concretamente, del fundamento jurídico de esta función de promoción y su ejercicio por el Comité de los Derechos del Niño, véase HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit., pp. 548-554.

(89) *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Belize*, Doc. N.U. CRC/C/15/Add.99, 10 de mayo de 1999, par. 14.

(90) Artículo 3.1

(91) Artículo 32.1

Por el momento, la OIT se ha fijado como objetivo prioritario e inmediato la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, cuestión abordada por el Convenio N.º 182 sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, que adoptó de forma unánime la Conferencia de la OIT en junio de 1999, entrado en vigor el 19 de noviembre de 2000 y ratificado por más de 70 Estados (92). En este Convenio se define nuevamente como niño a toda persona menor de 18 años (93) y se incluye una referencia específica a los niños soldados en el concepto de las peores formas de trabajo infantil. Concretamente, según dispone el artículo 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 el tráfico 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» (94).

Aunque la prohibición enunciada en el artículo 3 a) se limita al *reclutamiento obligatorio o forzoso* de niños como soldados, la incidencia de

(92) Argelia, Argentina, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarús, Belice, Bostwana, Brasil, Canadá, Chad, Chile, Chipre, República de Corea, Dinamarca, Dominica, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Filipinas, Finlandia, Gabón, Ghana, Guyana, Hungría, Indonesia, Irlanda, Islandia, Italia, Jmahiriya Arabe Libia, Jordania, Kenya, Kuwait, Luxemburgo, Malasia, Malawi, Marruecos, Mauricio, México, Mongolia, Namibia, Nicaragua, Niger, Noruega, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Centroafricana, República Dominicana, Rumanía, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, San Marino, Santa Lucía, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Tailandia, Togo, Túnez, Ucrania, Viet Nam, Yemen, Zimbabwe

(93) Artículo 2.

(94) Artículo 3 [cursiva añadida].

este Convenio con respecto al fenómeno de la participación de los niños en conflictos armados es potencialmente más amplia en virtud del artículo 3 d). En efecto, en los trabajos preparatorios se discutió sobre la posibilidad de mencionar explícitamente la intervención de niños en conflictos armados como combatientes. En los términos en que estaba redactado el proyecto de convenio, la propia Oficina de la OIT entendía que la participación de niños en servicios militares, fuerzas armadas o conflictos armados sería contraria al mismo, en la medida en que el trabajo o actividad que estuvieran realizando podía suponer una amenaza para su salud, seguridad o moralidad. En realidad, se daba por sentado que la participación en conflictos armados supondría necesariamente dicha amenaza (95).

A pesar de que su alcance es limitado, la mención expresa al fenómeno de los niños soldados que incluye el Convenio N.º 182 de la OIT es loable. Supone, en concreto, una explicitación jurídica oportuna del vínculo existente entre el uso de niños como soldados y el fenómeno del trabajo y la explotación infantil, y una mejora parcial de las protecciones previstas en el Derecho Internacional Humanitario y la Convención sobre los Derechos del Niño.

D. LA CARTA AFRICANA DE LOS DERECHOS Y EL BIENESTAR DEL NIÑO

17. En 1979, la Asamblea de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA) adoptó en la sesión celebrada en Monrovia (Liberia) la Declaración sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (96). En julio de 1990, este mismo órgano adoptaría en la sesión celebrada en Addis Abeba (Etiopía) la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (97), que entró en vigor el 29 de noviembre de 1999 y ha sido ratificada o aceptada por más de 20 Estados (98).

En el preámbulo de la Carta, los Estados Miembros de la OUA expresan su preocupación por la situación de los niños africanos, que en muchos casos resulta crítica como consecuencia de los factores socio-económicos, culturales y tradicionales característicos de este continente; en particular,

(95) *Trabajo infantil*, Informe IV (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 87 reunión, Ginebra, 1999

(96) OAU Doc. AHG/ST.4 Rev.1.

(97) OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).

(98) Angola, Benin, Burkina Faso, Camerún, Cabo Verde, Chad, Eritrea, Guinea, Lesotho, Malawi, Mali, Mauricio, Mozambique, Niger, Senegal, Seychelles, Sudáfrica, Togo, Uganda y Zimbabwe.

la situación de desarrollo, los desastres naturales, los conflictos armados, la explotación y el hambre. De otro lado, se incluye una referencia a las virtudes de la herencia cultural, la historia y los valores de la civilización africana, que inspiran y caracterizan la reflexión de los Estados Miembros de la OUA sobre el concepto de los derechos y el bienestar del niño.

La Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño asume, con sus peculiaridades, una aproximación holística análoga a la de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que define las responsabilidades del Estado, la comunidad y el individuo en la promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los niños en África, tanto en la paz como en la guerra. Concretamente, y tras haberse definido como niño a toda persona menor de 18 años (99), los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar el respeto de las normas del Derecho Internacional Humanitario relevantes para el niño y a la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar que los niños no participen directamente en las hostilidades, absteniéndose de reclutarlos. En tal sentido, el artículo 22 dispone:

«1. States Parties to this Charter shall undertake to respect and ensure respect for rules of international humanitarian law applicable in armed conflicts which affect the child.

2. States Parties to the present Charter shall take all necessary measures to ensure that no child shall take a direct part in hostilities and refrain, in particular, from recruiting any child.

3. States Parties to the present Charter shall, in accordance with their obligations under international humanitarian law, protect the civilian population in armed conflicts and shall take all feasible measures to ensure the protection and care of children who are affected by armed conflicts. Such rules shall also apply to children in situation of internal armed conflicts, tension and strife».

18. Esta Carta contempla la creación de un Comité de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño integrado por 11 miembros, elegidos por la Asamblea de Jefes de Estado de la OUA sobre una lista de miembros propuestos por los Estados Partes (100).

En cuanto al mandato del Comité de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, se le atribuye la función de promover y proteger los

(99) Artículo 2.

(100) Artículos 32-41.

derechos y el bienestar del niño, controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en virtud de la Carta, interpretar las disposiciones de la misma a petición de un Estado Miembro o un órgano de la OUA, cualquier persona o institución reconocida por la OUA o cualquier Estado Parte en la Carta y asumir las demás funciones que puedan serle encomendadas por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno o el Secretario General de la OUA o cualquier órgano de la OUA o la Organización de las Naciones Unidas (101).

Su competencia en materia de vigilancia no es facultativa y cada Estado Parte en la Carta se compromete a someterle informes periódicos sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de aquélla y de sus progresos en la realización de los derechos en ella reconocidos (102). El Comité puede también recibir comunicaciones de cualquier persona, grupo u Organización no Gubernamental reconocida por la OUA, por los Estados Miembros de la OUA y por la Organización de las Naciones Unidas sobre las cuestiones que son de su competencia (103) y está facultado para recurrir a cualquier método adecuado de investigación, pudiendo requerir de todo Estado Parte cualquier tipo de información que considere relevante para controlar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Carta (104).

Finalmente, el Comité de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño remitirá cada dos años un informe sobre su actividad a la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA que habrá de ser posteriormente publicado (105).

III. EL ALCANCE DE LAS PROHIBICIONES ESTABLECIDAS EN EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS

19. El Grupo de Trabajo establecido en virtud de la resolución 1994/91 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobó por consenso y aclamación el texto del Protocolo facultativo de la

(101) Artículo 42.

(102) Artículo 43.

(103) Artículo 44.

(104) Artículo 45.1.

(105) Artículo 45.2 y 3.

Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el 21 de enero de 2000. Finalmente, mediante su resolución 54/263, de 26 de junio de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba y abre a la firma, ratificación y adhesión el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Hasta el momento ha sido ratificado por más de 40 Estados (106).

El PFCND se configura como un tratado internacional abierto a la firma de todo Estado que sea Parte en la Convención o la haya firmado —artículo 9.1—, así como sujeto a la ratificación y abierto a la adhesión de *todos los Estados* —artículo 9.2— Esta aproximación fue aceptada con renuencia por varios Estados, algunos de los cuales declararon que «el hecho de permitir la ratificación del protocolo facultativo sin la adhesión previa a la Convención sobre los Derechos del Niño no debía sentar un precedente para el futuro» (107) o precisaron que no tenían ningún inconveniente en aceptar esta fórmula «en la medida en que dicha ratificación supondría la aceptación de las obligaciones vinculadas a la Convención en los mismos términos que los Estados Partes en ésta» o «de los principios y artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionados en el proyecto de texto» (108). Análogamente, otros representantes señalaron que si un Estado ejercía la facultad prevista en el Protocolo, esperaban que el mismo «respetaría los principios fundamentales de la Convención principal, es decir, la Conven-

(106) Los Estados que han ratificado son: Andorra, Argentina, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Bélgica, Bulgaria, Cabo Verde, Canadá, Dinamarca, Dominica, El Salvador, España, Finlandia, Guatemala, Honduras, Irlanda, Islandia, Italia, Jamaica, Kenya, Malí, Malta, Marruecos, México, Mónaco, Namibia, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Perú, Qatar, República Checa, República Democrática del Congo, Rumanía, Rwanda, Santa Sede, Sierra Leona, Sri Lanka, Suiza, Tayikistán, Uganda y Viet Nam.

Han firmado ya los siguientes Estados: Alemania, Australia, Belice, Benín, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Camerún, Chad, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Duba, Ecuador, Eslovenia, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Gabón, Gambia, Grecia, Guinea-Bissau, Haití, Indonesia, Japón, Jordania, Kazajstán, Lesotho, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malawi, Maldivas, Mauricio, Mongolia, Nauru, Nepal, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Paquistán, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, República de Moldova, República Dominicana, San Marino, Senegal, Seychelles, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suriname, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

(107) Véanse las declaraciones del representante de Francia, en Doc. UN E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 25, par. 92.

(108) Véanse las declaraciones de los representantes de Etiopía y Uruguay en Doc. UN E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 33, par. 129, p. 35, par. 138.

ción sobre los Derechos del Niño» (109). En principio, se trata de un problema más teórico que práctico, ya que en la actualidad son Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño 191 Estados, lo que sin duda explica la aceptación de una fórmula que en otro caso hubiera resultado en exceso compleja. Sin embargo, la firma de Estados Unidos —uno de los dos Estados que junto con Somalia no ha prestado su consentimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño— abre expectativas en cuanto a la situación que puede crear su eventual ratificación del PFCND.

Las prohibiciones establecidas en el PFCND constituyen un estándar mínimo pues, como afirma en su artículo 5, ninguna de sus disposiciones se interpretará de manera que impida la aplicación de los preceptos del ordenamiento de un Estado Parte, de instrumentos internacionales o del derecho humanitario internacional cuando esos preceptos sean más propicios a la realización de los derechos del niño.

20. En virtud del artículo 8, se atribuye competencia al Comité de los Derechos del Niño para la supervisión de la aplicación del PFCND y el control del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Aunque algunas delegaciones pretendieron que la función reconocida a este Comité quedase condicionada al reconocimiento de su competencia por cada Estado Parte interesado de conformidad con el artículo 41 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (110), su competencia no es de carácter facultativo sino automática.

Se ha previsto, en concreto, la obligación de los Estados Partes de presentar un informe inicial por separado, que contenga una exposición general de las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento a las disposiciones del Protocolo facultativo, en tanto que los informes que deben presentarse ulteriormente formarán parte de los informes periódicos de cada Estado Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la aplicación de la misma (111).

Hubo algunas propuestas en las que se ampliaban notablemente las funciones del Comité, poniendo a su disposición un procedimiento de investigación de oficio cuando existiesen indicios de que un Estado Parte practicaba el reclutamiento de niños o los utilizaba como soldados en contravención con las disposiciones del PFCND. Finalmente, se ha manteni-

(109) Véanse las declaraciones de los representantes de Suecia, Suiza, Bélgica y Estados Unidos en Doc. UN E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 26, par. 96 y p. 32, par. 120, p. 32, par. 123, p. 34, par. 133, respectivamente.

(110) E/CN.4/1995/96, par. 29 y 31.

(111) Los demás Estados Partes —esto es, los que eventualmente presten su consentimiento al Protocolo facultativo sin ser Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño, presentarán un informe cada 5 años «artículo 8.3»—.

do el simple procedimiento de información mediante la presentación de informes periódicos, previéndose la posibilidad para el Comité de los Derechos del Niño de solicitar en cualquier momento información adicional a los Estados Partes (112).

A. LA EDAD MÍNIMA PARA EL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

21. Parece que a los efectos del reclutamiento y la participación en hostilidades la edad mínima para el ejercicio del derecho de voto —que una mayoría abrumadora de Estados fija en los 18 años (113)— constituye una buena referencia, dado que la participación en el proceso político ofrece un indicador del momento en que la comunidad reconoce la madurez intelectual del individuo. Es también significativa la prohibición de la pena capital para las personas menores de 18 años en el momento de la comisión del delito que figura en el Derecho Internacional Humanitario,

(112) En concreto, en el artículo 8 de la propuesta conjunta de Canadá Noruega se disponía lo siguiente:

1. Si el Comité recibe información fidedigna que, a su juicio, contiene indicaciones fundadas de que en el territorio de un Estado Parte se está reclutando o utilizando a niños en hostilidades, en contravención de lo dispuesto en el presente Protocolo, el Comité podrá pedir al Estado Parte que formule las observaciones que considere oportunas en relación con esa información.

2. Teniendo en cuenta las observaciones que pueda haber formulado el Estado Parte de que se trate y cualquier otra información pertinente disponible, el Comité podrá:

a) Tratar de obtener aclaraciones, información u observaciones adicionales de cualquier fuente, incluida, en su caso, la(s) fuente(s) de la información original;

b) Celebrar audiencias a fin de aclarar la situación;

3. El Comité podrá iniciar una investigación confidencial, inclusive una visita de sus miembros (2-3) al territorio del Estado Parte de que se trate. La visita se realizaría tras celebrar consultas con el Estado Parte en relación con las modalidades de la misma.

4. Tras examinar las conclusiones de su investigación, que se realizó de conformidad con los párrafos 2 y 3 del presente artículo, el Comité transmitirá esas conclusiones al Estado Parte de que se trate junto con cualesquiera observaciones o recomendaciones que se consideren apropiadas en vista de la situación.

5. Todas las actuaciones del Comité mencionadas en los párrafos 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales. Una vez terminadas las actuaciones relacionadas con una investigación que se lleve a cabo de conformidad con el párrafo 3, el Comité podrá decidir incluir una síntesis de los resultados de las actuaciones en su informe anual» (Doc. NU E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, pp. 14-15, par. 41).

(113) Un estudio realizado por la Unión Interparlamentaria en el que se examinaba el sistema electoral de 150 Estados reveló que al menos en 109 se establecía como límite mínimo la edad de 18 años, mientras que otros fijaban una edad levemente superior —19 a 21 años—. El límite más bajo, de 16 años, se aplicaba en cuatro países (*Electoral Systems: A World-Wide Comparative Study*, Ginebra, 1993, p. 4).

los instrumentos universales y regionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la legislación nacional de numerosos países, pues implica un reconocimiento de su capacidad reducida para apreciar la responsabilidad penal de sus actos. Por analogía, cabe argumentar que *resultaría censurable reconocer al menor de 18 años plena capacidad para discernir los motivos y riesgos de su participación en las hostilidades a raíz de decisiones políticas sobre las que no ejerce ninguna influencia* (114).

Por otra parte, es evidente la conexión que existe entre el hecho del reclutamiento y la eventual participación en las hostilidades, de manera que las prohibiciones relativas al reclutamiento pueden considerarse instrumentales y coadyuvantes respecto de las relativas a la participación en las hostilidades. Como ha señalado a este respecto el CICR:

«Es evidente que un niño que haya sido reclutado por las fuerzas armadas o por un grupo armado antes de cumplir los dieciocho años corre más riesgos de participar luego en hostilidades, si éstas ocurrieran antes de que alcance dicha edad. En efecto, habrá recibido una formación militar que será tentador utilizar en una situación de conflicto armado. Ello es especialmente cierto cuando escasean los efectivos. En efecto, en ese caso la movilización es a menudo más general y afecta en especial a los más jóvenes» (115).

Además, no es infrecuente que se reclute a niños incluso menores de 15 años que en muchos casos carecen de partida de nacimiento o de otros documentos que reflejen su edad, y, mientras puede no resultar muy difícil a sus superiores simular que han alcanzado esa edad, hay menor riesgo de abusos cuando el límite mínimo se fija en los 18 años pues son más notorias las diferencias en el aspecto físico (116). Pero ante todo, como hemos visto en relación con el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño la distinción entre niños menores de 15 y de 18 años que realiza a efectos de su participación en conflictos armados es contra-

(114) COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S, *Los niños soldados*, cit., pp. 4-6.

(115) *Ibid.*, par. 12. En el mismo sentido, las opiniones doctrinales de HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflis armados*, cit., pp. 407-408.

(116) «La implicación de los niños en los conflictos armados», *RICR*, Marzo 1998, n.º 145, p. 121, par. 14, que incluye Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por lo que atañe a la participación de los niños en los conflictos armados. Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 27 de octubre de 1997. En el mismo sentido las declaraciones del Sr. Olara A. OTUNNU, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, ante el Grupo de Trabajo (Doc. NU. E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, par. 25.

dictoria con la definición que ofrece del niño, entendiendo por tal todo ser humano menor de 18 años de edad. Parece, por tanto, inadecuado que se garantice a los niños una protección más limitada en las situaciones de conflicto armado que, por definición, suponen mayores riesgos y peligro para sus derechos.

Por estos motivos, puede afirmarse que la fórmula óptima era la que acogía el anteproyecto del Protocolo facultativo elaborado por el Comité de los Derechos del Niño, que en sus artículos 1 y 2 había fijado el mínimo común de los 18 años de edad para el reclutamiento y la participación en las hostilidades. En consecuencia, la primera crítica que suscita el texto del PFCDN es precisamente la de haber establecido *una cierta disociación entre la edad mínima para la participación en las hostilidades y la edad mínima para el reclutamiento*. Concretamente, esta disociación se ha incorporado al enunciado de las obligaciones impuestas a los Estados Partes, que aceptan el límite de los 18 años de edad para la participación directa en las hostilidades y el reclutamiento obligatorio, pero admiten la posibilidad del reclutamiento voluntario y la participación indirecta en las hostilidades entre los 16 y los 18 años.

Por el contrario, el PFCDN prohíbe categóricamente que los grupos armados recluten a menores de 18 años o los utilicen en hostilidades. Tampoco es en esto satisfactoria su política jurídica pues, como señalaba el observador de UNICEF, esta dicotomía de soluciones en relación con las fuerzas armadas nacionales y los grupos armados hace que surgan *dudas sobre la compatibilidad de las soluciones arbitradas por el protocolo con los principios de la universalidad de los derechos humanos y de la no discriminación* (117). Desde un punto de vista más práctico, también el CICR anticipaba algunas consecuencias negativas, pues no cabe esperar que los agentes no estatales se sientan vinculados por una norma diferente a la que se impone a los Estados, y por lo tanto no es seguro que la vayan a respetar (118).

Nada pudo impedir que se consumaran estos resultados, aunque los esfuerzos se sucedieron hasta el último momento. Como hecho signifiativo cabe recordar que, al iniciarse el sexto y último período de sesiones del Grupo de Trabajo, se introdujo una declaración conjunta titulada «Los organismos de las Naciones Unidas piden que se prohíba el reclutamiento y la participación de niños menores de 18 años en los conflictos armados», hecha por el Comité de los Derechos del Niño, la Oficina del Represen-

(117) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, pp. 27-28, par. 102.

(118) *Ibid.*, p. 29, par. 108.

tante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados, que fue comunicada a la prensa el 12 de enero de 2000. También la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se dirigió al Grupo de Trabajo expresando su opinión de que «ningún niño menor de 18 años debía ser reclutado en las fuerzas armadas, ya fuera de forma voluntaria o involuntaria, o participar en hostilidades armadas» (119) y recordó a los Estados que no pudieran aceptar esta postura que el protocolo tenía carácter facultativo y «habría que instar a esos Estados a que no bloquearan el consenso que estaba alcanzando la inmensa mayoría de los Estados que apoyaban en ese momento dicha postura» (120). En términos análogos se pronunciaron el representante del Comité de los Derechos del Niño y el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, apostando ambos por un Protocolo facultativo claro y firme que conservara las normas más elevadas de protección de los derechos del niño (121).

B. LAS OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS (I): PROHIBICIONES Y GARANTÍAS RELATIVAS AL RECLUTAMIENTO DE NIÑOS

22. Como observábamos previamente, la tendencia a elevar la edad mínima para el reclutamiento a los 18 años ya se había manifestado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados celebrada en Ginebra (1974-1977) y en el momento de la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño. También resulta significativo el hecho de que las legislaciones nacionales muestren una tendencia mayoritaria a adoptar la edad mínima de 18 años, e incluso una edad superior, para el reclutamiento obligatorio o conscripción (122). En tal sentido, en el anteproyecto del Comité del Niño figuraba un artículo 2 con el siguiente tenor literal:

(119) *Ibid.*, p. 8, par. 23.

(120) *Ibid.*

(121) *Ibid.*, pp. 10-11, par. 25-30.

(122) GOODWIN-GILL, G./COHN, I., *Enfants soldats - Le rôle des enfants dans les conflits armés*, Montreal, 1995, pp. 231-254; BRETT, R./ McCALLIN, M./O'SHEA, R., *Children - The invisible soldiers*, cit., pp. 53-64.

«Los Estados partes se abstendrán de reclutar en sus fuerzas armadas a cualquier persona que no haya cumplido los 18 años de edad».

Sin embargo, hubo en esencia tres tipos de propuestas que suponían una reducción de la protección conferida en ese artículo:

a) Algunos Estados hicieron propuestas en las que tendían a modificar *el límite de edad*, rebajándolo a los 17 —Estados Unidos (123)—, 16 —Cuba y Australia (124)— o incluso los 15 años de edad —Japón (125)—. En términos más generales, mientras que algunos Estados se hallaban dispuestos a aprobar sin demora un Protocolo facultativo que fijase en 18 años la edad mínima para el reclutamiento insistiendo en que era imperativo establecer este límite, otros representantes señalaron que su legislación nacional entraría en conflicto con las disposiciones del protocolo si éste se redactaba en tales términos y adujeron que el aumento de la edad límite de reclutamiento no era la única forma de proteger a los niños contra la participación en conflictos armados (126).

b) Otras propuestas incidían en el *carácter del reclutamiento*, ya que desde un principio varios Estados —como Estados Unidos (127), Países Bajos (128), Reino Unido (129) o Australia (130)—, manifestaron su interés por limitar la prohibición al reclutamiento *obligatorio* de niños.

c) Finalmente, otras propuestas tendían a limitar la prohibición añadiendo *cláusulas funcionales sobre los fines del reclutamiento*. De una parte, tanto para Japón (131) como Suecia (132) o Francia (133), el reclutamiento prohibido sería únicamente el realizado *con fines tales que éstos pudieran verse obligados a participar directamente* en las hostilidades. Por otro lado, varios Estados expresaron su preocupación por la situación específica y los límites de edad de los *niños alistados o admitidos como*

(123) E/CN.4/1995/96, par. 98.

(124) *Ibid.*, par. 114 y 115-116. No obstante, Cuba se manifestó inicialmente a favor de una fórmula que suponía el reconocimiento del límite de los 18 años, salvo que en virtud de la ley que le fuera aplicable al menor, éste hubiera alcanzado la mayoría de edad (*Ibid.*, par. 93).

(125) *Ibid.*, par. 117.

(126) *Ibid.*, par. 17-19.

(127) *Ibid.*, par. 89.

(128) *Ibid.*, par. 90.

(129) *Ibid.*, par. 91.

(130) *Ibid.*, par. 107, 116

(131) *Ibid.*, par. 94.

(132) *Ibid.*, par. 99.

(133) *Ibid.*, par. 102.

cadetes en escuelas militares e instituciones educaciones similares de sus respectivos países, que debían quedar excluidas de la prohibición general del reclutamiento de menores de 18 años (134); así, Estados como Francia (135) o Méjico (136), que la circunscribían a los solos fines educativos o de adiestramiento militar o, en el caso de Cuba (137), la extendían a la realización del servicio militar o programas regulares de alistamiento en las fuerzas armadas. Más matizada era aún la posición de Estados como Australia (138) o Reino Unido (139), que únicamente contemplaban el enro-lamiento con tales fines *de carácter voluntario*.

Todas estas tendencias, que desde un principio trataron de ser integra-das en diversas propuestas, principalmente las australianas (140), han teni-do finalmente alguna traducción en las prohibiciones fijadas por los artí-culos 2 y 3 del PFCDN.

23. El artículo 2 del PFCDN establece la *prohibición del reclutamiento obligatorio de menores de 18 años* en los siguientes términos:

«Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoria-mente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años».

Aunque el concepto de reclutamiento presentaba dificultades, por la diversidad de los sentidos que se le atribuyen en los diferentes idiomas, se impuso frente a otros términos alternativos como los de conscripción, alis-tamiento, enrolamiento, admisión e inscripción (141). El lenguaje del PFCDN no es en esto preciso, pero cabe interpretar que en el concepto de reclutamiento *obligatorio* quedarían incluidas la denominada *conscripción* y otras modalidades conocidas en la práctica como el *reclutamiento forzado* y el *reclutamiento coercitivo o abusivo* de niños.

Según los datos disponibles de la organización Rädä Barnen (Save the Children Sweden) (142), la conscripción —o reclutamiento obliga-torio en sentido estricto— por debajo de los 18 años de edad sólo es practicado actualmente en 6 Estados (143). Todos los demás acogen ese

(134) *Ibid*, par.27.

(135) *Ibid*, par. 92.

(136) *Ibid*, par. 100.

(137) *Ibid*, par. 103 y 109.

(138) *Ibid*, par. 101.

(139) *Ibid*, par.

(140) *Ibid*, par. 107,y116.

(141) *Ibid*, par. 28.

(142) Véase la base de datos CHILDDWAR (<http://www.child.soldiers.org>).

(143) Afganistán, Angola, China, Croacia, Cuba y Singapur.

límite de edad, salvo 12 de ellos que tienen ya establecida una edad superior (144).

El reclutamiento forzado se identificaría con aquellos supuestos de amenaza o atentado real contra la integridad física del niño o alguna persona allegada para forzar su reclutamiento. Algunos de estos niños son aprehendidos al azar en el campo mientras que a otros se les apresa en batidas de reclutamiento ya sea en las calles y autobuses, mercados, iglesias, orfanatos u otras instituciones de internamiento de menores. Posteriormente, son trasladados por la fuerza a centros de adiestramiento alejados de sus hogares y de sus familias. Son comunes las amenazas para disuadirlos de la desertión y, en ocasiones —como sucedió con los niños reclutados por la RENAMO en Mozambique—, se les obligó a matar a personas conocidas de sus aldeas para descartar la posibilidad de que trataran de regresar a ellas. Se ha recurrido a esta práctica para el reclutamiento en las fuerzas armadas, a modo de ejemplo, en Estados como Etiopía, Mozambique, Birmania, El Salvador o Guatemala. También está documentado su uso contra las poblaciones indígenas mayas para la incorporación en las patrullas paramilitares de defensa civil en Guatemala y la incorporación a las patrullas civiles en Perú. Ha sido igualmente una técnica muy utilizada por los grupos armados de oposición como el FLNFM en El Salvador, el EPLF en Etiopía, la RENAMO en Mozambique, Sendero Luminoso en Perú, el NPLF en Liberia, el LTTE en Sri Lanka y algunos grupos étnicos en Birmania (145).

En los supuestos de reclutamiento coercitivo o abusivo, aunque no existe prueba de amenaza física o intimidación directa, se cuenta con otros indicios para deducir que el enrolamiento fue involuntario. El ejemplo lo ofrecen en este caso varios miles de niños encontrados, en los años 80, cuando erraban por las fronteras desérticas de Sudán, Etiopía y Kenya. Según diversas fuentes de información, habían sido separados de sus familias a muy corta edad por el Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés —SPLA— y utilizados con el tiempo como tropas de vanguardia y en la limpieza de campos de minas (146).

Con todo, la principal distinción y probablemente la más artificial, es la que introduce el PFCDN entre reclutamiento *obligatorio* y *voluntario*. Todo indica que muchos niños soldados que no han sufrido el recluta-

(144) Benin, Chad, Gabón, Irak, Corea del Sur, Lituania, Rumanía, Suecia, Suiza, Togo, Túnez y Turquía.

(145) *Niños Soldados, cit.*, pp. 10-15.

(146) *Ibid.*, p. 14.

miento forzado o coactivo, o mediante conscripción, han sido igualmente «objeto de manipulaciones compuestas de incentivos y presiones sutiles más difíciles de combatir que el propio reclutamiento forzado flagrante» (147). Así, algunos optan por hacerse voluntarios para evitar las consecuencias del reclutamiento forzado o coactivo, ya que al menos obtienen permisos para visitar a sus familias y un mejor trato y consideración entre sus compañeros. Muchos contemplan esta opción como la única forma de asegurarse el sustento, lo que se potencia fácilmente con engaños y promesas de recompensas futuras; otros, como los refugiados y desplazados internos, han quedado solos y desarraigados, han presenciado actos de violencia contra sus familiares y conocidos, o los han sufrido, y es su sentimiento de vulnerabilidad o su deseo de venganza el que les incita a integrarse en un grupo y tomar las armas; en ocasiones, todo el desarrollo intelectual de estos niños ha tenido lugar en un contexto caracterizado por la militarización de la vida cotidiana y las tentativas de adoctrinamiento.

24. El artículo 3 del PFCDN establece *la obligación de los Estados de elevar a más de 15 años la edad del reclutamiento voluntario* —que no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control— e introduce un régimen de garantías para este tipo de reclutamiento. Concretamente, se dispone a este respecto lo siguiente:

«1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

2. Cada Estado Parte depositará, al ratificar el presente Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.

3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:

(147) *Ibid.*, p. 15.

- a) Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario;
- b) Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal;
- c) Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar;
- d) Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

4. Cada Estado Parte podrá ampliar su declaración en cualquier momento mediante notificación a tal efecto dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual informará a todos los Estados Partes. La notificación surtirá efecto desde la fecha en que sea recibida por el Secretario General.

5. La obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño».

Según los datos disponibles de la Organización Rádda Barnen (Save the Children Sweden), parecen ser únicamente 6 los Estados que en la actualidad admiten el reclutamiento voluntario de niños menores de 16 años (148). Serían aun más de 40 los Estados que practican el reclutamiento voluntario entre los 16 y 18 años de edad (149).

La posición de principio que en punto ha asumido el PFCDN es débil e insatisfactoria. Aunque este hecho ha tratado de compensarse con un régimen de garantías para el reclutamiento voluntario —tales como, el conocimiento de sus padres, tutores legales u otras personas jurídicamente responsables de éste y la necesidad de medidas legislativas y administrativas a este respecto— (150), el enfoque adoptado no es realista. Resultará muy difícil sobre el terreno determinar si los niños han sido reclutados voluntariamente o no. Aunque las salvaguardias constituyan un aspecto positivo, en muchos Estados afectados por la guerra existen esca-

(148) Irak, Japón, Laos, Libia, Nepal y Rwanda. Todos ellos establecen el umbral de los 15 años salvo Libia, que al parecer admite el reclutamiento voluntario de niños de 14 años.

(149) Alemania, Australia, Austria, Bangladesh, Bhután, Brasil, Burundi, Canadá, Chile, China, República Dominicana, El Salvador, Estados Unidos, Finlandia, Grecia, Holanda, India, Irlanda, Israel, Italia, Corea del Norte, Luxemburgo, Mauritania, Méjico, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Paquistán, Perú., Polonia, Singapur, Sudáfrica, Sudán, Reino Unido, y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

(150) E/CN.4/1995/96, par. 104, 116.

sas posibilidades de proporcionar una prueba fiable de la edad —por ejemplo, cuando no se haya registrado el nacimiento, no esté prevista la concesión de documentos que lo acrediten a menores de 18 años o, simplemente, no exista registro de nacimientos porque ha sido destruido—, o de otros datos contemplados en el artículo como garantías (151).

En todo caso, las limitaciones y excepciones previstas en este artículo 3 se refieren exclusivamente a la prohibición del reclutamiento y no a la participación directa en las hostilidades enunciada en el artículo 1 (152). Conviene recordarlo, porque hubo alguna propuesta para que se incluyera esta excepción tanto en el contexto de la prohibición de la participación en las hostilidades como del reclutamiento de menores de 18 años (153).

Asimismo, al ratificar el PFCDN, los Estados tienen siempre la posibilidad de depositar declaraciones vinculantes en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.4, por las que establezcan la edad mínima de 18 años para el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales. El primer Estado que lo ha hecho así ha sido Andorra.

25. El artículo 3.5 del PFCDN reconoce *la excepción relativa a las academias y escuelas militares*. Concretamente se afirma:

«5. La obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño».

La referencia queda limitada a las escuelas militares administradas por el ejército porque, como pusieron de manifiesto algunas delegaciones, si esas escuelas sólo lo fueran de enseñanza y no supusieran reclutamiento en las fuerzas armadas no hubiera sido necesario referirse a ellas en el Protocolo facultativo (154).

(151) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 29, par. 107.

(152) En este sentido era interesante la propuesta de Polonia respecto de la negociación de las cuestiones que regula finalmente el artículo 3, indicando a este respecto que tales circunstancias «no se podrán interpretar en el sentido de que permitirían suspender la aplicación de las disposiciones del artículo 1» (E/CN.4/1995/96, par. 119).

(153) E/CN.4/1995/96, par. 77 —«con excepción del reclutamiento de cadetes en escuelas militares»—, y 81 —«no se aplicará a los niños de las academias militares»—. Es criticable el hecho de que pretenda introducirse esta excepción en el marco de un artículo que prohíbe la participación en las hostilidades. Más sentido tiene, y así quedo reconocido, esta excepción respecto de la obligación específica de reclutamiento de menores de 18 años (E/CN.4/1995/96, par. 96).

(154) E/CN.4/2000/Wg.13/CRP.1/Rev.1, p. 20, par. 65.

Se trata de otro punto débil en el texto del PFCND porque ofrece la posibilidad de burlar los límites de edad fijados para el reclutamiento (155) dado que, como observaba el representante ruso, el artículo 3 encierra un defecto importante al no establecer un límite de edad para la aplicación de esta excepción (156). Además, existe siempre el riesgo ya comentado de que se pida a estos menores de 18 años que participen en las hostilidades por haber recibido la formación necesaria y, en todo caso, «como estos establecimientos dependen administrativamente de las fuerzas armadas se puede pensar que los estudiantes son miembros de dichas fuerzas convirtiéndose así en blanco de ataques» (157). Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ya ha anticipado a este respecto que lo ideal, para reducir en la medida de lo posible estos riesgos, sería que las instituciones en cuestión fuesen supervisadas por el Ministerio de Educación y no por los Ministerios de Defensa.

C. LAS OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS PARTES (II): LA PROHIBICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

26. En el artículo 1 del PFCND se establece a este respecto que:

«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades».

En Derecho Internacional Humanitario el concepto de hostilidades se identifica con los actos de guerra que, por su índole o finalidad, estén destinados a atacar al personal y material de las fuerzas armadas del adversario (158). Se ha defendido que en la noción quedarían comprendidos los preparativos para el combate y el regreso del combate (159), y en el caso de civiles que utilizan un arma su participación en hostilidades cubre también

(155) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 29, par. 107.

(156) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 36, par. 142.

(157) «La implicación de los niños en los conflictos armados», *RICR*, Marzo 1998, n.º 145, p. 121, par. 12, que incluye Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por lo que atañe a la participación de los niños en los conflictos armados. Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 27 de octubre de 1997.

(158) Actas XIV, CDDH/III/SR.2, p. 16.

(159) Actas XV, CDDH/III/224, p. 32.

el tiempo durante el cual la portan (160) y en el que cometan actos hostiles sin usar el arma (161).

El artículo 1 del anteproyecto del Comité de los Derechos del Niño enunciaba la prohibición de la participación en las hostilidades para los menores de 18 años, según una fórmula que se extendía a cualquier forma de participación. Sin embargo, desde el primer momento algunos Estados —por ejemplo, Japón (162) y Nigeria (163)— insistieron en que la prohibición quedase limitada a la participación *directa* de estos menores en las hostilidades.

El Protocolo facultativo reitera, pues, la distinción entre participación directa e indirecta que ya conocen el Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención sobre los Derechos del Niño. Se hace entonces preciso determinar el sentido de la participación directa, que no es definida por ninguno de estos instrumentos (164). Según los comentarios más autorizados ésta supondría la existencia de «un nexo causal entre la actividad ejercida y los daños inflingidos al enemigo en el momento en que se ejerce esta actividad y en el lugar donde se ejerce» (165), identificándose así con «los actos de guerra que por su carácter u objetivo tienen por fin causar concretamente estragos en el personal y el material de las fuerzas armadas contrarias» (166). Consecuentemente, la participación indirecta consistiría en actos como la búsqueda y transmisión de información militar —esto es, transmisión de mensajes, espionaje o sabotaje—, el transporte de armas y municiones, el abastecimiento o la detección y limpieza de minas y otras tareas que, como norma, parecen ser las labores más frecuentemente encomendadas en la práctica a los menores.

Esta distinción debilita mucho la protección del niño y es criticable porque la prohibición de la participación indirecta —como sucede con el reclutamiento voluntario—, es una medida instrumental muy recomendable si se quiere una eliminación efectiva de la participación directa. Ade-

(160) Artículo 45 del Protocolo I.

(161) *Commentaire des Protocoles additionnels*, cit., p. 633, par. 1943.

(162) E/CN.4/1995/96, par. 67 y 76. Incluso se expresó esta concepción respecto de la prohibición del reclutamiento, que para este Estado debía limitarse al reclutamiento «como combatiente que participa directamente en las hostilidades», par. 94.

(163) E/CN.4/1995/96, par., 81, 85.

(164) Durante las negociaciones la delegación italiana pidió que se estableciera una interpretación auténtica con el fin de aclarar la noción, pero esta iniciativa no prosperó (E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 29, par. 116).

(165) Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja, cit., par. 29; *Commentaire des Protocoles additionnels*, cit., pp. 522 y 633.

(166) *Ibid.*

más, resulta evidente que ambas formas de participación pueden acarrear los mismos peligros frente a los ataques del enemigo. En el mismo sentido, cabe advertir que la participación indirecta implica riesgos particulares también muy graves para los niños —como la eventual acusación de espionaje— y no aleja a estos menores de un contexto en el que son frecuentes los castigos, malos tratos y abusos sexuales, quedando en todo caso cerciorados sus derechos a la sanidad, la educación, el desarrollo psicológico y el bienestar general. Aunque la técnica jurídica pueda hacerlo posible, no se comprende que una participación indirecta con tales implicaciones de niños entre 15 y 18 años resulte aceptable para los mismos Estados que han proclamado su compromiso con los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y asumido como un objetivo prioritario la eliminación de la explotación infantil -en particular, las peores formas del trabajo infantil- en instrumentos adoptados por la OIT, en ambos casos respecto de toda persona menor de 18 años.

D. LAS OBLIGACIONES COMPLEMENTARIAS PARA LOS ESTADOS PARTES

27. Puede afirmarse que el PFCDN establece ciertas obligaciones complementarias a cargo de los Estados Partes, en la medida en que su objetivo no es otro que el de prevenir y sancionar el incumplimiento de las prohibiciones relativas al reclutamiento y la participación de niños en hostilidades o garantizar la desmovilización y la asistencia a los niños que hubieran participado en conflictos armados en contravención de sus disposiciones. Aunque la mayor parte de estas obligaciones se imponen a los Estados con carácter individual, éstos han asumido una responsabilidad colectiva al afirmar su deber de cooperación en la financiación de programas para la rehabilitación y la reintegración social de los niños soldados. Dicha cooperación la llevarán a cabo en consulta con los Estados Partes afectados y las organizaciones internacionales pertinentes, en tanto que la asistencia internacional se prestará mediante los programas multilaterales, bilaterales o de otro tipo existentes o, entre otras cosas, mediante un fondo voluntario constituido a tal efecto (167).

En el artículo 6(1) se enuncia la obligación de *adoptar todas las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar la aplicación efectiva y la vigilancia del cumplimiento efectivo de las dis-*

(167) Artículo 7 del PFCDN.

posiciones del PFCDN dentro de su jurisdicción. Se ha suprimido la referencia incluida en la propuesta conjunta de Canadá y Noruega a la imposición de sanciones penales, que había provocado algunas reacciones por parte de quienes asumiendo que las sanciones debían afectar a todas las partes —esto es, tanto a los agentes no estatales como a los estatales—, defendían que a los agentes estatales que violaran el PFCDN debían aplicárseles medidas administrativas más que penales (168).

En el artículo 6 (2) los Estados Partes se comprometen a *difundir y promover por los medios adecuados, entre adultos y niños por igual, los principios y disposiciones del Protocolo.* Se trata de una disposición inspirada en la obligación de difusión y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario que figura en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II de 1977 (169). El enunciado en el PFCDN es, no obstante, menos preciso pues en Derecho Internacional Humanitario se afirma la obligación de incorporar el estudio de las normas pertinentes a los programas de instrucción militar y civil y se especifica que la responsabilidad en materia de difusión ha de ejercerse tanto en tiempo de paz como en período de conflicto armado. Sin embargo, mientras que en el marco del Derecho Internacional Humanitario no se ha logrado establecer un mecanismo específico de supervisión del cumplimiento de estos compromisos (170), el control del cumplimiento de las obligaciones relativas a difusión y promoción de los principios y disposiciones del PFCDN, al igual que sucede con el resto de las obligaciones asumidas por los Estados Partes, será ejercido por el Comité de los Derechos del Niño.

Asimismo, en virtud del artículo 6 (3), los Estados Partes asumen obligaciones con respecto a las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades en contradicción con las disposiciones del PFCDN. En concreto, deberán *adoptar todas las medidas posibles para que sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro*

(168) Doc. NU E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 17, par. 48.

(169) Artículos 47, 48, 127 y 144 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente, artículo 83 del Protocolo I y 19 del Protocolo II.

(170) En concreto, en el marco de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario celebrada en Ginebra (1975-1977) el CICR había presentado una propuesta, que no prosperó, en virtud de la cual los Estados Partes en el Protocolo I se comprometían a remitir informes al depositario de los Convenios o el CICR, cada 4 años, sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a sus obligaciones de difusión y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario (*Commentaires des Protocoles Additionels, cit.*, pp. 985 y 987).

modo. De ser necesario, los Estados Partes deben *prestar a esas personas toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social*. A este respecto, hay que recordar que la propia Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a promover la recuperación física y psicosocial y la reintegración social de los niños que han sido víctimas de conflictos armados. En todo caso, lo determinante es que el PFCDN formula implícitamente el principio de que los niños que han participado en las hostilidades merecen el tratamiento de víctimas y las medidas de rehabilitación o reinserción social que adopten los Estados —especialmente en situaciones de conflicto armado sin carácter internacional— no deben encubrir un intento de sancionarlos, por ejemplo mediante privaciones de libertad que no responden al interés superior del niño.

Finalmente, cabe añadir que también en el marco del artículo 4 (2) se definen obligaciones complementarias para los Estados Partes *en relación con las prohibiciones impuestas a lo grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado* sobre el reclutamiento y la participación de niños menores de 18 años en conflictos armados. En concreto, tales Estados son llamados a *adoptar todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas*. De nuevo, hay una clara analogía con el sistema de represión de las infracciones previsto en Derecho Internacional Humanitario, que obliga a los Estados Partes a imponer a los infractores sanciones administrativas, disciplinarias o penales, atendiendo a la gravedad de la conducta y las circunstancias que en ella concurran (171). Sin embargo, es discutible la asimetría con respecto a las eventuales infracciones cometidas por los funcionarios y miembros de las fuerzas armadas gubernamentales ya que, como anteriormente hemos observado, se ha suprimido del texto del PFCDN la previsión expresa de la adopción de sanciones penales contra éstos. En cualquier caso, para el CICR, parece probable que una sanción penal en virtud del Derecho interno contra los miembros de grupos armados distintos del Estado tenga efectos limitados, pues los que se levantan en armas contra el gobierno legalmente establecido ya se exponen a los castigos más severos de la ley y además la capacidad de los gobiernos para aplicar estas sanciones resulta a menudo muy limitada en situaciones de conflicto armado no internacional (172).

(171) Artículos 49, 50, 129 y 146 de los Convenios de Ginebra de 1949 y 85-87 del Protocolo I.

(172) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 29, par. 108.

E. LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A LOS GRUPOS REBELDES U OTRAS FORMACIONES ARMADAS IRREGULARES RESPECTO DEL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN LAS HOSTILIDADES

28. Dado que una gran parte de los niños que participan en conflictos armados no lo hacen como miembros de las fuerzas armadas regulares sino de otro tipo de grupos o fuerzas, y esencialmente en situaciones de conflicto armado interno, se consideró desde un primer momento que la prohibición del reclutamiento y la participación de los niños en las hostilidades debía referirse tanto a las fuerzas armadas gubernamentales como a las formaciones armadas irregulares o los grupos rebeldes. Aunque se planteó la posibilidad de hacerlo estableciendo un concepto muy amplio de «fuerzas armadas» (173), se impuso el criterio de aquellas delegaciones que defendían que la prohibición dirigida a los grupos irregulares debía figurar en un artículo separado del PFCDN (174). En concreto, en virtud del artículo 4:

«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.

[...]

3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado».

Existía ya una práctica internacional relevante en este sentido, ya que el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los niños y los conflictos armados ha estado trabajando con los equipos de las Naciones Unidas en varios países —principalmente, los coordinadores residentes y representantes de UNICEF— para obtener el compromiso de las partes beligerantes de no reclutar a niños ni utilizarlos como soldados. El propio Secretario General de la Organización ha observado que las operaciones de las Naciones Unidas sobre el terreno y las oficinas locales del UNICEF, ACNUR y ACNUDH se encuentran en

(173) Según una propuesta de los Cuáqueros ello se conseguiría mediante una definición amplia del concepto de fuerzas armadas a los efectos de la aplicación del protocolo, en la que quedarían comprendidas «las fuerzas armadas regulares e irregulares del gobierno, las fuerzas de defensa civil o paramilitares del gobierno, y cualquier otra milicia, fuerza o grupo armados, privados o públicos, que funcionen en un Estado parte en el presente protocolo o desde él (E/CN.4/1995/96, par. 95).

(174) E/CN.4/1995/96, par. 24.

una posición óptima para asumir funciones de promoción y vigilancia respecto del cumplimiento de estos compromisos. También el CICR y las Organizaciones No Gubernamentales, locales e internacionales, algunas de las cuales actúan como asociados en las operaciones de las Naciones Unidas (175).

29. Durante las negociaciones en el Grupo de Trabajo algunos representantes expresaron, no obstante, sus dudas sobre la posibilidad de imponer obligaciones a las entidades que no fuesen los Estados, porque no eran Partes en la Convención ni el Protocolo y, argumentaban, los instrumentos de Derechos Humanos se referían principalmente a los Estados. Todavía al comienzo del sexto período de sesiones algunos de ellos insistían en que «las Partes que no eran Estados no podían quedar obligados por tratados entre Estados y que, por consiguiente, era un asunto que debía regular la legislación nacional» (176).

Ciertamente, el moderno concepto de derechos humanos está anclado históricamente e ideológicamente en una lucha por la limitación del poder que el Estado ejerce sobre las personas sometidas a su jurisdicción. En consecuencia, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha enunciado tradicionalmente obligaciones jurídicas para los Estados, abarcando las acciones u omisiones de sus funcionarios y de las personas o grupos que actúen *de facto* como órganos del Estado. Puede asimismo afirmarse la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de su deber de diligencia con respecto a las conductas de los particulares sometidos a su jurisdicción que supongan una lesión de los derechos reconocidos a la persona humana (177).

Con todo, es un hecho que las medidas adoptadas por los grupos armados como actores distintos del Estado tienen consecuencias negativas en el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por este motivo, se ha reconocido recientemente la necesidad de evaluar en qué medida el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiende a superar la dicotomía tradicional del individuo frente al Estado «para dirigirse a

(175) *Los niños y los conflictos armados*, Doc. N.U. A/55/163-S/2000/712, de 19 de julio de 2000, p. 5, par. 13.

(176) *Ibid.*, par. 37.

(177) Para un estudio de la cuestión a la luz de las aportaciones de la sentencia de la CIJ, de 27 de junio de 1986, en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*; la sentencia del TEDH, de 18 de diciembre de 1996 en el *asunto Loizidou* y la sentencia del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, de 17 de julio de 1999, en el *asunto Tadic*, véase KRESS, C., «L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents», RGDIP, Vol. 105, N.º 1, 2001, pp. 93-144.

la creación de obligaciones aplicables también a los particulares y a agentes no pertenecientes a un Estado, incluidos los movimientos de liberación y las organizaciones terroristas» (178).

Es sabido que el Derecho Internacional Humanitario ha experimentado ya un desarrollo notable en este sentido. Este desarrollo lo inician los Convenios de Ginebra de 1949 —que atribuyen fuerza obligatoria a las normas humanitarias del artículo 3 común también para los rebeldes— y lo confirman los Protocolos Adicionales I y II de 1977. En concreto, las disposiciones del Protocolo II son oponibles a todas las partes —y no simplemente a las fuerzas armadas gubernamentales— en un conflicto armado sin carácter internacional. Por su parte, el Protocolo I es aplicable en conflictos armados internacionales, incluidos los conflictos armados en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación. La autoridad que represente a un pueblo en un conflicto armado de este tipo podrá, en virtud de la declaración unilateral prevista en su artículo 96.3 del Protocolo I, comprometerse a aplicar los Convenios y este Protocolo, ejerciendo como consecuencia de ello los mismos derechos y asumiendo las mismas obligaciones que las Altas Partes contratantes. Consecuentemente, ha quedado reconocida la eventual responsabilidad internacional de los movimientos insurreccionales por la actuación de sus órganos (179).

En los comentarios al artículo 3 común, la oponibilidad de normas internacionales a grupos armados no gubernamentales ha sido en algunos casos considerada en la óptica del Derecho de los Tratados —como extensión excepcional de la validez de un tratado (180)—. En virtud de otras interpretaciones, tal efecto se derivaría directamente de los principios de

(178) Informe del Representante del Secretario General para los Desplazados Internos, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1997/28, par. 16. Esta misma tendencia se muestra en algunos informes del Relator Especial sobre la Tortura (E/CN.4/1991/17), el Relator Especial sobre las Ejecuciones Sumarias y Arbitrarias (E/CN.4/1991/20 y Add. 1) e informes del Secretario General sobre las Normas Humanitarias Mínimas (E/CN.4/1998/87). Véase también la Resolución para luchar contra el terrorismo en la Unión Europea, aprobada el 13 de noviembre de 1996 por el Comité de Libertades Civiles y Asuntos Internos del Parlamento Europeo.

(179) RUIZ COLOMÉ, L.A., *Guerras civiles y guerras coloniales: el problema de la responsabilidad internacional*, Madrid, 1996. Véanse, asimismo, los artículos 14 y 15 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional.

(180) BOTHE, P., «Conflicts armés internes et Droit international humanitaire», *RGDIP*, 1978-1, pp. 82-102, pp. 92-93. Análogamente para PINTO, la obligatoriedad del art. 3 común para la parte insurgente se deriva de su propia pretensión de representar al Estado y ejercer competencias de Derecho público, lo que implica la obligación de respe-

civilización, humanidad y orden público internacional invocados en la cláusula Martens (181). Sin embargo, parece haberse prestado menor atención al *principio de efectividad* como fundamento jurídico de esa oponibilidad, si bien es claro que, aun a pesar de que los ámbitos materiales de aplicación del artículo 3 común y el Protocolo II difieren, en ambos casos *se exige de los grupos armados no gubernamentales un mínimo de organización y un cierto grado de acción o control sobre una parte del territorio*. El profesor RODLEY ha insistido recientemente en la importancia de estos factores, admitiendo una ampliación del concepto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones análogas:

«If we can identify an entity exercising powers analogous to those of governments, as, for example, in a civil war between two equally-matched contending parties, where the insurrectionary party exercises government-like authority over a portion of the population, there is no reason not to apply the notion of human rights to such an entity in its relation with those under its jurisdiction.

tar las obligaciones internacionales a cargo de aquél («Les règles du droit international concernant la guerre civile», *RCADI*, T. 114, 1965-I, pp. 451-553, p. 528). En el mismo sentido, para PICTET «[p]our peu que l'autorité responsable qui est à leur tête exerce une souveraineté effective, sa prétention même de représenter le pays, ou même une partie de celui-ci, la lie», *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, PICTET, J. (dir.), vol. IV, *cit.*, p. 42). El CICR ha esgrimido argumentos análogos en el proceso de elaboración del Protocolo adicional II (*Actas de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra, 1974-1977*, vol. IX, CDDH/1/SR.58, p. 248, §21-24). Este organismo ha considerado incluso el problema en la perspectiva de los efectos derivados de los tratados para los particulares: «[...] les insurgés sont censés connaître l'article 3, et l'application des dispositions de cet article est obligatoire pour eux [...] En effet -et c'est là l'innovation révolutionnaire introduite dans cet article -ces dispositions doivent être appliquées par des autorités qui n'existaient pas au moment où l'État a confirmé, par la ratification ou l'adhésion, sa participation aux Conventions. Cette participation engage non seulement le gouvernement, mais tous les habitants de l'État intéressé» (*Protection des victimes des conflits non internationaux*, Rapport présenté par le CICR à la XXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge, reproducido en RICR, n.º 607, 1969, pp. 405-415, pp. 407-408).

(181) MEYROWYT., *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, París, 1970, pp. 252-259; BUGNION, F., *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, *cit.*, pp. 380-385; MANGAS MARTIN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, pp. 78-80. También WILHEM ha defendido esta postura al observar que «[L]es insurgés son tenus d'observer les règles de l'article 3, non pas en vertu de l'adhésion ou de la ratification du gouvernement établi, mais conformément au désir de la communauté internationale, dont ce gouvernement n'est que l'agent en l'occurrence -cas où le dédoublement fonctionnel [...] est particulièrement évident» («Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international», *cit.*, p. 368).

So, still, in terms of the historical conception of human rights as governing a particular type of relationship, we can further amend the definition to read as follows: *human rights are those rules that mediate the relationship between, on the one hand, governments or other entities exercising effective power analogous to that of governments and, on the other, those who are subject to that power*» (182).

Por lo demás, ciertas referencias incluidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, parecerían demasiado frágiles para construir sobre ellas una doctrina más general de la responsabilidad internacional de los particulares y los grupos no estatales en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (183).

En el estado actual de evolución del Derecho Internacional, las consecuencias jurídicas que para los particulares y los actores no estatales puedan derivarse de comportamientos lesivos de los derechos humanos aparecen esencialmente vinculadas a la categoría de los crímenes internacionales; y ello, respecto de diferentes conductas y con distintas connotaciones según nos situemos en el plano de la tipificación internacional, la cooperación penal interestatal, la jurisdicción universal o la jurisdicción internacional penal (184). Baste señalar, a este respecto, la extraordinaria evolución que en los últimos años han experimentado los mecanismos de la jurisdicción internacional penal para la represión de crímenes internacionales con la aprobación del Proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional por la Comisión de Derecho Internacional (185), el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (186) y Ruanda (187) y, especialmente, la adopción del Esta-

(182) RODLEY, N.G., «Can Armed Opposition Groups Violate Human Rights?», *Human Rights in the Twenty-first Century*, MAHONEY, K.E./MAHONEY, P. (eds.), Kluwer, The Netherlands, 1993, pp. 297-318, p. 300.

(183) *Ibid*, pp. 305-309.

(184) PIGRAU SOLÉ, A., «Elementos de Derecho Internacional Penal», Cursos de Derecho Intenacional de Vitoria-Gasteiz, Tecnos, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Madrid, 1998, pp. 127-176.

(185) Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46.º período de sesiones (2 mayo-22 julio 1994), Doc. NU A/49/10.

(186) Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

(187) Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

tuto de Roma para el establecimiento de una Corte Penal Internacional con carácter permanente en julio de 1998.

IV. LA CUESTIÓN DE LAS RESERVAS

30. El PFCDN, que regula con cierto detalle cuestiones tales como el procedimiento de enmienda (188) o el procedimiento y efectos de la denuncia no motivada (189), no incluye en cambio disposiciones expresas sobre una cuestión de evidente relevancia como es la facultad de los Estados de formular reservas.

El tema de las reservas fue planteado desde el primer momento por algunas delegaciones (190). Aunque existieron propuestas en las que se afirmaba inequívocamente que no se permitiría ninguna reserva (191), varios Estados —Estados Unidos, Cuba y Paquistán así como los observadores del Irán, Egipto y Grecia (192)— expresaron su oposición a esta fórmula y la consideraban contraria a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. Ante las discrepancias, se impuso la opción del silencio y se suprimió toda referencia a la cuestión de las reservas. Esta solución fue censurada con muy buen criterio por Estados que estimaban sorprende que no se hubiese excluido la posibilidad de formular reservas a un instrumento de alcance limitado como el PFCDN y deseaban que no sentase un precedente deplorable para otros textos que se estaban preparando en el marco de las Naciones Unidas (193). Tal opinión fue compartida por el representante de Suecia, quien precisó que «esto implicaba que las normas y principios generales del derecho internacional público, es decir, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, eran aplicables al protocolo» (194).

(188) Artículo 12. También se consideró la inclusión de un artículo en el que se preveía la celebración de una conferencia de examen cinco años después de la entrada en vigor del protocolo a fin de examinar su aplicación y situación, pero fue retirada porque algunos participantes expresaron dudas con respecto a la inclusión de una cláusula de este tipo en un instrumento de derechos humanos y otras delegaciones opinaban que no había tiempo suficiente para examinar a fondo la propuesta (Artículo 11)

(189)

(190) E/CN.4/1995/96, par. 22.

(191) E/CN.4/1998/102, anexo II.

(192) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 22, par. 76-79.

(193) Véanse las declaraciones del representante de Dinamarca, E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 26, par. 94.

(194) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 26, par. 97.

La observación del representante de Suecia hace, no obstante, surgir la polémica suscitada en Derecho Internacional contemporáneo sobre la aplicación y adecuación de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados —artículos 19 a 23— a los tratados multilaterales de carácter normativo; en particular, los instrumentos en materia de derechos humanos, que desbordan el principio de reciprocidad ya que no constituyen una simple red de intercambios de obligaciones entre los Estados sino que otorgan derechos a los individuos sometidos a su jurisdicción y crean por ello obligaciones que han sido calificadas como «objetivas». La mayor parte de los tratados de Derechos Humanos no incluyen disposiciones en materia de reservas o simplemente incorporan el principio establecido en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de manera que en ambos casos resultarían admisibles las reservas compatibles con el objeto y el fin del tratado. Las deficiencias detectadas en la aplicación de este criterio son, sin embargo, múltiples. Así, la indeterminación de la noción de «objeto y fin del tratado», el relativismo y subjetivismo característicos de un sistema en el que cada Estado Parte hace su propia apreciación sobre la admisibilidad de la reserva y los efectos atribuidos a la misma cuando la objeta e, incluso, la duda sobre la aplicabilidad de las reglas del artículo 20 del Convenio de Viena —relativas a la aceptación u objeción de la reserva y sus efectos— al caso de aquellas reservas que un Estado Parte considera incompatibles con el objeto y fin del tratado (195).

Estas incertidumbres parecen haber incidido negativamente en la actitud de los Estados, dando lugar a una práctica internacional más bien escasa e inconsistente, ya que en términos generales han evitado formular objeciones y cuando lo han hecho no han especificado los motivos ni las consecuencias jurídicas que les atribuyen. Aun siendo conscientes de las imperfecciones propias del control unilateral, los Estados raramente se han mostrado dispuestos a prever en los instrumentos internacionales en mate-

(195) BARATTA, R., «Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded?», *European Journal of International Law*, vol. 11, n.º 2, 2000, pp. 413-426; CHUECA SANCHO, A.G., *Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos*, Documentación Jurídica, Ministerio de Justicia, Tomo XIX, Abril-Junio 1992; GARDNER, J.P. (ed.), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 1997; LIJNZAAD, L., *Reservations to UN-Human Rights Treaties. Ratify and Ruin?*, International Studies in Human Rights, TMC Asser Institut. SIMMA, B., «Reservations to human rights treaties - some recent developments», *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldler*, HAFNER, G./LOIBL, A./REST, L./SUCHARIPA-BEHRMANN/ZEMANED, k. (eds.), Kluwer, Netherlands, 1998, pp. 659-697.

ria de derechos humanos un sistema colegiado de decisión sobre la admisibilidad de las reservas (196) o a reconocer la competencia de un tercero imparcial —un órgano jurisdiccional o arbitral— en la materia (197). Como consecuencia de ello, han adquirido gran relevancia en los últimos años los controles institucionales complementarios efectuados directamente por los órganos de vigilancia instituidos en virtud de los tratados, tanto en el ámbito regional como universal.

El fundamento de la competencia de los órganos de vigilancia en materia de Derechos Humanos para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado puede obtenerse en parte de la teoría de las competencias implícitas, aunque —como ha observado la profesora HIGGINS— actualmente estos órganos están más bien sugiriendo elementos y procedimientos para un Derecho Internacional en evolución (198). Destaca, en tal sentido, la posición asumida por el Comité de Derechos Humanos en el *Comentario General 24* respecto de las reservas formuladas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966— y sus Protocolos Facultativos:

«Por necesidad ha de ser el Comité quien decida si una determinada reserva es compatible con el objeto y el fin del Pacto. Ello se debe en parte, tal como se indica anteriormente, a que se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos y, en parte, a que es una tarea que el Comité no puede eludir en el desempeño de sus funciones. A fin de conocer el alcance de su deber de examinar el cumplimiento del Pacto por un Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 o una comunicación presentada con arreglo al Primer Protocolo Facultativo, el Comité ha de adoptar necesariamente una opinión sobre la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Pacto y con el Derecho Internacional general. Dado el carácter especial de los tratados de derechos humanos, debe establecerse objetivamente la

(196) Artículo 20.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Nueva York, 7 de marzo de 1966.

(197) Así, la competencia reconocida al Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en el marco del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Al respecto, COHEN-JONATHAN, G., «Les reserves a la Convention europeenne des droits de l'homme (A propos de l'arret Belilos du 29 Avril 1988)», *Revue Générale de Droit International Public*, N.º 2, 1989, pp. 273-315.

(198) HIGGINS, R., «Introduction», *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out. Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, GARDNER, J.P. (ed), *cit.*, p. xix.

compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Pacto en relación con un principio jurídico, y el Comité está en condiciones especialmente adecuadas para realizar esta tarea» (199).

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) adoptó en 1997, en el contexto de los trabajos emprendidos sobre el tema de las reservas a los tratados, unas *conclusiones preliminares* en la materia (200). En ellas, defendió la unidad del régimen jurídico de las reservas, estimando que los artículos 19 a 23 del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados son igualmente aplicables a las diferentes categorías de tratados. Asimismo, reconoció la competencia de los órganos de supervisión para hacer comentarios y dirigir recomendaciones a los Estados sobre la admisibilidad de las reservas, pero siempre dentro de los límites inherentes al ejercicio de sus funciones.

En el mismo sentido, la CDI observó en sus conclusiones preeliminares que, en caso de resultar inadmisibles una reserva, correspondería al Estado reservante decidir sobre la adopción de las medidas pertinentes, tales como la modificación o la retirada de la reserva o la ruptura del vínculo convencional. Precisamente, uno de los aspectos más frágiles y criticados del Comentario General 24 del Comité de Derechos Humanos fue su aparente pretensión de ejercer un control sobre la validez de las reservas, buscando una aproximación al sistema de Estrasburgo. Esta parece ser sin embargo, más exactamente, una simple tendencia promovida por el Comité de Derechos Humanos. Por ello, una vez conocidas las conclusiones preliminares de la CDI, comunicó a través de su Presidente la opinión de que la premisa sentada con respecto a las facultades del Estado reservante para determinar las consecuencias atribuibles a una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado, podía verse modificada en la medida en que las prácticas y reglas desarrolladas por los órganos de vigilancia de los trata-

(199) Observación General 24 (52) del Comité de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1994, sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de sus Protocolos Facultativos, o a la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, párrafo 18. Al respecto del Comentario General 24 y las reacciones de aquellos Estados –Estados Unidos, Francia y Reino Unido– que presentaron observaciones escritas, véase REDGWELL, C.J., «Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment N.º 24 (52)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 370 y ss; SALADO OSUNA, A., «Estudio sobre el Comentario General Número 24 del Comité de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Vol. XIV, 1998, pp. 589-633.

(200) Official Records of the General Assembly, Fifty-second Session, Supplement N.º 10, A/52/10, par. 157.

dos, tanto universales como regionales, llegaran a ser generalmente aceptadas (201). Ciertamente, en una perspectiva de *lege ferenda*, sería importante que la CDI pudiera en el futuro a ofrecer su respaldo a un desarrollo progresivo del Derecho Internacional en la materia en la dirección ya apuntada por los órganos de vigilancia de los tratados (202).

Teniendo en cuenta la función que le atribuye el PFCDN y la posición que éste adopta en materia de reservas, cabe advertir que la política del Comité de los Derechos del Niño sobre las reservas ha sido calificada de conciliadora (203). Como cuestión de principio, el Comité ha estimado que es preciso preservar el espíritu de comprensión y de consenso que emana de la propia Convención de los Derechos del Niño y no considerar la cuestión de las reservas y declaraciones como un factor de división que sería contrario a dicho espíritu (204). En tal sentido, realiza valoraciones sobre la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño —insistiendo siempre en la interdependencia de estos derechos y el enfoque holístico que es propio de la Convención— y ha formulado recomendaciones a los Estados interesados para que reconsideren su posición y, eventualmente, las retiren.

Más concretamente, teniendo en cuenta el contenido de las reservas al PFCDN formuladas hasta el momento, cabe anticipar que la reserva del Reino Unido (205) es mercedora de una condena del Comité de los Dere-

(201) PELLET, A., *Tercer informe sobre las reservas a los tratados*, Doc. NU A/CN.4/491, par. 16.

(202) SIMMA, B., «Reservations to human rights treaties-some recent developments», *cit.*, pp. 679-680.

(203) LÜBER-BABEL, M-F., «Les réserves à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du fut du traité international», *European Journal of International Law*, Vo. 8, N.º 4, 1997, pp. 64-683; SCHABAS, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», *Human Rights Quarterly*, N.º 2, 1996, pp. 470-491.

(204) *Informe del Comité de los Derechos del Niño*, AGNU, Doc UN A/49/41, 1994, par. 529.

(205) Su tenor literal es el siguiente:

«The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland will take all feasible measures to ensure that members of its armed forces who have not attained the age of 18 years do not take a direct part in hostilities.

The United Kingdom understands that article 1 of the Optional Protocol would not exclude the deployment of members of its armed forces under the age of 18 to take a direct part in hostilities where:

- a) there is a genuine military need to deploy their unit or ship to an area in which hostilities are taking place; and
- b) by reason of the nature and urgency of the situation:-
 - i) it is not practicable to withdraw such persons before deployment; or
 - ii) to do so would undermine the operational effectiveness of their ship or unit, and thereby put at risk the successful completion of the military mission and-or the safety of other personnel.»

chos del Niño, pues pertenece a esa categoría de reservas que simplemente hacen surgir las dudas sobre la voluntad real del Estado contratante de observar las obligaciones derivadas del tratado al que formalmente presta su consentimiento. En realidad, ratificar el PFCDN con este tipo de reserva sería prácticamente lo mismo que ratificarlo para invocar luego la vieja doctrina alemana de la *kriegsraison*, en virtud de la cual, las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario presentarían un carácter más bien moral y cederían frente a apreciaciones discrecionales y subjetivas de la necesidad militar (206).

V. CONCLUSIONES

31. El proceso de elaboración del PFCDN se puso en marcha en el año 1994, en un momento en el que varias normas internacionales en vigor enunciaban prohibiciones limitadas y específicas sobre el reclutamiento y la participación de niños en hostilidades. Presentándose en tal contexto el PFCDN como un instrumento facultativo, destinado a promover el desarrollo progresivo del Derecho Internacional en la materia y hacer posible la adopción de normas más elevadas, *estaban perfectamente justificadas las expectativas sobre el enunciado de una prohibición clara y firme del reclutamiento y la participación en las hostilidades de los menores de 18 años de edad, como la que figuraba en el anteproyecto presentado por el Comité de los Derechos del Niño, que consagrarse la distinción fundamental entre niños y adultos.*

32. Sin embargo, la prohibición del reclutamiento y la participación en hostilidades de los menores de 18 años sólo aparece enunciada en el marco de las obligaciones impuestas por el PFCDN a los grupos rebeldes u otras formaciones armadas irregulares. De esta manera, *el PFCDN consagra una posición privilegiada para los Gobiernos y hace surgir las dudas sobre la compatibilidad de las soluciones arbitradas en él con el principio de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación, ya que en situaciones de conflicto armado sin carácter internacional van a regir para los niños de una misma edad dos estándares diferentes de protección internacional.*

33. La restricción de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en el PFCDN a la prohibición del reclutamiento *obligatorio* y la participa-

(206) WESTLAKE, J., *International Law*, Part II, Cambridge University Press, Cambridge, 1907, p. 115.

ción *directa* en las hostilidades de los menores de 18 años de edad incita a que se considere la adopción de este instrumento como una medida, hasta cierto punto, superflua. *El contenido del compromiso que han asumido los Estados Partes en el PFCND es meramente el de garantizar un umbral mínimo de 16 años para el reclutamiento voluntario y la participación indirecta en las hostilidades —frente al umbral de los 15 años que ya figuraba en los Protocolos I y II a los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención sobre los Derechos del Niño— y un régimen de garantías para el reclutamiento voluntario que se presume más ilusorio que efectivo cuando se piensa en las situaciones excepcionales más propicias a la utilización de niños como soldados.*

34. Asimismo, *cabe advertir una laguna importante en el PFCND en la medida en que no se ocupa del estatuto y las garantías para los niños que, tras haber participado directa o indirectamente en las hostilidades contraviniendo lo dispuesto en este instrumento, o incluso habiendo participado indirecta y voluntariamente con arreglo a sus disposiciones, sean capturados y queden en cualquier forma privados de libertad por tales motivos.* También sobre este punto hubiera sido loable que se emprendiese algún intento de codificación y desarrollo progresivo, teniendo en cuenta las garantías que ya constan en el Derecho Internacional Humanitario.

Es cierto, no obstante, que al proclamar la obligación de los Estados Partes de proporcionar a los niños que hayan sido reclutados o utilizados en hostilidades en contravención de sus disposiciones toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social, *el PFCND reconoce implícitamente su condición de víctimas, quedando deslegitimadas cualesquiera medidas que no respondan al interés superior del niño, especialmente las privaciones de libertad que encunbran el propósito de los Gobiernos de sancionarles.* Para contrarrestar el riesgo de abusos, el Comité de los Derechos del Niño podría llevar a cabo en el futuro un seguimiento efectivo de las medidas nacionales programadas para la reinserción social de los niños desmovilizados, demandando si es preciso informaciones adicionales de los Gobiernos.

35. Aunque como se ha observado su texto presenta lagunas y limitaciones, la entrada en vigor del PFCND es un hecho importante, principalmente con el fin de que el Comité de los Derechos del Niño cuente con un soporte jurídico adicional al que ya le ofrece el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño para ejercer las funciones de control y de promoción de principios más favorables para el niño que le han sido encomendadas, teniendo en cuenta las experiencias de los niños soldados. Puesto que la aspiración supuestamente materializada en el PFCND ha

quedado inconclusa, la labor de promoción seguirá siendo en los próximos años una tarea fundamental para este Comité, así como para los organismos y agencias de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales regionales y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia.

EL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA. UNA APROXIMACIÓN A SU CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL

Lorenzo Marroig Pol
Comandante Auditor

SUMARIO

I. Introducción. II. El objeto y las funciones del Centro Nacional de Inteligencia como factores justificadores de su creación. III. Perfiles y parámetros de la configuración institucional del Centro Nacional de Inteligencia. IV Los principios jurídicos de actuación del Centro Nacional de Inteligencia: 1. El principio de legalidad. 2. Los principios de eficacia y coordinación. V. El régimen jurídico del Centro Nacional de Inteligencia: 1. Régimen patrimonial. 2. Régimen de contratación. 3. Régimen de Financiación. 4. Régimen presupuestario, de contabilidad y control financiero. 5. Régimen de personal. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo español se ha distinguido, en el plano institucional y en los últimos tiempos, por una marcada tendencia a «la adopción de nuevos modelos organizativos acordes con la misión a cumplir y la tutela de los intereses en presencia» y, en consecuencia, hacia «un tipo de estructura organizativa» que posee un «fuerte grado de independencia respecto de las instancias políticas y burocráticas» (1).

(1) Malaret, E., La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional), REDA, núm. 76, Octubre-Diciembre 1.999, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.