

EL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN EN LAS HOSTILIDADES DE NIÑOS Y NIÑAS: AVANCES Y DESAFÍOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

SOLEDAD HERRERO LAMO DE ESPINOSA*

Este artículo pretende analizar el tratamiento que el marco normativo internacional, particularmente el sistema de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, da al fenómeno del reclutamiento, utilización y participación en las hostilidades de niños y niñas. En primer lugar, el artículo hace algunas reflexiones sobre la evolución reciente de los conflictos y sobre el fenómeno de la utilización de los niños en éstos. El segundo apartado hace un recorrido histórico en torno a la protección de los niños y niñas en el marco del conflicto armado. El tercer y cuarto capítulo exploran respectivamente el abordaje que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos otorgan al tema de reclutamiento y utilización de niños y niñas en las hostilidades. El quinto capítulo analiza la condición de costumbre internacional de estas provisiones, y el sexto recoge algunas reflexiones finales.

Antes de iniciar, conviene hacer unas pequeñas anotaciones. En primer lugar, este artículo pretende abordar la *lex lata* relacionada con el marco del derecho humanitario internacional y el derecho internacional de los derechos humanos en la temática ya mencionada. No cubre, por tanto, un análisis del marco de derecho penal internacional, el cual ha tenido avances importantes en esta materia. Tampoco hace un recuento sistemático de posibles desarrollos de *soft law* —resoluciones, principios, buenas prácticas, etc.—, salvo referencias puntuales que sirven para explicar el contenido o contexto de normas vinculantes.

1. Una realidad cada vez más trágica, una conciencia mundial cada vez mayor

El comandante dijo que no importaba que ella fuera mi amiga. Ella había cometido un error y tenía que pagar por eso. Yo cerré los ojos y disparé, pero no le di, entonces disparé de nuevo. El hueco estaba ahí al lado. Tuve que enterrarla y poner tierra encima de ella. El comandante me dijo “lo hizo muy bien, así se haya puesto a llorar. Va a tener que hacerlo muchas más veces y le va a tocar aprender a no llorar”.¹

* Abogada, Licenciada en Derecho, especialización en Derecho Internacional Público, y Licenciada en Administración de Empresas, en la Universidad Pontificia de Comillas, ICADE, España (2003). LLM en University of London (2007).

¹ Human Rights Watch, *Aprender a no llorar, Niños Combatientes en Colombia*, Bogotá, 2004, p. 39.

La naturaleza de los conflictos ha cambiado. La disminución de conflictos entre Estados desde los 90 ha venido acompañada del incremento de conflictos no internacionales: más del 95% de las guerras actuales son internas.² El fenómeno de los grupos paramilitares se ha expandido, la privatización de la guerra ha aumentado como consecuencia de la terciarización y contratación de compañías privadas en muchos conflictos³ y la naturaleza de estos grupos oscila cada vez con más frecuencia en una zona gris entre lo criminal y lo político, dependiendo de las circunstancias y de los intereses de un momento dado.⁴

La forma de hacer la guerra moderna también se ha modificado. Los conflictos en su mayoría son de baja intensidad, desvaneciéndose la diferenciación entre aquellos que luchan y los que no. Los combatientes actúan camuflados dentro de la población civil, y los pueblos y aldeas se han vuelto los entornos naturales de los combates, enfrentando a vecinos entre sí. Como consecuencia, la tipología de las víctimas ha cambiado. Si bien las guerras son menos letales, el número de víctimas civiles ha aumentado.⁵ En la Primera Guerra Mundial sólo el 5% de las víctimas fueron civiles, en la Segunda Guerra Mundial esta cifra ascendió al 48%. Parece que en tiempos recientes el número de víctimas civiles se elevó dolorosamente al 90% del total de las víctimas.⁶ Como afirmó el Representante del Secretario General, “*es el mundo al revés*”.⁷

Los medios también son diferentes. Las armas pequeñas y ligeras han proliferado, hasta convertirse en responsables de la mayoría de las muertes directamente relacionadas con los conflictos —entre un 60 y un 90%, dependiendo de los conflictos—. ⁸ El aumento de armas pequeñas y ligeras ha facilitado la expansión de los conflictos en duración y también en el tipo de población involucrada en las acciones violentas.

El lugar donde ocurren la mayoría de las guerras se ha trasladado. Las guerras mundiales cerraron escenarios en países desarrollados; hoy en día, prácticamente la totalidad de los conflictos tiene lugar en los rincones más pobres del mundo.

Estos factores hacen que la imagen de niños y niñas descalzos cargando K-47 a la espalda se haya vuelto parte del paisaje común de los conflictos armados. Existen estimaciones

² Human Security Centre, The University of British Columbia, *Human Security Report 2005, War and Peace in the 21st Century*, Nueva York y Oxford, 2005, p. 23. <http://www.humansecurityreport.info/index.php?option=content&task=view&id=28&Itemid=63> Fecha de consulta: 30 de Junio de 2009.

³ Ver, por ejemplo, el artículo de la revista *Economist*, *Military Industrial Complexities Economist*, 27 de marzo 2003, donde categoriza la guerra de Irak como la “primera guerra privatizada”. http://www.economist.com/business/displaystory.cfm?story_id=E1_TGGSPSD. Fecha de consulta: 30 de Junio de 2009.

⁴ Ver Naciones Unidas, *Los niños y los conflictos armados: Informe del Secretario General*, documento de las Naciones Unidas A/62/609-S/2007/757, Nueva York, 21 de diciembre de 2007, para 46. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/656/07/PDF/N0765607.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: 30 de junio de 2009.

⁵ Ver por ejemplo Naciones Unidas, *Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad*, documento de las Naciones Unidas S/PRST/1999/6 Nueva York, 12 febrero de 1999, para 3. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/037/91/PDF/N9903791.pdf?OpenElement> Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

⁶ Naciones Unidas, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la Cuestión de los Niños en los Conflictos Armados*, documento de las Naciones Unidas A/53/482, Nueva York, 12 de octubre de 1998, para 9. <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/45bb6b08cd670b65802566ab003c56dc?OpenDocument> Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

⁷ *Ibid* para 9.

⁸ C. Wille y K. Krause, *Behind the Numbers* capítulo 9, *Small Arms Survey 2005: Armas en Guerra*, Small Arms Survey, Graduate Institute of International Studies, Ginebra, 2005, p. 230.

de que los niños son utilizados en el 75% de los conflictos.⁹ Concretamente, en el periodo entre 2002 y 2008, niños y niñas fueron utilizados en al menos 17 conflictos en todo el mundo por 127 diferentes partes en conflictos.¹⁰

¿Por qué esa imagen se ha vuelto tan frecuente? Utilizar niños y niñas por las partes en conflicto siempre ha ofrecido ventajas. Los niños son más baratos, más ágiles, aprenden más rápido, son más influenciables, olvidan antes las comodidades de la vida civil, son menos reflexivos y por tanto más impulsivos y valientes en la batalla, levantan menos sospechas.¹¹ Éstas son sólo algunas de las razones de una interminable lista. Se han conocido historias dementes de cómo fuerzas y grupos armados han brutalizado a niños y niñas para que cometieran las mayores atrocidades.¹² Tal y como han afirmado Cohn y Goodwin-Gill, “*Los niños puedan ser más útiles con menos entrenamiento que nunca*”.¹³ A estas ventajas se añade la proliferación de armas baratas, ligeras y automáticas, que han hecho posible que niños y niñas hayan pasado de realizar actividades de apoyo a ser combatientes de primer orden.

El emplazamiento geográfico también facilita el incremento de este fenómeno. El hecho de que los conflictos actuales tengan lugar en países en vías de desarrollo hace que niños y niñas tengan que enfrentar el dilema de empuñar un fusil o morir de hambre. Mucha de la población infantil no tiene acceso a educación, lo que hace que su sostenibilidad económica sea limitada y que contemplen el grupo armado como una posibilidad de sustento razonable.

Con demasiada frecuencia, este tema se ha atado a la imagen de niños varones vestidos de camuflaje y empuñando un arma. Pero no es ni mucho menos su única forma de participación en los conflictos. Niños y niñas son utilizados para multitud de actividades como cocineros, portadores, mensajeros, espías o con fines sexuales.¹⁴ El hecho de que la atención se haya centrado sobre todo en los combatientes, ha hecho que la presencia de niñas en fuerzas y grupos armados haya sido invisible. Pero las niñas también han sido frecuentemente utilizadas en los conflictos armados, y con frecuencia deben enfrentar además los horrores de la violencia sexual.¹⁵

⁹ Peter W., *Singer Western Militaries Confront Child Soldiers Threat*, Jane's Intelligence Review, Vol. 17 num. 1, 1 de enero de 2005. http://www.brookings.edu/~media/Files/rc/articles/2005/01humanrights_singer/singer20050115.pdf Fecha de consulta: 15 de Julio de 2009.

¹⁰ Naciones Unidas, Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de la Niñez y los Conflictos Armados y UNICEF, *Examen Estratégico 10 años después del Informe de Graca Machel "La Infancia y los Conflictos en un Mundo en transformación"*, Nueva York, 2009, p. 21. http://www.unicef.org/spanish/publications/files/Machel_Study_10_Year_Strategic_Review_SP_030909.pdf Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

¹¹ Ver Steven Freeland, *Mere Children or Weapons of War - Child Soldiers and International Law*, Social Science Research Network, 23 de noviembre de 2008. <http://ssrn.com/abstract=1306169> Fecha de consulta: 15 de Julio de 2009.

¹² A modo de ejemplo ver China Keitetsi, *Child Soldier*, Souvenir Press, Londres, 2004; Jimmie Briggs, *Niños Soldado, Cuando los niños van a la guerra*, Océano, Barcelona, 2005; Guillermo González Uribe, *Los niños de la guerra*, Planeta, Bogotá 2002.

¹³ Ilene Cohn y Guy S. Goodwin-Gill, *Child Soldiers, The Role of Children in Armed Conflict*, Oxford y New York, Clarendon Press, 1994, p. 3.

¹⁴ Principios y Directrices sobre los Niños Asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados, principio 2.1, febrero 2007 http://www.unicef.org/spanish/protection/files/Paris_Principles_SP.pdf Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

¹⁵ Existen estimaciones de que las niñas son el 40% del total de niños reclutados. Peter W., *Singer Western Militaries Confront Child Soldiers Threat*, Jane's Intelligence Review, Vol. 17 num. 1, 1 de enero de 2005. En Colombia, por ejemplo, el 27% de los niños desvinculados de grupos armados son mujeres, de acuerdo con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (información oficial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a junio 2009).

Afortunadamente, la comunidad internacional poco a poco ha abierto los ojos a esta tragedia humana. Los niños y niñas han dejado de ser meros pie de página en el análisis de los efectos de los conflictos, para progresivamente tener una mayor visibilidad en medios, órganos políticos y también en el marco jurídico internacional.

Si bien el análisis de este artículo se centrará en el marco normativo internacional, cabe resaltar, antes de iniciar el análisis de dicho marco, que aun cuando la primera provisión legal internacional tuvo sus orígenes en 1977, el tema pasó más o menos inadvertido hasta el año 1996, cuando el informe “*Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños*” de Graça Machel, experta independiente del Secretario General, fue presentado ante la Asamblea General.¹⁶ Este informe marcó sin duda un antes y un después respecto a la visibilidad de la afectación de la niñez por los conflictos armados. Propició la creación de la Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados en septiembre de 1997. Un año después, el Consejo de Seguridad emitió su primera resolución sobre niñez y conflicto, asumiendo, en una decisión sin precedentes, el tema de niñez y conflicto en su agenda regular. Desde entonces, el Consejo de Seguridad ha emitido siete resoluciones sobre este tema.¹⁷ Casi paralelamente, desde el año 1999 el Secretario General emite anualmente informes sobre niñez y conflicto.¹⁸ Como se puede ver, en el seno de las Naciones Unidas el tema ha penetrado progresivamente las agendas de los órganos políticos. Analicemos entonces el espacio que este asunto ha ocupado en el marco jurídico internacional.

2. Historia: la protección de niños y niñas en los conflictos armados

*Los efectos de los conflictos armados en los niños son un problema en el que todos compartimos la responsabilidad y un cierto grado de culpa.*¹⁹

Desde los inicios, la protección de los niños y niñas ha tenido una posición ambivalente en el marco general del derecho internacional. La prontitud con la que se abordó el tema de los derechos de los niños y niñas tanto en la Liga de Naciones como en la Organización de las Naciones Unidas, contrasta con su escaso protagonismo en las discusiones de derecho internacional. Así, sorprende que un tema que desde una perspectiva histórica ha sido invisible diplomáticamente fuera sin embargo objeto de la primera declaración sobre

¹⁶ Naciones Unidas, *Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños: Informe de la experta del Secretario General, Graça Machel*, presentado de conformidad con la resolución 49/157 de la Asamblea General, documento de las Naciones Unidas A/51/306, Nueva York, 26 de agosto de 1996. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/219/58/PDF/N9621958.pdf?OpenElement> Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

¹⁷ Resolución 1261 (1999), Resolución 1314 (2000), Resolución 1296 (2000), Resolución 1379 (2001), Resolución 1460 (2003), Resolución 1539 (2004), Resolución 1612 (2005).

¹⁸ Ver <http://www.un.org/children/conflict/spanish/reports.html>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

¹⁹ *Op. Cit. supra*, nota 16, para 33.

derechos humanos adoptada por una organización intergubernamental, precediendo a la Declaración sobre los Derechos Humanos ni más ni menos que 24 años.²⁰

La **Declaración de los Derechos del Niño** de 1924 fue aprobada bajo la bonita proclama de que *“la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”*.²¹ La Declaración es un texto muy sencillo con cinco puntos básicos. A pesar de que se titula Declaración de los Derechos del Niño, lo cierto es que es más un listado de provisiones relacionadas con las necesidades económicas, sociales y psicológicas de los niños. La Declaración, en realidad, nunca tuvo vocación de establecer obligaciones vinculantes sobre los Estados, y por ello, traslada las responsabilidades a los *“hombres y mujeres de todas las naciones”*. Si bien la Declaración debe su origen a la preocupación sobre la situación de los niños en el conflicto armado de los Balcanes, solamente hay una mención a los contextos de conflicto al establecer que *“el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad”*.²²

En 1938, el Comité Internacional de la Cruz Roja decidió fortalecer los estándares de protección de los niños y niñas en los conflictos armados, colaborando en la producción de un **borrador de Convención para la Protección de los Niños en Emergencia y en Conflicto Armado**. El momento histórico no permitió que prosperara; con la llegada de la Segunda Guerra Mundial, la iniciativa quedó herida de muerte.²³

Un año después del fin de la Segunda Guerra Mundial, en 1946, la Cruz Roja de Bolivia en la Conferencia Preliminar de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja presentó un **borrador de Convención para la Protección de la Niñez en Situaciones de Conflicto**. Sin embargo, poco tiempo después se tomó la decisión de que ésta se integrara dentro de la cuarta Convención de Ginebra sobre la Protección de Civiles. Una vez más, la oportunidad de desarrollar de forma exhaustiva e independiente estándares de protección para niños y niñas en conflictos armados fue cerrada.²⁴

En 1949, se aprueban cuatro tratados que pasaron a ser el cuerpo básico del derecho internacional humanitario, denominados genéricamente los **Convenios de Ginebra**:

- Convenio I de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña
- Convenio II de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar
- Convenio III de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra

²⁰ Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, Cambridge, 1998, p. 6.

²¹ Liga de Naciones, 5ª Asamblea, Boletín Oficial de la Liga de Naciones, Suplemento no. 23.

²² *Ibid.*

²³ *Op. Cit.* supra, nota 20, p. 329.

²⁴ Pictet (ed.) *The Geneva Conventions of August 1949: Commentary*, 4 Vol., Commentary to Convention IV, 1952, p. 186.

- Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)

Los Convenios tienen como objetivo brindar protección a aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades. De los cuatro Convenios, el único que tiene referencias a la niñez es el Convenio IV.²⁵ Quizás el vacío más importante está en el tema que nos ocupa: no existen referencias al reclutamiento y participación en las hostilidades de niños y niñas.²⁶ Varias razones pueden explicar esta ausencia. En primer lugar, la participación de niños como combatientes no era tan común como hoy en día, y por tanto no urgía ser regulado. En segundo lugar, el tema era percibido como un asunto interno de cada país, fuera del ámbito del derecho internacional humanitario, considerado en ese momento como una rama del derecho encargado de proteger a los individuos principalmente de los actos de otros Estados, no del suyo propio.²⁷

En 1959, se aprueba una nueva **Declaración de los Derechos del Niño**,²⁸ con diez puntos básicos. Si bien la Declaración amplía los derechos cubiertos con respecto a la Declaración de 1924, la protección en tiempos de conflicto o emergencias pierde fuerza, al establecer que los niños deben figurar “entre los primeros que reciban socorro”,²⁹ en vez de los primeros, como establecía la Declaración de 1924. Si bien se desechó la posibilidad de que fuera una Convención, el hecho de que fuera adoptada unánimemente le dio sin duda una fuerza moral importante³⁰. Esta Declaración avanza también en términos de cómo percibe el derecho internacional a la niñez, pues empieza a considerar a los niños y niñas no sólo como sujetos pasivos sino como sujetos de derecho.³¹

En 1974, la Asamblea General adopta la **Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de Emergencia o de Conflicto Armado**.³² La Declaración realmente no añade nada nuevo en términos de estándares de protección, sin embargo, tiene el valor de poner la atención en las mujeres y en los niños, las víctimas siempre olvidadas de los conflictos. La Asamblea General adoptó dicha Declaración en el año en el que inició la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos arma-

²⁵ Artículos 14, 17, 23, 24, 38, 50, 51, 68, 76, 82, 89, 94 y 132.

²⁶ Conviene mencionar, sin embargo, que el artículo 51 del Convenio IV de Ginebra menciona que “La Potencia ocupante no podrá forzar a las personas protegidas a servir en sus fuerzas armadas o auxiliares. Se prohíbe toda presión o propaganda tendente a conseguir alistamientos voluntarios”. Sin embargo, no es una provisión que busque específicamente la protección de niños y niñas.

²⁷ Matthew Happold, *Child soldiers in international law*, Melland Schill Studies in International Law, Manchester University Press, 2005, p. 55.

²⁸ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959.

²⁹ Principio 8.

³⁰ De hecho, la Asamblea General adoptó también unánimemente una resolución adicional (Asamblea General 1387 (XIV)) propuesta por Afganistán, la cual hace un llamado a los Gobiernos a que reconozcan los derechos, se esfuercen en su observación y diseminan la Declaración lo más posible.

³¹ Ver *Op. Cit. supra*, nota 20, p. 13.

³² Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

dos. Esta feliz coincidencia favoreció que niños y mujeres estuvieran en la mente de los participantes de la Conferencia en el momento del desarrollo de los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra.

El objetivo alcanzado en la Conferencia Diplomática de Ginebra de codificar y regular las conductas en los conflictos armados en 1949 no fue en absoluto desdeñable; sin embargo, la rápida evolución de los conflictos en la segunda mitad del siglo XX pronto reveló lagunas importantes dentro de estas Convenciones. La Conferencia Diplomática de Ginebra ya mencionada inició con la tarea de adecuar los estándares internacionales a la evolución de los conflictos contemporáneos. En 1977, al final de la cuarta Conferencia Diplomática, se adoptaron los dos **Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra**, concretamente:

- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977 (Protocolo Adicional I)
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio de 1977 (Protocolo Adicional II)³³

Ambos Protocolos Adicionales otorgan una mayor protección a los niños y niñas y regulan por primera vez el tema de la participación de los niños y niñas en las hostilidades. El Protocolo Adicional I contiene dos provisiones específicas para la protección de la niñez.³⁴ Pero quizás el progreso más importante lo encontramos en la regulación de la participación de niños y niñas en las hostilidades y la inclusión de la cláusula general del artículo 77 que establece un principio general de protección: *“los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón”*.

El Protocolo Adicional II por primera vez regula la protección de las víctimas de los conflictos no internacionales. Las cuatro Convenciones de Ginebra únicamente regulaban los conflictos internos en el artículo 3 común a todas ellas, considerado como una *“Convención en miniatura”*.³⁵ A pesar del intento de aplicación de todos los Convenios de Ginebra a través de la cláusula extensiva del artículo 3, lo cierto es que la mayoría de los países se habían opuesto a que dicha cláusula operara de forma automática.³⁶ Era, pues, apremiante,

³³ Adicionalmente, el 8 de diciembre de 2005 se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Aprobación de un Signo Distintivo Adicional.

³⁴ Artículos 77 y 78. Adicionalmente, el artículo 8 tiene una referencia a los recién nacidos, y los artículos 74 y 75 (5) contienen provisiones relacionadas con la protección de la familia.

³⁵ Aparentemente, fue la delegación soviética quien adoptó esa expresión en la Conferencia Diplomática de 1949. Actas de la Conferencia de 1949, vol. II-B, p. 34 y 321. Citado en Unidad de Estudios Humanitarios, *Los desafíos de la acción humanitaria: un balance*, Icaria, Antrazyt, Barcelona, 1999, p. 79.

³⁶ El artículo 3 establece que *“... las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio”*.

proteger a las víctimas de los conflictos no internacionales. Como cabía esperarse, sin embargo, los estándares de protección son inferiores a los del Protocolo Adicional I.³⁷ La razón es clara: los conflictos internos son considerados un asunto interno, y los Estados tienden a considerar a aquellos que se alzan en armas en su territorio como meros criminales y por tanto su tratamiento materia de jurisdicción interna. El Protocolo Adicional II tiene dos artículos relacionados con la protección de la niñez.³⁸ El más importante es el artículo 4, que estipula que “*se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten*”, para luego enumerar medidas especiales para los niños y niñas.³⁹

20 años tardaron los países que se opusieron a que la Declaración de 1959 fuera vinculante en apoyar la idea de una Convención para la protección de la infancia. Sin embargo, como menciona Geraldine van Bueren, “*la retirada de su oposición no era lo mismo que un apoyo entusiasta*”.⁴⁰ La falta de atención inicial fue dando paso a un progresivo interés, y el resultado sobrepasó las expectativas iniciales. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) rompe con la tradicional separación entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, abordándolos de una forma integral.⁴¹ De acuerdo con el mismo autor, la CDN es el instrumento en vigor de las Naciones Unidas que más derechos sustantivos recoge.⁴² La CDN además implanta la doctrina de protección integral bajo la cual los niños pasan a ser considerados como sujetos de derecho y no meros objetos de protección especial.

En 1985, las delegaciones de Holanda, Suecia y Finlandia apoyados por Bélgica, Perú y Senegal propusieron que la CDN contuviera un artículo sobre niñez y conflicto armado, propuesta que no existía en el borrador inicial polaco. Dicha propuesta fue aprobada. La CDN es pues un instrumento *sui generis* pues contiene provisiones para tiempos de paz y de guerra. La gran aceptación de la CDN determinó que temas que pudieran provocar disenso —entre ellos elevar la edad mínima de reclutamiento con respecto al estándar del derecho internacional humanitario— se relegaran para un posterior desarrollo. El sacrificio no fue en vano, hoy en día la CDN es el instrumento de derechos humanos con mayor número de ratificaciones en el mundo.⁴³

El 17 de julio de 1998 se aprueba el Estatuto de Roma, el cual permite la creación de la Corte Penal Internacional, primer tribunal penal internacional de carácter permanente

³⁷ El resultado salta a la vista. El Protocolo Adicional I tiene 102 artículos, mientras que el Protocolo II cuenta con escasamente 28 artículos.

³⁸ Artículos 4 (5) y 6.

³⁹ Ver Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Volumen II, Bogotá, 2004.

⁴⁰ *Op. Cit. supra*, nota 20, p. 13. Traducción hecha por la autora.

⁴¹ Cuando Polonia entregó el primer borrador de Convención a la Comisión de Derechos Humanos en 1978, su contenido era muy similar a la Declaración de 1959. En 1979 el Gobierno polaco, líder en la iniciativa, revisó el texto inicial con los comentarios depositados ante el Secretario General y la Comisión de Derechos Humanos. Ver Sharon Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1992.

⁴² *Op. Cit. supra*, nota 20, p. 16.

⁴³ Geraldine Van Bueren, “*Special Features of the Assistance and Protection of Children*” en Frits Karshoven (ed.) *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other disasters*, 1989, p. 127.

encargado de investigar, perseguir y sancionar determinados crímenes que, por su gravedad, se considera atacan la conciencia de la humanidad entera. Concretamente, el Estatuto de Roma recoge los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión.⁴⁴ Dentro de la categoría de crímenes de guerra, el Estatuto de Roma recoge el reclutamiento, alistamiento o utilización activa en hostilidades de niños menores de 15 años por parte de fuerzas o grupos armados, tanto en conflictos internacionales como internos.⁴⁵ Pero además, hay que tener en cuenta que el reclutamiento puede constituir una forma de esclavitud, y por tanto, un crimen de lesa humanidad.⁴⁶

El mismo año que el Estatuto de Roma se aprobó, surgió en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la idea de desarrollar un Convenio contra las peores formas de trabajo infantil.⁴⁷ Varios países sugirieron que el tema de reclutamiento y utilización de niños y niñas en los conflictos armados debía ser gobernado por este tratado, convirtiéndose en uno de los elementos que más debate generó.⁴⁸ Finalmente, se acordó que únicamente el reclutamiento forzoso u obligatorio quedaría recogido bajo este instrumento. Un año después, en junio de 1999, se aprueba el Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (Convenio 182). Es interesante mencionar que Estados Unidos, uno de los dos países del mundo que todavía no ha ratificado la CDN, jugó un papel clave en la redacción y finalización de este instrumento y fue el tercer país en ratificarlo.⁴⁹

En la segunda sesión del Comité de los Derechos del Niño,⁵⁰ en 1992, surgió la idea de desarrollar un Protocolo para limitar el reclutamiento y la participación en las hostilidades de niños y niñas. En 1994, la Comisión sobre los Derechos Humanos conformó un Grupo de Trabajo para negociar el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (Protocolo Facultativo de la CDN). La negociación tomaría seis años, aprobándose el 25 de mayo del 2000. El resultado como veremos es un instrumento complejo que, si bien no consiguió de forma absoluta elevar a los 18 años el reclutamiento y utilización de niños y niñas en hostilidades, sí consiguió importantes avances.

⁴⁴ Artículo 5.1 del Estatuto de Roma.

⁴⁵ Artículo 8.2 b) xxvii) y 8.2 e) vii) para respectivamente.

⁴⁶ Para ampliar información ver Mathew Happold, *Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court: The Legal Regime Of The International Criminal Court: Essays In Memory Of Igor Blischenko*, José Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni eds., sin fecha, p. 22. <http://ssrn.com/abstract=979916> Fecha de consulta: 15 de Junio de 2009.

⁴⁷ Ver Steve Charnovitz, *The International Labour Organisation in the Second Century*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 4, p. 147.

⁴⁸ Conferencia Internacional del Trabajo, Informe del Comité sobre Trabajo Infantil, Sesión 87th, junio 1999.

⁴⁹ Steven Freeland, *Mere Children or Weapons of War - Child Soldiers and International Law*, noviembre 2008. <http://ssrn.com/abstract=1306169> Fecha de consulta: 1 de julio de 2009.

⁵⁰ Órgano creado por la CDN (artículos 43 y 44) para la supervisión del cumplimiento de dicha Convención.

3. El reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas bajo el Derecho Internacional Humanitario

*De la sangre que vi, me volví alérgica al color rojo.*⁵¹

Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)

Artículo 77

2. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.
3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de quince años y cayeran en poder de la parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)

Artículo 4.3

- c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;
- d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del artículo c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados.

⁵¹ Guillermo González Uribe, *Los Niños de la Guerra*, Planeta, Bogotá, 2002, p. 143.

Las provisiones relacionadas con la participación de los niños y las niñas en las hostilidades fueron sujetas a debate sustancial durante la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario.⁵² La redacción de estos artículos cobra especial relevancia teniendo en cuenta que los instrumentos posteriores (la CDN y el Protocolo Facultativo de la CDN fundamentalmente) toman muchos elementos de este articulado.

El borrador del CICR del artículo relacionado con el reclutamiento de niños del Protocolo Adicional I inicialmente rezaba: *“las partes en conflicto deberán tomar todas las medidas necesarias para que los de 15 años o menores no participen en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos en sus fuerzas armadas o de aceptar voluntariamente su alistamiento”*.⁵³ Este párrafo sufrió varios cambios, sin embargo, no existen registros de las deliberaciones que llevaron a dichas modificaciones. *“Medidas necesarias”* fue sustituido por *“medidas posibles”*, *“15 años o menores”* por *“menores de 15 años”*, *“participación en hostilidades”* por *“participación directa en hostilidades”*. Incluso a oscuras, es posible adivinar que el motivo que subyace a dichos cambios fue suavizar el estándar inicialmente propuesto por el CICR.⁵⁴

La redacción aprobada del Protocolo Adicional I establece en primer lugar que las partes en conflicto *“tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas”*. Ya hemos visto que la versión inicial indicaba que las partes en conflicto debían tomar las medidas *“necesarias”*, y no *“posibles”*, adjetivo que relativizó y redujo el imperativo de dicha norma. Conviene destacar, sin embargo, que otros artículos del Protocolo Adicional establecen la obligación de adoptar medidas *“factibles”*,⁵⁵ lo que parece añadir otra categoría de exigencia de obligaciones todavía menos estricta. *Posible* es aquello que de una u otra manera puede hacerse; *factible* se refiere, de acuerdo a unas circunstancias dadas, a aquello que puede realizarse siempre y cuando el esfuerzo requerido no sea desproporcionado con el resultado.⁵⁶ Además, si bien la obligación analizada es sin duda de medios y no de resultados, podría llegar a afirmarse que el no reclutamiento de niños menores de 15 años es algo que *siempre* es posible impedir, acercándonos a una obligación de resultados. Más complejo sería aplicar este análisis a la participación directa en las hostilidades, pues ésta se puede producir de forma espontánea y puntual en contextos, por ejemplo, de revueltas o disturbios, donde la posibilidad de control es menor.

⁵² *Op. cit. supra*, nota 26, p. 54.

⁵³ OR, Parte III del borrador del Protocolo Adicional. Citado en *Op. cit. supra*, nota 27, p. 60. Traducción hecha por la autora. El texto original es el siguiente: *“The parties to the conflict shall take all necessary measures in order that children aged fifteen or under shall not take any part in hostilities and, in particular they shall refrain from recruiting them in their armed forces or accepting their voluntary enlistment”*.

⁵⁴ *Op. cit. supra*, pie de página 26, p. 60.

⁵⁵ Ver, por ejemplo, art. 57.2.a i) y ii), art. 58, art. 86.

⁵⁶ Ver CICR, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), Plaza & Janés, Bogotá, 2001, Tomo II, p. 952.

El Protocolo Adicional I menciona dos formas de involucramiento de niños y niñas con las partes en conflicto: el reclutamiento y la participación directa en las hostilidades. Afortunadamente, los Protocolos Adicionales no sólo protegieron a los niños del acto formal del reclutamiento, sino que incluyeron la prohibición de que estos sean involucrados en acciones bélicas, medie o no un proceso formal. A fin de cuentas, esta provisión no busca sino evitar el daño físico y psicológico que conllevan los conflictos armados, y dicha norma haría un flaco favor si se centrara exclusivamente en la prohibición del reclutamiento con independencia del uso *de facto* de niños y niñas en las hostilidades.

No puede ser tan bienvenida, sin embargo, la incorporación del adverbio “*directamente*” para referirse a la participación en hostilidades. Esta incorporación fue cuestionada por el CICR, pues pareciera que la participación indirecta sí estaría permitida.⁵⁷ De hecho, para varios autores el Protocolo Adicional I no prohíbe la utilización de niños y niñas para actividades como la transmisión o recogida de información, el transporte de armas o la provisión de suministros.⁵⁸ Sin embargo, de nuevo, si el objetivo que subyace a esta provisión es la protección de la vida de niños y niñas, es difícil imaginar que la fuerza adversaria va a abstenerse de considerar un niño objetivo militar si es encargado por ejemplo del transporte de armas —y lamentablemente es muy frecuente que los niños más pequeños sean destinados a estas actividades—. La inclusión del adjetivo “*directamente*” fue una vez más cuestionada en las discusiones en torno a la CDN, sin embargo, fue retenido. Este término sí fue superado y eliminado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, quien modificó esa expresión por participar “*activamente*” en las hostilidades.⁵⁹

Como se vio anteriormente, en la redacción del Protocolo I, el CICR propuso inicialmente incluir, además de la prohibición del reclutamiento, la prohibición de llevar a cabo alistamientos voluntarios de niños y niñas. Lamentablemente, dicha propuesta no fue aceptada. Cabe sin embargo preguntarse si esa provisión era necesaria, lo cual sólo puede ser determinado analizando si el concepto de reclutamiento cubre o no el alistamiento voluntario. Si es así, la pérdida de esta parte del borrador no tendría ninguna relevancia. En la decisión de la Cámara de Apelación de Sierra Leona⁶⁰ se estableció que el reclutamiento es un término que implica presión o acción positiva, y que no es un sinónimo de alistamiento. Sin embargo, y acudiendo al artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado debe interpretarse “(...) conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Teniendo en cuenta que el objeto y fin del tratado es la protección de las personas civiles, y que

⁵⁷ *Ibid.*, p. 1263.

⁵⁸ Ver, por ejemplo, Mathew Happold, *Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court*. The Legal Regime Of The International Criminal Court: Essays In Memory Of Igor Blischenko, José Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, eds., sin fecha, <http://ssrn.com/abstract=979916> Fecha de consulta: 15 de junio de 2009.

⁵⁹ Artículo 8.2 b) xxvii) y 8.2 e) vii) del Estatuto de Roma.

⁶⁰ *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, Caso No.SCSL-2004-14-AR72(E), Corte Especial de Sierra Leona (Cámara de Apelación), 31 mayo 2004.

la palabra reclutamiento normalmente cubre tanto el alistamiento voluntario como el forzado, el Protocolo Adicional I sí parecería prohibir el alistamiento voluntario de niños menores de 15 años.⁶¹

Independientemente de la discusión jurídica, desde un principio de realidad, es cuestionable que se pueda hablar de una verdadera voluntariedad en la decisión de los niños y niñas de asociarse a una parte en conflicto, particularmente de personas menores de 15 años. Los testimonios de estos niños y niñas suelen tener tintes similares a los que a continuación se transcriben: *“lo engañan a uno con cualquier cosa y se lo llevan a uno, por plata o por un arma, o por un carro, lo ilusionan a uno y se lo llevan a uno para allá”, “en el caso mío yo me fui voluntariamente porque tenía problemas en el pueblo, yo tenía problemas con la guerrilla, entonces no sabía para dónde coger y la única solución era meterme en algún lado para evitar que me pasara algo”, “estaba desesperada por la muerte de mi novio”.*⁶² Razones económicas, razones vinculadas a la seguridad física, o razones relacionadas a la cultura o al entorno, son a menudo las motivaciones que empujan a un niño o niña a acercarse a una parte en conflicto, sin entender muchas veces la magnitud de esta decisión.⁶³

No es a mi entender lógico introducir el debate como se ha querido en alguna ocasión⁶⁴ sobre si cuestionar la voluntariedad de la decisión de un niño o niña —al menos los menores de 15 años— de entrar en un grupo o fuerza armada contraviene los esfuerzos de reconocimiento del derecho a la participación y a la autonomía del niño, o que puede eventualmente constituir una vulneración al derecho a la libre asociación o a la libre expresión. Además de ser una violación de los derechos humanos, una infracción del derecho internacional humanitario y un crimen de guerra, el reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas es una forma de explotación —de hecho una de las más abominables—, en la inmensa mayoría de los casos va en detrimento de su sano desarrollo, y es contrario al principio del interés superior del niño contenido en la CDN.

El Protocolo Adicional I incluye una cláusula adicional que establece que cuando se reclute personas menores de 18 años las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad. Esta cláusula se introdujo gracias a la insistencia de algunas delegaciones que preferían elevar la edad mínima de reclutamiento por encima de los 15 años.⁶⁵ Lamentablemente, dicha norma no fue copiada por el Protocolo Adicional II.

⁶¹ Varios autores han sostenido que reclutamiento incluye asociación formal a una parte del conflicto voluntaria o forzadamente. Ver Dulti, *Captured Child Combatants*, *International Review of the Red Cross*, 278, Ginebra, 1990, pp. 421-424.

⁶² Testimonios recogidos por la autora de niños y niñas desvinculados de las AUC y de las FARC-EP en Colombia en junio de 2006.

⁶³ Ver en este sentido Estudio de la Defensoría del Pueblo de Colombia y UNICEF, *Caracterización de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos*, Bogotá, Colombia, 2006, p. 79.

⁶⁴ Ver en este sentido Raoul Wallenberg, *Children of War*, Report from the Conference on Children in War, Report No. 10, 1991.

⁶⁵ *Op. Cit. supra* nota 56, p. 1263.

El Protocolo Adicional I establece provisión para los casos que, no obstante la prohibición, los niños menores de quince años sean capturados. No hay mucho que explicar sobre esta provisión, quizá únicamente llamar la atención sobre la excentricidad que supone que un instrumento internacional contenga reglas para los casos en los que una provisión del mismo tratado sea violada.

Si bien la provisión del Protocolo Adicional II tiene muchas similitudes con las del Protocolo Adicional I, también tiene diferencias que merecen ser destacadas. A diferencia del Protocolo Adicional I, el II establece la prohibición de reclutamiento y participación en hostilidades en términos mucho más rotundos: *“los niños menores de quince años no serán reclutados (...) y no se permitirá que participen en las hostilidades”*. Es sin duda sorprendente que el Protocolo Adicional II tenga un estándar de protección mayor que el primero pues, como veíamos anteriormente, los países estuvieron dispuestos a hacer mayores concesiones para la protección de los civiles en casos de conflictos internacionales que en el caso de conflictos no internacionales.

Incluso más sorprendente es que el Protocolo Adicional II se refiera únicamente a *“participar en las hostilidades”*, eliminando la referencia a la participación *“directamente”* en hostilidades, estableciendo una vez más un estándar de protección mayor que el del Protocolo Adicional I. Si bien parece ser que estos avances fueron fruto del azar más que de una verdadera intencionalidad de elevar los estándares, tal y como Mathew Happold plantea, los términos en los que la provisión está redactada son muy claros, por lo que no parecería justificado hacer uso de medios suplementarios de interpretación que modifiquen el significado ordinario, de acuerdo con la norma del Convenio de Viena sobre interpretación ya descrita anteriormente.⁶⁶ Por tanto, en varios aspectos, la norma para conflictos no internacionales tiene un estándar mayor de protección que aquella para conflictos internacionales.

4. El reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas bajo el derecho internacional de los derechos humanos

*“¿Se quiere ir con nosotros?” Yo le dije: “sí”, me preguntó: “¿por qué?” Le dije: “no tengo familia, estoy aburrido de estar solo y quiero ser importante” (...) entonces dijo: “usted está resignado a aguantar hambre, frío, dolores, sanciones, madrazos, matar, mejor dicho todo lo que puede existir en este mundo?”, yo un poco nervioso por dentro le dije: “sí”.*⁶⁷

⁶⁶ El artículo 32 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados reza: *“Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”*. Ver *Op. Cit supra*, nota 27, p. 68.

⁶⁷ Santiago L. *Nacido para Triunfar. Testimonio de un adolescente desvinculado de un grupo armado ilegal*, Universidad de Caldas, Colección Artes y Humanidades y UNICEF, Bogotá, 2008.

La Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 38

1. Los Estados partes se comprometen a respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades
3. Los Estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18 años, los Estados partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

El tema de reclutamiento y participación de niños y niñas en las hostilidades trascendió el campo del derecho internacional humanitario y saltó a la arena del derecho internacional de los derechos humanos a través de la CDN. El borrador original no contenía ninguna provisión sobre niñez y conflicto, lo cual era considerado una de las lagunas más importantes del instrumento. Finalmente, en las sesiones del Grupo de Trabajo de 1985 y 1986, un borrador de artículo fue adoptado.⁶⁸

La oportunidad presentada no fue totalmente aprovechada. Después de un intenso debate, en la sesión de 1988 se aprobó una versión de articulado similar al estándar establecido en el artículo 77 (2) del Protocolo Adicional I, con todas sus ambigüedades y vacíos. Conforme a lo que ya vimos, es por tanto más débil incluso que lo contenido en el Protocolo Adicional II en ciertos aspectos.

En primer lugar fracasó el intento de elevar el nivel de obligación del Estado de adoptar todas las medidas “necesarias” en vez de “posibles”. Pero quizá el tema más polémico fue el de la edad a la que se refiere el artículo. La CDN, a diferencia de los instrumentos de derecho internacional humanitario, sí define lo que es un niño como “*todo ser humano menor de 18 años (...)*”.⁶⁹ El artículo 38 sin embargo es la única provisión de la CDN que extiende su protección sólo a personas menores de 15 años.

Cuando se inició la discusión de este artículo, en 1986, no había ninguna referencia a la edad, por lo que en un momento inicial se asumía que los 18 sería la edad aplicable. Pero la *realpolitik* jugó su papel, e incrementar el estándar a 18 no fue posible. Algunas

⁶⁸ Ver *Op. Cit. supra*, nota 20, p. 335.

⁶⁹ Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

delegaciones, entre ellas la del Reino Unido, la Unión Soviética, Canadá y Estados Unidos de América, manifestaron su desacuerdo en ampliar la aplicación de esta provisión a todas las personas menores de 18 años, e incluso hubo declaraciones que cuestionaban la utilización del vehículo de la CDN para reescribir normas de derecho internacional humanitario.⁷⁰ Cuando se acordó la redacción actual, algunas delegaciones amenazaron con reabrir el debate al más alto nivel en la Comisión de Derechos Humanos e incluso en la Asamblea General, para buscar una versión más garantista. Sin embargo, existía un gran temor de que si la amenaza se llevaba a cabo podría también reabrirse el debate en torno a otras provisiones, por lo que el texto finalmente se aprobó sin modificaciones.⁷¹ Varios Estados han hecho declaraciones o reservas al momento de su firma, ratificación o adhesión manifestando que el artículo 38 no ofrece la protección suficiente.⁷²

La concesión dada en este artículo tuvo sin embargo una contrapartida nada despreciable. A diferencia de los Protocolos Adicionales, los cuales han ganado sólo lentamente una aceptación generalizada, la CDN fue rápida y ampliamente ratificada, hasta el punto de convertirse en el instrumento de derechos humanos con el mayor número de ratificaciones. Tan sólo dos países miembros de la Organización de las Naciones Unidas no son parte de este instrumento.⁷³

En este sentido, hay que reconocer otro avance importante en la materia. Mientras las provisiones relacionadas con la participación de niños y niñas menores de 15 años en las hostilidades en el Protocolo Adicional I fueron objeto de debate sustantivo, en las discusiones de la CDN el estándar de dichos Protocolos fue visto como punto de partida incluso por Estados que no eran signatarios de estos.

Por otro lado, siendo ésta una provisión de derechos humanos, la CDN establece una prohibición global que aplica en tiempos de paz y de guerra. En principio, podría considerarse este elemento importante en relación al reclutamiento y no para la participación de hostilidades, pues éstas sólo toman lugar en tiempos de guerra. Sin embargo, cada vez con más frecuencia, los países atraviesan situaciones de violencia o de disturbios que no ameritan ser clasificados como conflictos de carácter internacional o interno bajo los Protocolos Adicionales. Igualmente, si un país no es parte del Protocolo Adicional II, se verá obligado a aplicar la CDN en caso de conflicto interno.

Por último, la posibilidad de leer el artículo 38 en conjunto con otras provisiones de la CDN es sin duda un valor añadido con respecto a las provisiones del derecho internacional humanitario. Bajo el principio del interés superior del niño,⁷⁴ principio

⁷⁰ Hamilton y T. Abu El-Haj, *Armed Conflict: The Protection of Children under International Law*, International Journal of Children's Rights, 5 Kluwer, Netherlands, 1997, p. 36.

⁷¹ Ver *Op. Cit. supra*, nota 27, p. 73.

⁷² Estos países han sido: Principado de Andorra, Argentina, Austria, Colombia, Ecuador, República Federal Alemana, Holanda, España y Uruguay. Ver: http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty15_asp.htm. Fecha consulta: 4 de julio de 2009.

⁷³ Dichos países son Somalia y Estados Unidos.

⁷⁴ Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

rector de los derechos humanos de los niños y niñas, es difícil, por ejemplo, justificar el reclutamiento de niños bajo la premisa de que sus intereses deben estar subordinados a una necesidad militar o a una cuestión de seguridad del Estado. Por otro lado, si bien el artículo 38.2 menciona que los Estados partes deben adoptar todas las medidas “*posibles*” para que los menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, el artículo debe leerse junto con el artículo 4, que establece una obligación general mayor al decir que “*Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención*”. Por último, la CDN establece una obligación adicional muy explícita en el artículo 39 de asegurar la recuperación física y psicológica de los niños afectados por los conflictos. El hecho de que este instrumento vaya más allá de una prohibición específica y establezca una obligación de atención y restitución de los derechos de los niños, es sin duda un avance esencial.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

Artículo 1

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

Artículo 2

Los Estados partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.

Artículo 3

1. Los Estados partes elevarán la edad mínima, contada en años, 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:
 - 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.

(...)

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.
2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.
3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado.

La idea de desarrollar un Protocolo de la CDN que abordara el tema de la participación de niños y niñas en los conflictos fue uno de los primeros temas que surgió en el Comité de los Derechos del Niño como ya se mencionó. Una vez se conformó el Grupo de Trabajo para negociar el Protocolo Facultativo en 1994, las diferentes posiciones frente a esta temática comenzaron a emerger, y el debate estuvo impregnado de un dilema que se podría decir se ha vuelto usual en esta materia, ¿se debía buscar la mayor participación y consenso posibles, o centrarse en lograr el más alto estándar de protección?

Algunos participantes promovían como un imperativo la regla de “*straight 18*”, algunos apoyaban incrementar la edad por encima de 15 pero no hasta 18,⁷⁵ mientras que otras posiciones aceptaban establecer 18 años como norma pero sólo en relación al reclutamiento obligatorio.⁷⁶ Algunas delegaciones insistían sobre la necesidad de que hubiera una

⁷⁵ Por ejemplo, Estados Unidos propuso elevar la edad mínima de reclutamiento a 17 años. Naciones Unidas, *Report of the working group on a draft optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on involvement of children in armed conflict*, documento de Naciones Unidas E/CN.4/1995/96, 1995, para 77. <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c9149feb0fa60cd38025672000558045?Opendocument>. Fecha de consulta: 20 de Julio de 2009.

⁷⁶ *Ibid* para 90.

provisión específica destinada a estos grupos armados,⁷⁷ otras se enfocaron en promover que la participación en hostilidades, directa o indirecta, fuera totalmente prohibida.⁷⁸ El resultado de esta amalgama de posiciones fue un instrumento con unos estándares superpuestos y con una técnica jurídica compleja, donde, si bien no se logró establecer la edad de 18 años como norma de manera absoluta, sí se hicieron importantes avances para que el reclutamiento y la participación de niños y niñas entre los 15 y los 18 años fuera restringida lo máximo posible.

Los artículos 1, 2 y 4 nos acercan al estándar de los 18 años, al prohibir la participación directa en las hostilidades, el reclutamiento obligatorio por parte de las fuerzas armadas y cualquier forma de reclutamiento por parte de los grupos armados de personas menores de 18 años. Sin embargo, en cuanto a las prohibiciones dirigidas a las fuerzas armadas, dos problemas heredados de la CDN continúan. En primer lugar, en cuanto a la prohibición de participación en las hostilidades, la obligación sigue siendo de medios y no de resultados, al establecer que los Estados partes deben adoptar todas las medidas “*posibles*”. En segundo lugar, no cualquier participación en las hostilidades está prohibida, el Protocolo Facultativo sólo prohíbe la participación “*directa*”. Por último, el Protocolo Facultativo deja la puerta abierta al reclutamiento voluntario de personas menores de 18 años.

El artículo 3 es quizá el artículo más complejo del Protocolo Facultativo, y da cuenta de la recursividad legislativa utilizada a fin de elevar, hasta donde el consenso lo permitió y usando mecanismos flexibles, los estándares de protección de niños y niñas en esta materia. Aquel Estado que ratifique el Protocolo Facultativo debe elevar la edad mínima por encima de lo establecido en el artículo 38 de la CDN, “*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*”. En primer lugar, el Protocolo Facultativo, de manera opaca, eleva la edad mínima a 16 años —sería muy extraño que un Estado ratifique este instrumento y eleve la edad mínima de reclutamiento a 15 años y unos meses—, y hace además una clara invitación a los países a que esa edad sea fijada en los 18 años. Sin embargo, como ha sido señalado, esta provisión puede debilitar otras del Protocolo Facultativo, particularmente el artículo 2, que prohíbe el reclutamiento obligatorio de menores de 18 años, en cuanto que es difícil determinar si un niño o niña fue reclutado forzosamente o no y el reclutador puede alegar como defensa que el alistamiento de un niño fue voluntario.⁷⁹

Las salvaguardas establecidas en el artículo 3.3 para asegurar que el reclutamiento es verdaderamente voluntario y para asegurar que ningún niño sea reclutado a una edad menor de la establecida, son sin duda avances importantes. Las “*pruebas fiables*” de edad que menciona el Protocolo Facultativo de la CDN, si bien eliminan la tradicional defensa de

⁷⁷ *Ibid* paras 24-26.

⁷⁸ *Ibid* para 23.

⁷⁹ Daniel Helle, *Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict to the Convention on the Rights of the Child (2000)*, ICRC No. 839, p. 797 <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQJE>. Fecha de consulta: 20 de julio de 2009.

los reclutadores de que un niño o niña aparentaba más edad, puede ser difícil de aplicar en la práctica, sobre todo en contextos como el de algunos países de África donde los sistemas de registro civil tienen serias deficiencias.

Otra excepción contenida en este artículo es la de las escuelas operadas por las fuerzas armadas. Esto fue motivado por la posición de algunas delegaciones que consideran dichas escuelas esenciales para asegurar un número adecuado de reclutas para las fuerzas armadas, y la conveniencia de tener este sistema en lugar de otro de reclutamiento obligatorio.⁸⁰ Sin embargo, si bien cada contexto es diferente, de nuevo este alejamiento del *straight 18* debilita el objetivo de preservar a los niños y niñas de los impactos de los conflictos armados

La inclusión del artículo 4 es quizá uno de los aspectos más interesantes y novedosos del Protocolo Facultativo. No es en nada común que un instrumento de derechos humanos tenga una provisión específica para los grupos armados ilegales y, de hecho, este elemento hace que el Protocolo Facultativo se considere a veces un instrumento híbrido de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Cuando inicialmente se propuso, existían muchos temores de que esta provisión concediera algún tipo de legitimidad a dichos grupos.⁸¹ Sin embargo, hubiera sido tremendamente discriminatorio desprover de protección a los niños y niñas utilizados por grupos armados no estatales. Adicionalmente, dado que la presencia de niños en las partes en conflicto parece ser una práctica particularmente extendida en los conflictos armados internos, se hacía particularmente apremiante introducir esta provisión. La redacción utilizada —“*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*”, en lugar de “*los grupos armados (...) no reclutarán ni utilizarán...*”— pudiera considerarse que establece una obligación más moral que legal. En este sentido, las palabras elegidas parecen querer acoger la doctrina tradicional de acuerdo con la cual los Estados son los únicos que pueden estar vinculados por un instrumento internacional de derechos humanos.

Por último, si bien hay que celebrar que para los actores no estatales el estándar máximo de protección sí quedara recogido —prohibición de reclutamiento voluntario o forzoso y de utilizar en hostilidades a menores de 18 años—, el hecho de que un instrumento recoja un doble estándar en función del perpetrador de la acción puede debilitar la fuerza moral de dicha norma. Por supuesto que siempre se podrá defender que no es lo mismo una acción de un grupo que actúa desde la ilegalidad que el de las fuerzas armadas, las cuales forman parte del aparato soberano y legítimo de un Estado. Sin embargo, el enfoque del derecho internacional humanitario, que establece las mismas obligaciones a cualquier parte en conflicto, parece facilitar la exigencia de su cumplimiento sobre la base de la igualdad de tratamiento.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Naciones Unidas, *Report of the working group on a draft optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on involvement of children in armed conflict*, documento de Naciones Unidas E/CN.4/1995/96, 1995, para 26.

Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación

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.

El Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil de la OIT, creado en 1992, había conseguido, junto con otras organizaciones como UNICEF, poner de relieve el tema del trabajo infantil, logrando abrir un espacio para un Convenio sobre esta materia. La idea de desarrollar un Convenio que prohibiera y eliminara las peores formas de trabajo infantil surge contemporánea a la discusión del Grupo de Trabajo sobre el Protocolo Facultativo de la CDN, lo que seguramente facilitó que en las discusiones el reclutamiento de niños y niñas fuera un tema vigente. Como ya se vio, tras un intenso debate, se acordó que únicamente el reclutamiento forzoso u obligatorio sería incorporado como peor forma de trabajo infantil.⁸²

Puede ser cuestionable que el reclutamiento o utilización de niños y niñas se denomine forma de trabajo —así sea “peor” forma de trabajo—, pues pareciera que si éste se regularizara y se le dieran ciertas condiciones, pudiera ser aceptable. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, el Convenio 182 presenta algunos elementos interesantes que, al igual que el Protocolo Facultativo de la CDN, van cerrando la puerta a que las personas menores de 18 años sean parte de grupos o fuerzas armadas. El Convenio 182, al igual

⁸² Ver Steve Charnovitz, *The International Labour Organisation in the Second Century*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 4, Holanda, 2000, p.147.

que la CDN, define niño toda persona menor de 18 años.⁸³ Obliga a los Estados a tomar “medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia”.⁸⁴ El imperativo establecido, a diferencia de lo que ya se analizaba en la CDN y el Protocolo Facultativo de la CDN, es rotundo, contundente y sin matices, lo cual dota al Convenio 182 —o debería dotar— de una gran fuerza. Además, el Convenio 182 sólo menciona el estándar de los 18 años, lo cual cobra gran importancia en aquellos países que no hayan ratificado el Protocolo Facultativo de la CDN. Pero quizás el elemento más novedoso es que define el reclutamiento como una forma de esclavitud o de práctica análoga a la esclavitud, la cual está regulada en un importante número de tratados, constituye una norma de derecho consuetudinario, y un crimen de lesa humanidad de acuerdo al Estatuto de Roma, como ya vimos.

Además, el Convenio 182 abarca “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas (...)”.⁸⁵ Esta provisión puede tener un gran interés en algunos contextos como el latinoamericano. Países como Brasil, México o Haití padecen en algunas regiones situaciones de violencia generalizada donde existen estructuras armadas que no reúnen las características para ser consideradas grupos armados bajo el derecho internacional humanitario y que, sin embargo, usan frecuentemente niños y niñas en sus actividades. En Colombia, por ejemplo, tras la desmovilización del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en el periodo 2003-2006, han surgido determinados grupos o bandas que si bien para varios tienen un *modus operandi* muy similar al de las antiguas AUC,⁸⁶ el Gobierno Colombiano las considera meras bandas de crimen organizado. Independientemente de si estos grupos emergentes son fruto de un rearme paramilitar o si son puramente bandas criminales al servicio del narcotráfico, lo cierto es que si nos atenemos a la segunda opción, los niños y niñas reclutados o utilizados estarían desprovistos de cualquier protección bajo los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, la CDN o su Protocolo Facultativo. El Convenio 182 puede entonces estar llamado a cubrir este vacío.

Por último, cabe preguntarse si se podría hacer una interpretación del artículo 3.d según la cual en determinadas ocasiones el reclutamiento o utilización de niños y niñas puede considerarse un 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”, independientemente de que el niño o niña entrara inicialmente de forma voluntaria, lo cual haría que quedara cubierto bajo este Convenio. Lo cierto es que hay pocas situaciones imaginables donde la salud —física o psicológica—, la seguridad o la moralidad de un niño o niña puedan verse más seriamente dañadas que a través de su participación en un conflicto.

⁸³ Artículo 2.

⁸⁴ Artículo 1.

⁸⁵ Artículo 3.

⁸⁶ Naciones Unidas, *Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, documento de Naciones Unidas A/HRC/10/032, 19 de febrero de 2009, para 42. Ver también Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, 2007, p. 97.

5. El reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas bajo el Derecho consuetudinario

Para que una norma se considere costumbre debe constituirse como una práctica general aceptada como derecho. Dos elementos son por tanto necesarios. El primero es de carácter material u objetivo, esto es, que sea una práctica extendida, habitual y uniforme. El segundo es de carácter subjetivo y se trata de que exista *opinio juris*, esto es, que el acatamiento de dicha norma se haga bajo creencia de que es una obligación *legal (opinio juris sive necessitatis)*.⁸⁷

La relevancia de determinar qué normas constituyen derecho consuetudinario, es decir, cuáles son prácticas generalizadas que los Estados consideran obligatorias, radica en varias razones, pero sucintamente resaltaremos dos. Durante el presente artículo, hemos podido analizar cómo el reclutamiento y utilización de niños y niñas en los conflictos armados está regulado en un número abundante de tratados internacionales, con distintas normas y provisiones. El estándar al que está obligado un país dependerá de los instrumentos de derecho internacional que haya decidido ratificar. Probar la existencia de una norma de derecho consuetudinario permite exigir a los Estados respeto a ciertas normas, incluso si no han sido aprobadas en su legislación interna, e impide la limitación de norma a través de reservas. Además, el hecho de reconocer que una norma recoge el derecho consuetudinario *“fortalece la exigencia moral de su cumplimiento en la comunidad internacional al acentuar su carácter moral y sus profundas raíces en los valores de la comunidad”*.⁸⁸

Hay argumentos que apoyan la tesis de que la prohibición del reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas, al menos de aquellos menores de 15 años, es hoy en día una norma consuetudinaria. Durante las discusiones sobre los Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra, el artículo referido a este tema fue sujeto de intenso debate con el fin de poder ser adoptado por consenso, a modo de un común denominador para todos los participantes de la discusión.⁸⁹ Posteriormente, en las discusiones de la CDN y en las del Protocolo Facultativo de la CDN, no hubo ningún país que cuestionara el estándar ya acordado en los Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra. Es cierto que hay que tomar con cautela este argumento pues la falta de oposición de los Estados puede reflejar el resultado de una estrategia de negociación, pero la amplísima ratificación de la CDN corrobora que prácticamente la totalidad de los países miembros de las Naciones Unidas no tienen ninguna dificultad en acoger una norma que prohíbe el reclutamiento de personas menores de 15 años. Adicionalmente, no existen prácticas oficiales contrarias.⁹⁰

⁸⁷ La existencia de normas convencionales y de costumbre internacional fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark and Federal Republic of Germany v. The Netherlands)* en 1969.

⁸⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja*, 2003, p. 9.

⁸⁹ Ver *Op. Cit. supra*, nota 26, p. 89.

⁹⁰ Ver Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Bec, *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 547.

Sin embargo, el último argumento nos lleva a la paradoja de Baxter:⁹¹ en los casos en que una provisión está regulada por un instrumento internacional que ha tenido una amplia ratificación —como la CDN—, ¿cómo saber que los Estados no hacen sino cumplir con las obligaciones contraídas por dicho tratado?

Para salvar este escollo, puede ser útil acudir a la opinión de los órganos políticos de las Naciones Unidas. Incluso si sus pronunciamientos no tienen efecto jurídico vinculante directo, sí pueden ser reflejo de cómo interpretan los Estados las normas internacionales, esto es, si existe *opinio juris*. Desde el año 2002, el Secretario General ha incluido en sus informes anuales sobre niñez y conflicto un listado de partes que reclutan o utilizan a niños. En dicho listado el Secretario General ha incluido el Gobierno Nacional de Transición de Somalia y a otros grupos armados que operan en ese país, a pesar de que Somalia no es parte de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, de la CDN, del Protocolo Facultativo de la CDN, ni del Convenio 182 de la OIT, ni siquiera de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño. Las obligaciones de Somalia entonces sólo pueden tener una naturaleza consuetudinaria.

En 2004, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial de Sierra Leona argumentó que la prohibición de reclutamiento o participación activa en las hostilidades de niños y niñas había cristalizado en costumbre internacional antes de 1996 —fecha de inicio de la jurisdicción temporal del Tribunal—,⁹² en base a la amplia ratificación de los Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional II, la CDN y la falta de reservas al artículo 38 de la CDN. A pesar de que las razones por las que la Sala de Apelaciones llega a esta conclusión han sido objeto de críticas,⁹³ existe una aceptación generalizada de que la prohibición del reclutamiento y utilización de niños y niñas en los conflictos es una norma consuetudinaria.⁹⁴ Por último, aunque todavía no hay una práctica uniforme con respecto a la edad mínima de reclutamiento y participación en las hostilidades, existe consenso acerca del hecho de que ésta no debe ser en ningún caso inferior a los quince años.⁹⁵

6. Reflexiones finales

La valoración de la protección que el marco normativo internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario dan a los niños y niñas en el tema abordado produce sentimientos encontrados. En primer lugar, es ineludible lamentarse de que no se hayan

⁹¹ Ver *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, decisión de 16 de noviembre 1998, paras 302-303.

⁹² *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, Caso No. SCSL-2004-14-AR72(E), Corte Especial de Sierra Leona (Cámara de Apelación), 31 mayo 2004. Ver detalles en Matthew Happold, *International Humanitarian Law, War, Criminality and Child Recruitment: The Special Court of Sierra Leone's Decision in Prosecutor v Samuel Hinga Norman* (2005) 18 *Lieden JIL* 283, p. 288.

⁹³ Ver Matthew Happold, *Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court*. The Legal Regime Of The International Criminal Court: Essays In Memory Of Igor Blischenko, José Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, eds., sin fecha, p. 21. <http://ssrn.com/abstract=979916>. Fecha de consulta: 15 de junio de 2009.

⁹⁴ De hecho, el CICR lo recoge como norma consuetudinaria en su manual. Ver Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Bec, *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 546.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 549 y 552.

podido imponer los 18 años como estándar para el reclutamiento y participación en hostilidades de niños y niñas. Muchas y muy buenas intenciones se volcaron en la elaboración del Protocolo Facultativo de la CDN, el cual alcanzó a imponer 18 años como norma para los grupos armados, y elevar por encima de los 15 para las fuerzas armadas. Pero lo cierto es que el *straight 18* sigue siendo un objetivo no cumplido.

Las discusiones en torno a qué situaciones deben cubrirse, particularmente en torno a qué engloba la participación *directa* en hostilidades, pueden dejar vacíos importantes en la protección de niños y niñas. A medida que los conflictos evolucionan, y con ellos la forma de hacer la guerra, es cada vez más difícil determinar quién y qué actividades implican participar *directamente* en las hostilidades.

La falta de definición clara de los actores no estatales también tiene consecuencias trágicas en los niños y niñas. Paralelo al devaneo de la naturaleza de los grupos armados entre bandas criminales y sujetos de derecho internacional humanitario, el tratamiento jurídico de los niños y niñas utilizados por éstos fluctúa. Si un niño o niña es reclutado por un *grupo armado*, es víctima de un crimen de guerra, de una violación a los derechos humanos, y de una infracción del derecho humanitario. Por el contrario, si un niño o niña es reclutado o utilizado por una *banda criminal*, no es sino un infractor de la ley sujeto a persecución penal. Y si bien esta situación siempre ha existido en este campo, a medida que los grupos armados van volviéndose más amorfos, el grado de arbitrariedad y de perversidad en esta distinción se vuelve mayor.

Cabe preguntarse también sobre la efectividad de la promulgación de una cantidad tan numerosa de instrumentos internacionales en esta materia. Por un lado, permite que cada país elija, de un “menú” de tratados, qué normas está o no está dispuesto a cumplir de acuerdo con sus intereses, lo cual no resulta del todo deseable. Por otro lado, hay que preguntarse simplemente la utilidad de este ejercicio; ¿cuál es el poder de la repetición en el derecho internacional?

En mi opinión no hay que subestimar el poder de la repetición. El hecho de que el acervo normativo en esta materia se haya aprobado en su mayoría por consenso, y que éste sea tan numeroso, hace que tenga una fuerza moral importante, y favorece que más Estados ratifiquen estos instrumentos. Además, permite como hemos visto su cristalización como norma consuetudinaria. El hecho de que cada cierto periodo de tiempo se haya discutido y aprobado un instrumento internacional que tenga una provisión relacionada con el reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas, hace que el tema no caiga en el olvido y gane visibilidad.

La repetición, sin embargo, no parece haber tenido efectos contundentes en el cumplimiento. Irónicamente, se podría decir que la promulgación de normas internacionales nuevas en esta materia ha sido directamente proporcional al aumento del reclutamiento y utilización de niños en países en conflicto. De hecho, mientras que antes de 1977 eran muy pocos

los países que reclutaban o utilizaban niños en sus filas, en la actualidad resulta difícil encontrar una guerra sin que niños y niñas hagan parte activa de ella.

Lo cierto es que las normas internacionales sin mecanismos de exigibilidad no pueden competir con la lógica de ventaja militar que impera en la guerra. Los denominados *niños soldados* se han vuelto muy rentables en los conflictos. El hecho de que hoy en día la gran mayoría de niños son reclutados y utilizados por grupos armados distintos a las fuerzas armadas, hace que el desafío de hacer cumplir la normativa sea aún mayor, a pesar de que exista la voluntad de los Estados. Tal y como ha afirmado el Secretario General, existe una cruel dicotomía en este campo: "por una parte, se han elaborado normas claras y firmes para proteger a los niños afectados por los conflictos armados y se han elaborado importantes iniciativas concretas, sobre todo en el plano internacional, pero, por otra, no han disminuido las atrocidades que se cometen contra los niños en las zonas de conflicto y, en gran medida, persiste la impunidad de los culpables".⁹⁶

Confiemos que el derecho penal internacional contribuya a ponerle dientes a la normativa en esta materia. El 26 de enero de 2009 se inició el juicio en la Corte Penal Internacional de Thomas Lubanga Dyló, líder militar de la Unión de Patriotas Congoleños, por el reclutamiento y utilización de niños y niñas en la Corte Penal Internacional.⁹⁷ El hecho de que el primer caso considerado por esta Corte se refiera al reclutamiento de niños y niñas, manda un mensaje inequívoco al mundo: el reclutamiento y la utilización de niños y niñas es un crimen que la comunidad internacional no está dispuesta a tolerar más y que no debe, no *puede* quedar en la impunidad.

Aunque no ha sido objeto de análisis en profundidad, el tema de niñez y conflicto ha adoptado estrategias innovadoras que van más allá del marco normativo internacional tradicional. Además de iniciativas como los Principios de Ciudad del Cabo sobre la prevención del reclutamiento de niños y niñas en las fuerzas armadas y desmovilización y reintegración social de los niños y niñas soldados en África, y los Principios y Directrices sobre los Niños Asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados (conocidos como Principios de París), es imprescindible mencionar el Sistema de Vigilancia y Presentación de Informes creado por la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad. Si bien es pronto para valorar los alcances de su impacto, este mecanismo es una contribución importante en el ejercicio de repensar y romper los paradigmas tradicionales de cómo aplicar y asegurar la exigibilidad de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. De hecho, el mecanismo creado por la Resolución 1612 puede servir de modelo a seguir para fortalecer la exigibilidad de otros ámbitos de los derechos humanos.⁹⁸

⁹⁶ Informe del Secretario General. Los niños y los conflictos armados, documento de las Naciones Unidas A/59/695 S/2005/72, Nueva Cork, 9 de febrero de 2005.

⁹⁷ Ver <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/democratic%20republic%20of%20the%20congo?lan=en-GB> Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

⁹⁸ Perinaz Kerm ani Mendez, *Moving from Words to Action in the Moderns "Era of Application": A New Approach to Realising Children's Rights in Armed Conflicts*, International Journal of Children's Rights 15, 2007, 219-249.

Los Principios de París, por su parte, han hecho una contribución importante para que el reclutamiento de las niñas sea visible. Durante demasiado tiempo no se ha prestado atención a las particularidades del reclutamiento y utilización de niñas por grupos y fuerzas armadas, lo que ha hecho que en los procesos de desarme, desmovilización y reintegración éstas hayan sido tenidas en cuenta muchas veces.

Para terminar, es ineludible salirse del espectro normativo y asomarse a la realidad. El reclutamiento de niños y niñas está penetrado por las estructuras sociales, económicas y por las condiciones de seguridad de los países en conflicto. Estos son en su mayoría países en extrema pobreza donde la población infantil ocupa una proporción importantísima de la pirámide demográfica. Alrededor de 1.000 de niños y niñas viven en zonas en guerra.⁹⁹ Zonas donde las posibilidades de acceder a los servicios básicos y a una educación son remotas. Zonas donde la violencia ha sido el único medio de supervivencia. Zonas donde los actores armados son la única referencia de autoridad de niños y niñas. Ante la falta de alternativas de futuro en las regiones de conflicto, siempre habrá niños y niñas abocados a considerar los grupos armados como una alternativa de vida. Sólo a través de la reducción de la pobreza, la inequidad y los conflictos armados, podremos ver una disminución sustancial de niños y niñas en las filas de grupos y fuerzas armadas. Ojala esto ocurra pronto.

⁹⁹ Naciones Unidas, Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de la Niñez y los Conflictos Armados y UNICEF, *Examen Estratégico 10 años después del Informe de Graça Machel "La Infancia y los Conflictos en un Mundo en transformación"*, Nueva York, 2009, p. 19. http://www.unicef.org/spanish/publications/files/Machel_Study_10_Year_Strategic_Review_SP_030909.pdf
Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.