

# **TRABAJO DE FIN DE GRADO**

## **LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS**

### **THE PROTECTION OF CHILDREN IN ARMED CONFLICTS**

El presente trabajo se ocupa de analizar la protección que el Derecho internacional dispensa a los niños en situaciones de conflicto armado. Actualmente, el análisis de la producción normativa en este sector, así como de los órganos y otros mecanismos creados para dotarlos de efectividad, debe situarse en la intersección entre tres ramas del ordenamiento internacional, a saber: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Penal Internacional.

This essay is aimed at examining the international juridic protection provided to children involved in armed conflict. Currently, the analysis of the normative production in this sector, as well as the organs and other mechanisms created to give them effectiveness, must be placed at the intersection between three branches of the international order, namely: the International Human Rights Law, the International Humanitarian Law, the International Criminal Law.

**UNIVERSIDAD DE ALMERÍA**  
**GRADO EN DERECHO**  
**Autora: Laura Jiménez Guevara**  
**Directora: Eva María Díez Peralta**

**CONVOCATORIA JUNIO 2018**

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>I. La protección de los niños en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: ...</b>	<b>6</b>
1.Los derechos de la infancia en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.....	<b>6</b>
2.El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000. ....	<b>14</b>
3.La labor de los órganos de derechos humanos de la ONU: .....	<b>24</b>
3.1.Los órganos creados por los Tratados de derechos humanos. ....	<b>24</b>
3.2.Otros órganos especiales para la protección de los derechos humanos en la ONU:.....	<b>26</b>
<b>II. La protección de los derechos de los niños en el Derecho Internacional Humanitario:.....</b>	<b>29</b>
1.Los derechos de la infancia en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos Adicionales de 1977.....	<b>29</b>
2. La perspectiva de género. ....	<b>38</b>
<b>III. La protección de los niños en el Derecho Penal Internacional: .....</b>	<b>43</b>
1. La protección penal de los niños en los conflictos armados: El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional.....	<b>43</b>
2.El asunto de Thomas Lubanga en la Situación de la República Democrática del Congo.....	<b>46</b>
<b>CONCLUSIONES: .....</b>	<b>54</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA: .....</b>	<b>57</b>

## INTRODUCCIÓN

"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana"

Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990  
Nueva York

Hasta los años 90 del siglo pasado no se tomó conciencia de la gravedad que conlleva la utilización de niños soldado, concretamente en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia que reunió al mayor número de Jefes de Estado y de Gobierno, además de altos funcionarios, fue aprobada la Declaración sobre la Supervivencia, Protección y Desarrollo de los Niños y un Plan de Acción para su puesta en marcha. Esta Cumbre Mundial fue un acontecimiento sin precedentes, se trataba de la primera vez en la historia en que una reunión al más alto nivel se celebraba en exclusiva para tratar cuestiones sobre la infancia.

Las metas de la Cumbre Mundial plasmaron las aspiraciones de un mundo mejor para los niños, un conjunto de objetivos claros y prácticos de lo que significa la Convención sobre los Derechos del Niño. Los dirigentes mundiales prometieron algo de una importancia inmensa: la prioridad del interés superior de los niños, tanto en tiempos mejores como peores, de guerra o de paz, prosperidad o en épocas de dificultad económica; objetivos ambiciosos, pero viables. Sin embargo, a pesar del entramado jurídico gestionado desde los años 90, los acuerdos y convenciones se siguen vulnerando en numerosos países. Se trata de una tarea que requerirá de gran esfuerzo y superación.

Actualmente, los conflictos armados se caracterizan por desbordar la tipología tradicional debido a la proliferación de actores no estatales, el traspaso de las fronteras constituyendo un complejo fenómeno de violencia transnacional y el aumento creciente de las víctimas de guerra pertenecientes a la población civil. Se produce una transgresión generalizada de los derechos humanos, el desplazamiento forzado de la población expuesta a atrocidades y sin contar con la protección física adecuada; además de caracterizarse por tratarse de conflictos multicausales y prolongados en el tiempo resultando muy difícil establecer con precisión el principio y el fin de los mismos. Provocan un caos generalizado alcanzando a la sociedad en todos sus niveles, persiguiendo el control social; en definitiva, se trata de guerras totales siendo el objetivo la destrucción del enemigo. En la lucha contra los conflictos armados y sus graves consecuencias, se hace necesaria una respuesta jurídica, centrada fundamentalmente en prevenir y reprimir esta terrible realidad de conflictos constantes.

Centrándonos en la población civil, víctima de este tipo de conflictos, siendo cada vez con más frecuencia el centro de estos ataques, sea directamente o ya sea como represalia, el presente trabajo viene a contemplar esencialmente la protección de uno de los grupos más vulnerables, los niños, quienes viven experiencias de gran impacto emocional, físico y psíquico, siendo testigos de las calamidades, muerte de sus progenitores, desintegración y desmantelamiento de su hogar, y lo que es más importante de su entorno; padeciendo un trauma duradero y quedando marcados de por vida.

Según UNICEF, en conflictos alrededor del mundo, los niños se han convertido en el objetivo de los ataques, son usados como escudos humanos, esclavizados, reclutados para luchar y asesinados. En relación con el último balance anual publicado<sup>1</sup>, las cifras crecieron a un ritmo chocante: en Afganistan, cerca de 700 niños fueron asesinados; en la región de Kasai de la República Democrática del Congo, la violencia ha obligado a abandonar sus hogares a 850.000 niños mientras que más de 200 centros de salud y 400 escuelas han sido atacadas, en Sudán del Sur más de 19.000 niños han sido reclutados para combatir por las fuerzas armadas y grupos rebeldes, y más de 2.300 han sido asesinados o heridos desde el inicio del conflicto. Tal y como manifestó Manuel Fontaine, director de los programas de emergencia de UNICEF: “Esta brutalidad no puede normalizarse”.

Son tres las disciplinas jurídicas que van a ser abordadas por el presente proyecto para proteger a los vulnerables entre los vulnerables, estando todas ellas contempladas dentro del genérico marco del Derecho Internacional. Las dos primeras disciplinas a tratar son el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ambas tienen una filosofía de base diferente, un origen distinto, una regulación diferenciada e incluso un marco institucional diferente; sin embargo, es necesario destacar la idea de que son disciplinas complementarias ya que ambas buscan la necesaria protección del individuo frente a actos arbitrarios que puedan menoscabar sus derechos o que les produzcan un sufrimiento innecesario, aunque desde perspectivas distintas. Ambos Derechos han de estar presentes en situaciones de conflictos armados, aunque el Derecho Internacional Humanitario es el aplicable concretamente en estado de excepción, es decir, constituyendo una “lex specialis” en caso de conflicto armado debido a que determina una protección especial para determinados grupos de personas particularmente vulnerables. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe aplicarse tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflicto armado.

---

<sup>1</sup> Comunicado de UNICEF pronunciado en Nueva York a 28 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2017/12/1424342>

La tercera de las disciplinas es el Derecho Penal Internacional, rama del ordenamiento jurídico internacional delimitadora de las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de trascendencia mundial, haciéndose para ello necesario la tipificación de las mismas y la sanción a sus autores, siendo impuestas por los Estados miembros de la comunidad, fundamentalmente a través de numerosas actuaciones tanto a nivel nacional como internacional, de carácter colectivo y cooperativo. Respecto de este tercer capítulo, trataremos principalmente del Estatuto de Roma, instrumento creado por la Corte Penal Internacional, en el cual se definen los crímenes más graves contra los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario, sobre los cuales la Corte podrá ejercer su jurisdicción, pero más concretamente aquellos en los que los sujetos pasivos son los niños. También nos ocuparemos de la primera sentencia condenatoria dictada por la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional estableciendo los principios y el proceso de reparación a las víctimas de los crímenes de guerra cometidos por Thomas Lubanga, la cual, sin duda, constituye un precedente sin igual en el contexto de los derechos de las víctimas de graves y atroces violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario por el reclutamiento de niños soldado.

## **I. La protección de los niños en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:**

### **1. Los derechos de la infancia en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.**

Partimos de la máxima de que en el ámbito internacional se establece la garantía de una serie de derechos inherentes a todos los seres humanos sin discriminación alguna, a través de un conjunto de tratados internacionales y otros instrumentos adoptados desde 1945 que han conferido una base jurídica y han desarrollado el conjunto de Derechos Humanos Internacionales. Este Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH, en adelante) principalmente obliga a los Estados al respeto y cumplimiento de lo firmado en los Tratados Internacionales de los que son parte. El movimiento internacional de los Derechos Humanos cuenta con un hito fundamental como es la aprobación, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Su Preámbulo la considera “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.<sup>2</sup> Hoy día forman la Carta Internacional de los Derechos Humanos: la Declaración Universal antes citada, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup> y sus dos Protocolos Facultativos, y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>4</sup> y su Protocolo Facultativo; todo ello constituye el conjunto de obligaciones que los Estados deben de respetar, comprometiéndose los gobiernos a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los Tratados, incluyendo la adopción de medidas positivas para facilitar el disfrute de estos derechos humanos básicos.

---

<sup>2</sup>Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>3</sup> Ratificado por España a través de: Instrumento de ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE núm. 103 de 30 de Abril de 1977, p. 9337 a 9343.

<sup>4</sup> Ratificado por España a través de: Instrumento de ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977, p. 9343 a 9347.

Todo lo expuesto hace referencia de manera genérica al DIDH que proporciona una protección a todos los seres humanos sin distinción alguna por razón de origen, nacionalidad, sexo, religión, posición económica, ideología, creencias o cualquier otra condición; tal y como la propia Declaración de los Derechos Humanos establece se aplica a “todos los miembros de la familia humana”. Esta disciplina jurídica de índole internacional podemos entenderla como “el conjunto normativo internacional integrado por normas convencionales (basadas en acuerdos y convenciones), normas consuetudinarias (basadas en la costumbre) y principios generales del Derecho Internacional, destinados a la promoción y protección de los derechos humanos, en principio es aplicable en tiempos de paz aunque un núcleo importante de él, también se aplica en tiempos de guerra”.<sup>5</sup> No obstante, en situaciones que supongan un riesgo público contra la seguridad e integridad pública del Estado que se trate en cuestión, como puede ser el caso de guerras, disturbios graves...etc, pueden derogarse o incluso aplazarse en su cumplimiento algunos derechos, salvo el núcleo duro de derechos fundamentales o derechos humanos<sup>6</sup>, entre los cuales se encuentran los derechos del niño, objeto del presente trabajo, porque frente a ellos no se permite la utilización de la técnica de derogación, en ningún caso, ni siquiera en situación de conflicto armado.

Ahora bien, dentro de la protección genérica que recibe todo ser humano por el hecho de serlo y proporcionada por el ya mencionado DIDH, se produce una especificación<sup>7</sup> por parte de esta disciplina jurídica, y ello en relación a los titulares de estos derechos, prestando mayor atención al niño como ser especialmente vulnerable y por ello, merecedor de una protección especial para la que se ha de proporcionar una adecuada respuesta jurídica. Ésta

---

<sup>5</sup> ARELLANO VELASCO, M., *Uso y participación de niños en conflictos armados*, Editorial de la Universidad de Granada, 2008 p.146.

<sup>6</sup> Este núcleo duro de derechos humanos está compuesto por el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el respeto a los principios de legalidad y no-retroactividad de las leyes penales (Art. 4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad de pensamiento y religión (Art.15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales), y por último, el derecho a la no-encarcelación por incumplimiento de una obligación contractual, a la protección de la familia, al nombre, a una nacionalidad, a los derechos políticos y garantías judiciales para la protección de tales derechos y los derechos del niño (Art 27de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

<sup>7</sup> Tal y como manifestaba el jurista y filósofo Bobbio: "Esta especificación se ha producido bien respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estados excepcionales en la existencia humana. Respecto al género, se han venido reconociendo progresivamente las diferencias específicas de la mujer respecto al hombre. En atención a las varias fases de la vida, se han venido diferenciando poco a poco los derechos de la infancia y de la ancianidad de aquellos del hombre adulto. Respecto a los estados normales o excepcionales, se ha subrayado la exigencia de reconocer derechos especiales a los enfermos, a los incapacitados, a los enfermos mentales" BOBBIO, N; *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p. 109 y 110.

viene dada por una serie de líneas maestras<sup>8</sup> que suponen el fundamento de este especial tratamiento y de la Convención de los Derechos del Niño (CDN, en adelante); así podemos citar la máxima protección del niño, en tanto que toda la legislación vigente en los distintos Estados y Partes que se encuentren en conflicto es de obligado cumplimiento aplicarla siempre que ésta sea la que más favorezca al niño, con total independencia de que la disposición de que se trate se encuentre en una norma más antigua o más reciente, más general o más específica.

El interés de protección de la infancia por parte del Derecho Internacional Humanitario (DIH, en adelante) durante los conflictos armados tiene su origen en torno a la Primera Guerra Mundial; y es que una vez que ésta finaliza, la organización británica Save the Children y su homóloga sueca Rädde Barnen conformaron un proyecto de una Declaración de los Derechos del Niño, siendo ésta aprobada en el año 1924 por la Sociedad de Naciones. La Declaración de Ginebra (Declaración de la Unión Internacional para la Protección a la Infancia) marcaba sus líneas protectoras y asistencia de carácter especial a los niños sin ningún tipo de distinción o discriminación en función de nacionalidad o raza. Y es en ella donde se enfatiza la necesidad de que la infancia debería ser el primer colectivo que reciba protección y asistencia especial en situaciones de desgracia o catástrofe.

Fue entonces tras acontecer la Segunda Guerra Mundial cuando esta Declaración resurge, y en 1959 se produce la ampliación de la misma llevada a cabo por las Naciones Unidas, quedando aprobada así la Declaración de los Derechos del Niño (CDN). Debido a la articulación de la posguerra, los conflictos de liberación y los combates irregulares, siendo el armamento cada vez más dinámico y súbito, era muy complicado distinguir al soldado civil. Se consideraba que los niños eran una categoría de víctimas muy vulnerable en situaciones de conflicto armado y en gran medida este interés se debió a las labores realizadas por los medios de comunicación y el fomento de la opinión pública en asuntos como los que tuvieron lugar en Kampuchea y la frontera con Tailandia<sup>9</sup>.

La necesidad de proteger a los niños y niñas durante el transcurso de los conflictos armados hay que entender que trae su origen en la protección especial que precisan determinados grupos vulnerables y esto, ha sido una preocupación desde tiempos lejanos por

---

<sup>8</sup> ABRIL STOFFELS, R; *La protección de los niños en los conflictos armados*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p.21.

<sup>9</sup> Englantyne Jebb fundó en 1919 en Londres la primera organización para ayudar a los millones de niños refugiados y desplazados diseminados por Europa después de la Primera Guerra Mundial. Desde sus inicios ha sido una organización pionera en la defensa de los derechos de la infancia.



parte del DIH. El desarrollo del principio de protección especial a la infancia adquiere reconocimiento como Derecho Internacional en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Esta Convención aprobada el 20 de noviembre del año 1989 ha sido amplia y rápidamente ratificada por más países que cualquier otro Tratado de Derechos Humanos en la historia y es que: “No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”<sup>10</sup>. En este sentido, la amplia aceptación de la Convención por tan alto número de países ha supuesto un refuerzo en el reconocimiento de la dignidad humana, en especial de la infancia, y su garantía, protección y desarrollo<sup>11</sup>. En el texto convencional quedan plenamente estipulados los Derechos del Niño, a su elaboración se procedió durante diez largos años con aportaciones de representantes de diversas sociedades, religiones y culturas tales como gobiernos, organizaciones no gubernamentales, promotores de los Derechos Humanos, abogados, especialistas de la salud, asistentes sociales y educadores de todo el mundo, fue aprobada como Tratado Internacional de Derechos Humanos.

La Convención consta de 54 artículos y además, es la primera Ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas de carácter obligatorio para todos los Estados comprometidos mediante su firma, a diferencia de la Declaración de 1959 considerada más bien como una carta de buenas intenciones. Es importante destacar que con esta nueva Declaración se abandona la antigua “doctrina de la situación irregular de los niños”, doctrina que consideraba a los menores incapaces de asumir responsabilidad por sus actos. También esta Convención acoge la doctrina de la protección integral de la infancia<sup>12</sup>, reconociendo al niño la condición de sujeto de derecho; y tampoco podemos olvidar que en materia penal significó un cambio de una jurisdicción tutelar a una punitivo-garantista en la que quedan reconocidos plenamente los derechos y garantías de los niños, responsables de los actos delictivos que cometan pero limitándose la intervención de la justicia penalista al mínimo

---

<sup>10</sup> Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990.

<sup>11</sup> El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños. Observación General N° 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) CRC/GC/2003/5 27 Noviembre 2003.

<sup>12</sup> "La Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia." GARCÍA MÉNDEZ, E; *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santa Fé de Bogotá, Forum Pacis, 1994. p.11

imprescindible incluyendo una ampliación de la gama de sanciones fundamentadas en principios educativos y con la reducción al máximo de las penas privativas de libertad.

Este texto era necesario debido a que numerosos Estados estaban dotados de leyes que protegían la infancia pero no las respetaban, significando para ellos situaciones de pobreza, acceso desigual a la educación o abandono. Estos problemas afectan a niños de todos los Estados ya sean ricos o pobres. Por ello, la Convención plasma a lo largo de sus artículos el reconocimiento de los niños como seres humanos (menores de 18 años) “con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones”. Además, sin olvidar que la Convención también constituye un modelo para aspectos como la salud, el progreso y la supervivencia de toda la familia humana.<sup>13</sup>

La Convención se utiliza en todo el mundo para la promoción y protección de los derechos de la infancia, garantía de que los niños se beneficien de un elenco de medidas específicas de protección y asistencia a servicios educativos y sanitarios para su pleno desarrollo, el fomento del crecimiento en un ámbito de felicidad, amor y comprensión, así como también tener acceso a información acerca de cómo alcanzar sus derechos y participar en el proceso de forma activa. El texto reafirma el reconocimiento de valores tradicionales pero a la vez de necesidades específicas de los más vulnerables. Además, desde su nueva perspectiva sobre la infancia, los niños y niñas ya no son ya ni los beneficiarios de obras de caridad ni la propiedad de sus progenitores sino seres humanos titulares de sus propios derechos. Esto nos permite considerar al niño como un ser integral que forma parte de la comunidad humana y por tanto, titular de una serie de derechos y responsabilidades adaptados a su edad y grado de madurez. Estos derechos no son negociables sino jurídicamente vinculantes.

Y es que la Convención sobre los Derechos del Niño como acontecimiento trascendental trae consigo el surgimiento de los derechos de los niños como una nueva rama jurídica que se fundamenta en tres pilares básicos: el interés superior del menor constituyendo un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la aplicación e interpretación de la normativa; el menor de edad como sujeto de derecho, reconociéndosele los derechos humanos básicos así como los que le son propios por su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental, ya que la autoridad parental tiene como fin único garantizar al niño la protección y los cuidados que sean necesarios e

---

<sup>13</sup> UNICEF COMITÉ ESPAÑOL, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rex Media, Madrid, 2006, p.6 <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

imprescindibles para su desarrollo integral, siendo una responsabilidad y un derecho para los progenitores, pero también es un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y guiados hasta lograr pleno grado de autonomía.

Centrándonos en el contenido del texto Convencional, partimos del preámbulo de la misma, donde recuerda los principios fundamentales de la Naciones Unidas y enfatiza la necesidad de proporcionar a los niños cuidados y asistencia específicos en razón de su especial vulnerabilidad y atendiendo a una protección jurídica y no jurídica tanto antes como después de su nacimiento, sobre todo, por parte de la familia como responsabilidad primordial y atendiendo al respeto de valores culturales de la comunidad del niño y al papel esencial y determinante de la cooperación internacional para que los derechos del niño sean una realidad. "El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"<sup>14</sup>. Seguidamente, en su artículo primero nos proporciona su ámbito de aplicación, además de una definición de "niño" como todo menor de dieciocho años, a menos que las leyes pertinentes efectúen un reconocimiento anterior de la mayoría de edad.<sup>15</sup>

La Convención de los Derechos del Niño involucra, según su ámbito de aplicación, a la totalidad de niños y adolescentes y los convierte en sujeto pleno de derechos, lo que deriva de su carácter de persona humana. Este enfoque que nos proporciona el texto convencional conlleva una serie de consecuencias: los niños son titulares de derechos y obligaciones al igual que lo son los adultos, siendo sujetos de derechos. No pueden ser tenidos en cuenta como objetos pasivos cuya protección le pertenece a sus padres y al Estado. Además del respeto a los derechos y deberes de los progenitores y representantes, hacemos referencia al artículo número 5 de la Convención cuando establece que las facultades que se le otorgan a los progenitores son conferidas con el objetivo de que sean impartidas en consonancia con el avance evolutivo de sus facultades para que el resultado sea que los niños ejerzan derechos reconocidos en ese instrumento internacional. Los niños han de gozar de las mismas garantías procesales que los adultos, reconocidas éstas constitucionalmente.

El texto Convencional efectúa un pleno reconocimiento de derechos, entre ellos; el derecho a la familia y a la vida familia, derecho a la identidad, documentación e inscripción del nacimiento; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a la libre asociación y reunión; derecho a la integridad personal y protección contra abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual y

---

<sup>14</sup> Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, Nueva York.

<sup>15</sup> Establece el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, Nueva York.

la explotación sexual; derecho al descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego; derecho a la salud, educación; derecho a un nivel de vida adecuado; derecho a la seguridad social y a la protección contra el trabajo infantil y la explotación económica, derecho a la libertad personal y el debido proceso, entre otros<sup>16</sup>.

Ahora bien, más precisamente enfocado al tema central del presente trabajo, la citada Convención se aplica a los niños y niñas en situación de conflictos armados<sup>17</sup>, ya sean éstos de carácter internacional o interno, y también a los niños y niñas refugiados según el artículo 22. Es importante destacar el contenido del artículo 38 ya que está compuesto por cuatro párrafos en los que establece de manera clara cómo afrontar la situación de conflicto armado y su repercusión en la infancia. En primer párrafo alude al compromiso de los Estados parte en el respeto a las normas del DIH aplicables a las situaciones de conflicto armado y además, enfatiza en el respeto de las que resulten pertinentes para la infancia<sup>18</sup>. El segundo, prohíbe la participación directa en las hostilidades de todo aquel menor de 15 años, incluido el reclutamiento de estos menores por parte de las fuerzas armadas; pero con el importante condicionante de reclutar preferentemente a los niños de mayor edad cuando sus edades están comprendidas en el rango de quince a dieciocho años. No obstante, numerosos Estados, la mayor parte de las ONG's y el CICR<sup>19</sup> consideraron el texto convencional como la oportunidad para elevar esa edad mínima de participación y reclutamiento de quince a dieciocho años, sin embargo; en aras de consenso, se mantuvo la edad mínima de participación en quince años. Esto dio lugar a una de las contradicciones más alarmantes de

---

<sup>16</sup> No figuran en la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos políticos en el sentido estricto. Esto es, el derecho de votar, de ser candidato y de tener acceso a la función pública. De todas maneras, esto no implica negación de derechos políticos en un sentido amplio. En efecto, la Convención reconoce a los niños, niñas y adolescentes los derechos a la libertad de expresión, de reunión y participación.

<sup>17</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, ¿Cuál es la definición de conflicto armado según el DIH? documento de opinión, marzo de 2008, p.1. El DIH hace una distinción entre dos tipos de conflictos armados, a saber: conflictos armados internacionales, en que se enfrentan dos o más Estados, y conflictos armados no internacionales, entre fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o entre esos grupos únicamente. El derecho de los tratados de DIH también hace una distinción entre conflictos armados no internacionales en el sentido del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y conflictos armados no internacionales según la definición contenida en el artículo 1 del Protocolo adicional II. Desde el punto de vista jurídico, no existe ningún otro tipo de conflicto armado. Sin embargo, es importante poner de relieve que una situación puede evolucionar de un tipo de conflicto armado a otro, según los hechos que ocurran en un momento dado.

<sup>18</sup> En nuestro país se refleja en el texto constitucional como uno de los principios rectores de la política social y económica, el artículo 39, el que concretamente en su apartado cuarto hace referencia a que: “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

<sup>19</sup> El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), es una organización imparcial, neutral e independiente que tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de ciertas situaciones de violencia interna, así como de prestarles asistencia. Asimismo, procura prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho internacional humanitario y de sus principios universales. En las situaciones de conflicto, dirige y coordina las actividades internacionales de socorro del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.

la Convención pues supone la única excepción al art.1<sup>20</sup>. Así fue para algunos Estados, como es el caso de nuestro país, para el que el límite de edad es insuficiente y por ello se formularon declaraciones en los apartados 2 y 3 de la Convención poniendo de manifiesto la preferencia a la hora de optar por un límite de edad superior<sup>21</sup>. De hecho, en 1999 durante la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja<sup>22</sup>, varios Estados se comprometieron a apoyar el establecimiento del límite en la edad de dieciocho años.

En el tercer y cuarto párrafo del artículo 38 hacen referencia a la obligación de los Estados a la hora de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los menores afectados por un conflicto armado. Además, la Convención presenta la especialidad de que con el objetivo de analizar los avances obtenidos en el cumplimiento de las obligaciones que conciernen a los Estados parte, se delegará al Comité de los Derechos del Niño<sup>23</sup>, integrado por expertos de gran integridad moral y reconocida competencia de los derechos de la niñez.

Además de la Convención de los Derechos del Niño ya expuesta anteriormente, y de los demás Tratados de Derechos Humanos ya mencionados al comienzo, es importante tener en cuenta las tres resoluciones que ha adoptado la Asamblea General de las Naciones Unidas: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing)<sup>24</sup>, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores

---

<sup>20</sup> Ello debido a que el artículo 1 de dicho texto convencional establece que: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

<sup>21</sup> Declaración de España a la Convención de los Derechos del Niño: "Spain, wishing to make common cause with those States and humanitarian organizations which have manifested their disagreement with the contents of article 38, paragraphs 2 and 3, of the Convention, also wishes to express its disagreement with the age limit fixed therein and to declare that the said limit appears insufficient, by permitting the recruitment and participation in armed conflict of children having attained the age of fifteen years". (Información: <http://www.wetreaties.un.org/>)

<sup>22</sup> Se celebró entre el 31 de octubre y el 6 de noviembre en Suiza (Ginebra) la XVII Conferencia internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, uno de los foros humanitarios más relevantes e importantes del mundo, acontecimiento que constituye una fuerza de cohesión entre los Estados Parte de los Convenios de Ginebra y demás miembros del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Coincidió con el 50 aniversario de los Convenios de Ginebra y el inicio del milenio, era oportuno renovar el compromiso de los Estados y Miembros del movimiento con los principios de la acción humanitaria. Se escogió el lema de: "el poder de la humanidad" para hacer resaltar el Movimiento. Se elaboró y aprobó el plan de acción para 2000 y 2003 que abarcó: protección de las víctimas de los conflictos armados por el DIH, acción humanitaria en tiempo de conflicto armado y otros desastres y asociación estratégica para mejorar la vida de las personas vulnerables.

<sup>23</sup> El Comité de los Derechos del Niño es el órgano compuesto por 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité también supervisa la aplicación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, así como del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

<sup>24</sup> Las Reglas de Beijing, constituyen primordialmente una orientación para los Estados para que elaboren sistemas especiales para la administración de la justicia de menores que proteja y responda a las necesidades de

Privados de Libertad<sup>25</sup> y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad- Resolución 45/112) 14 de diciembre de 1990)<sup>26</sup>. Aunque estas tres resoluciones no son obligatorias ni tampoco directamente vinculantes para los gobiernos, ya que no son Tratados, eso no impide apreciar la importancia de estas normas que son constitutivas de recomendaciones y adquieren una fuerza especial y ello debido a que muchos de sus principios esenciales coinciden con los establecidos en la Convención. Concretamente, las Reglas de Beijing están incorporadas de manera expresa al Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

## **2. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000.**

Tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el Tratado más ampliamente ratificado de la historia con 196 países hasta el presente; se aprobaron “Protocolos Facultativos”, mecanismos jurídicos que completan y añaden provisiones al Tratado original debido a que se encargan de una nueva preocupación o problema o traen causa en la inclusión de un nuevo procedimiento para la efectividad de los derechos garantizados. La Convención sobre los Derechos del Niño cuenta con tres Protocolos Facultativos: el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, objeto del presente Proyecto, pero además, el Protocolo relativo a la

---

los derechos de las personas jóvenes. A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985).

<sup>25</sup> Estas Reglas salvaguardan los derechos fundamentales y obliga los Estados a tomar medidas para la reinserción de las personas menores de edad que ya están privados de su libertad. Establece que se entenderá por privación de libertad toda forma de encarcelamiento o internación en un entorno privado o público del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de autoridad judicial o administrativa. (Regla 11.B). Entre los principios fundamentales que establecen las Reglas son que la privación de la libertad debe ser una disposición de último recurso, que dure lo menos posible y se limite a casos excepcionales y que, además, toda privación de libertad debe ajustarse estrictamente con los principios del derecho internacional. Asamblea General en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

<sup>26</sup> Las Directrices de Riad constituyen en una guía de prevención para que las personas adolescentes y jóvenes no entren en conflicto con la ley. Se destacan los capítulos dedicados a la familia, la comunidad, la escuela, los medios de comunicación, la política social, la legislación y la administración de la justicia. Se dispone que: Para poder prevenir eficazmente la delincuencia “juvenil, es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes y respete y cultive su personalidad a partir de la infancia” (art. 2). De acuerdo al artículo 3 ...Los “jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control. A.G. res. 45/112, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 201, ONU Doc. A/45/49 (1990).

venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>27</sup> y el Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones<sup>28</sup>.

Centrándonos en el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (resolución de la Asamblea General 54/263) fue aprobado el 25 de mayo del año 2000 en Nueva York<sup>29</sup>. La elaboración y entrada en vigor de este Protocolo Facultativo jurídicamente vinculante el 12 de febrero de 2002 se debió a la aparición de una nueva categoría de combatientes: “los niños soldado”<sup>30</sup>. Los conflictos civiles de los años noventa, se caracterizaron, especialmente en la región de África Subsahariana (Sierra Leona, Liberia, Ruanda, Burundi, Somalia, etc) por el uso masivo de los niños en los campos de batalla por parte de las fuerzas y grupos armados<sup>31</sup>. A pesar de que los niños fueron objeto de una protección especial en la Convención de Ginebra de 1949, el caso de los niños soldados fue olvidado dejando una laguna legal en este ámbito. Las imágenes de estos niños portando armas de guerra propició una toma general de conciencia y reacción en todo el mundo, la comunidad internacional se apresuró para dar con la solución<sup>32</sup>.

Es preciso realizar una breve exposición acerca de qué antecedentes condujeron a la aprobación del Protocolo Facultativo del año 2000, para ello partimos del año 1977 cuando ya se fijaron los estándares iniciales que prohibían el reclutamiento de niños, por parte de los Protocolos Adicionales a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual establecía en su artículo 38 los 15 años como la edad mínima para el reclutamiento y para la participación en hostilidades. A pesar de ello, los defensores de los derechos de la infancia luchaban por elevar ese estándar de los 15 años

---

<sup>27</sup> Ratificado por España a través del Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2002, p. 3917 a 3921.

<sup>28</sup> Ratificado por España a través de Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2014, p. 6453 a 6462.

<sup>29</sup> Ratificado por España a través de Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 5 de mayo de 2000, «BOE» núm. 92, de 17 de abril de 2002, p. 14494 a 14497.

<sup>30</sup>Según la autora Ruth Abril Stoffels: “Las normas que proporcionan protección a la infancia, distinguen entre aquellos que participan directa o indirectamente en las hostilidades (niños soldado y combatientes ilegales) y aquellos que no participan (civiles) o han dejado de hacerlo (detenidos y prisioneros de guerra, heridos, enfermos y náufragos). Y ello es así, entre otra cosas, porque las necesidades militares van a permitir poco margen de maniobra para la protección de los primeros, mientras que para los segundos, la protección va a ser relativamente amplia”.

<sup>31</sup> Fundación Save The Children; *La Infancia en situación de emergencia: perspectivas jurídicas, educativas, éticas y sociológicas*. p. 7 y ss.

<sup>32</sup> En este sentido es de destacar la Recomendación General del Comité de Derechos del Niño sobre los Niños en los Conflictos Armados en el 19º período de sesiones, septiembre de 1998 (UN.Doc CRC/C/80). Teniendo en cuenta que en ella se enfatiza en la necesidad de “aumentar a 18 años la edad mínima de cualquier tipo de reclutamiento de niños en las fuerzas armados y de prohibición de que participen en las hostilidades”.

a los 18 mediante la elaboración de un nuevo tratado internacional al efecto. Sin embargo, debido al gran apoyo prestado a la Convención sobre los Derechos del Niño, se reforzó la idea de la configuración de un Protocolo Facultativo a la Convención focalizado especialmente en la participación de los niños en los conflictos armados. Fue en 1994 cuando la Comisión de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos formó un grupo de trabajo para la elaboración del texto del Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados. Tras los seis años siguientes, los representantes de numerosos países, de organizaciones no gubernamentales, de las agencias de las Naciones Unidas y de expertos independientes, todos ellos miembros del grupo de trabajo configuraron el texto del borrador y concluyeron finalmente sus labores en el año 2000. Fue el día 25 de mayo de ese mismo año, cuando el Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas y tras reunir las diez ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, se hizo legalmente vinculante el 12 de febrero del año 2002.

La próspera campaña que se gestó en torno al Protocolo Facultativo tuvo éxito debido a la efectiva y cercana cooperación entre los gobiernos, agencias de Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales, en especial, la Coalición para Detener el Reclutamiento de Niños, el representante especial del Secretario de las Naciones Unidas para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, UNICEF y el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos de los Niños, entre muchas otras<sup>33</sup>.

Un precedente importante a todo ello, fue en 1996 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas recibió un informe sin precedentes sobre “Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños” (resolución 48/157), más conocido como el Informe Machel. La redactora de este informe demoledor fue Graça Machel<sup>34</sup>, experta designada por el Secretario General y ex ministra de educación de Mozambique, quien hizo énfasis en las consecuencias de los conflictos armados sobre los niños y niñas<sup>35</sup>, detalló a la Asamblea

---

<sup>33</sup> No podemos olvidar, la contribución proporcionada por los esfuerzos de la Cruz Roja Española a través de su Informe del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española sobre: *La aplicación del Plan de Acción del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna a favor de los niños en los conflictos armados*.

<sup>34</sup> En palabras de Graça, “los conflictos armados matan y mutilan a más niños que soldados”, esta dolorosa realidad no encuentra inflexión desde principios del siglo XX y se sustenta en múltiples y complejas razones entre las cuales están la pobreza, la desestructuración familiar, los éxodos y los abusos de poder.”

<sup>35</sup> Graça Machel: “La preocupación por los niños nos ha llevado a una norma común alrededor de la cual podemos congregarnos. En la Convención sobre los Derechos del Niño el mundo cuenta con un instrumento incomparable, que ha sido ratificado por casi todos los países. La decisión más importante que la humanidad podría tomar hoy es la de transformar la ratificación universal de esta Convención en una realidad universal”.



General de las Naciones Unidas los horrores que sufre la infancia en un contexto marcado por la guerra y pronunció estas palabras: “Nosotros no podemos abandonar a nuestros preciados hijos. Ni uno más, ni un día más. El impacto de los conflictos en nuestros hijos es responsabilidad de todos y nos concierne a todos”.

El estudio realizado por Graça Machel<sup>36</sup> revelaba el uso de los menores de edad como combatientes, señaló con gran preocupación cómo las tácticas de guerra habían cambiado<sup>37</sup> y los civiles, entre ellos los niños y niñas, se habían convertido cada vez de forma más acusada en los blancos de la violencia y víctimas de las más horribles atrocidades. Además, se hizo constar en el Informe la facilidad para reclutar a niños como soldados debido a la proliferación de armas ligeras de bajo costo ya que, algunos fusiles son tan sencillos y livianos que cualquier niño puede desarmarlos y volvernos a armar. Se crean por parte del comercio internacional de armamentos, fusiles de ataque más baratos teniendo acceso a ellos las comunidades más pobres, siendo el resultado altamente mortífero al transformar cualquier conflicto local en una sangrienta masacre.

El objetivo del Informe y las ambiciosas aspiraciones de Graça Machel versaban fundamentalmente acerca de proponer los elementos pertinentes para llevar a cabo un programa de acción global cuya ejecución como tarea principal le corresponde a los Estados Miembros y en general, a la comunidad internacional, a fin de lograr la mejora en cuanto a la protección y atención de la infancia en situaciones de conflicto armado<sup>38</sup>. Sin olvidar la importante consecución de uno de los objetivos que se pretendían, el nombramiento, por

---

Para Machel “los niños son a la vez nuestro motivo para luchar a fin de que desaparezcan los peores aspectos de la guerra, y nuestra mayor esperanza de tener éxito en ello”.

<sup>36</sup> Quien contó con el amplio apoyo de los gobiernos, organismos regionales, y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, y órganos de las Naciones Unidas, especialmente el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Centro de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Se convocaron periódicamente consultas entre organismos en Ginebra y Nueva York que contaron con la participación de representantes de los siguientes órganos internacionales de importancia: el Centro de Derechos Humanos, el Departamento de Asuntos Humanitarios, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Instituto de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, el Programa Mundial de Alimentos (PMA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

<sup>37</sup> Véase al respecto: GRAÇA, M; *Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*, Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graça Machel, presentado en virtud de la resolución 48/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 26 de agosto de 1996, p.14 y ss.

<sup>38</sup> Y es que en palabras de Graça Machel: “La guerra viola todos los derechos del niño: el derecho a la vida, el derecho a estar con su familia y con su comunidad, el derecho a la salud, el derecho al desarrollo de la personalidad y el derecho a ser formado y protegido. Muchos de los conflictos de la actualidad duran durante toda la "infancia", lo que significa que desde el nacimiento hasta el principio de la edad adulta los niños experimentarán múltiples agresiones que se irán acumulando. El resquebrajamiento de la red social y de las relaciones primarias que sirven de apoyo al desarrollo físico, emocional, moral, cognoscitivo y social de los niños durante tanto tiempo puede tener consecuencias físicas y psicológicas profundas”.

parte del Secretario General de Naciones Unidas, de un Representante Especial para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, con el cometido de llevar a cabo la promoción de la función protectora y garantista de derechos y del bienestar de los niños en todas las fases del conflicto armado. Fue a partir de la presentación del citado Informe, cuando la comunidad internacional comenzó a llevar a cabo importantes logros en la materia, desarrollo de un marco legal sólido de protección para la prevención del reclutamiento de niños en conflictos armados y para asegurar su reintegración. No obstante, a pesar de haber transcurrido dos décadas la denuncia efectuada en el Informe Machel sigue plenamente vigente.

Atendiendo al examen estratégico realizado diez años después del Informe Machel “La infancia y los conflictos en un mundo de transformación” publicado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en abril de 2009 se pone de manifiesto la labor de UNICEF como entidad, entre otras, que ha coordinado el examen estratégico diez años después de la presentación del Informe Michael. Las conclusiones del informe coinciden en que a pesar de los logros considerables con posterioridad al año 1996 todavía quedan desafíos para los que encontrar una solución. Este examen estratégico le otorga relevancia a la cuestión de que el mundo es consciente, cada vez más, de las violaciones frecuentes y deliberadas contra la infancia en los conflictos armados, el reclutamiento y el uso de los mismos por parte de los grupos armados. Esta revisión al Informe repite el llamamiento a los Gobiernos, agencias de Naciones Unidas y a la sociedad civil para seguir avanzando en los esfuerzos para lograr la protección a la infancia que sufre los conflictos armados. No podemos olvidar, que la naturaleza actual que revisten los conflictos armados tiene como consecuencia un impacto aun mas fuerte sobre los niños y niñas, considerados como colectivo especialmente vulnerable. Esta nueva naturaleza de los conflictos armados contemporáneos exige un enfoque diferente que se centre en la totalidad de cuestiones vinculadas a los niños y niñas que sufren y permanecen atrapados en situaciones de conflicto armado, no ya en países concretos o temas específicos ya que: “La guerra viola todos los derechos de la infancia” poderosa frase y eje central del examen del Informe y del mismo, pronunciada por Graça Machel. Los niños no sólo son reclutados como combatientes sino que además son blancos escogidos en ofensivas contra escuelas y hospitales, víctimas de ataques, bombardeos o detenciones ilegales, incluso siendo utilizados en numerosas ocasiones como bombas.

Debido a la preocupación creciente tras el Informe y a todo lo anteriormente expuesto, se procedió en el año 2000 a la elaboración y entrada en vigor dos años más tarde, del

Protocolo ya citado relativo a la participación de niños en los conflictos armados, texto jurídico que ofrece una mayor protección en este campo. Se trata del primer texto legal internacional específico sobre los niños soldado, en el que se detallan los límites al reclutamiento tanto voluntario como forzoso y se expresa la obligación que concierne a los Estados de desmovilizar a los menores de edad que permanecen reclutados. La entrada en vigor de este Protocolo Facultativo es un hito fundamental, proporcionando el fortalecimiento de la protección legal de los niños y la contribución a evitar su participación en los conflictos armados. Debe considerarse como un gran paso dentro de un largo camino, incluyendo la amplia ratificación del Protocolo y su aplicación sistemática, siendo el objetivo último lograr el fin del reclutamiento de niños soldado.

Antes de proceder a realizar un análisis más pormenorizado del Protocolo Facultativo, objeto del presente capítulo, es conveniente conocer qué se entiende por “niño y niña” soldado:

“Todo menor de 18 años de edad vinculado con una fuerza armada o grupo armado que haya sido reclutado o utilizado por una fuerza armada o grupo armado en cualquier capacidad, incluidos los niños, tanto niños como niñas, aunque sin limitarse a ellos, utilizados como combatientes, cocineros, cargadores, espías o para fines sexuales. (Principios de París sobre la participación de los niños en los conflictos armados, 2007).

En el texto del Protocolo Facultativo además de tratar el concepto de niños soldado, se hace mención a dos formas de participación de los mismos: participación directa o bien, participación indirecta en el conflicto armado. Ello nos lleva a la necesidad de establecer una diferenciación entre ambas, a pesar de que no contamos con una definición de cada una de ellas, por tanto, tendremos que analizar acciones, comportamientos concretos en cada caso y establecer dónde se incluiría cada uno de ellos. (…)

La participación de forma activa en el combate se entendería que constituye participación directa, pero qué calificación reciben las acciones de reconocimiento, de espionaje...¿Cómo podríamos calificarlas? Además, si el objetivo último de las medidas es evitar los efectos perjudiciales que supone para los niños la participación en un conflicto, se debería de considerar igual de dañino para su desarrollo personal el sufrir la violencia como el presenciarla. En conclusión, si la razón principal es la protección del niño, la diferenciación entre participación directa e indirecta es artificial debiendo suprimirse<sup>39</sup> y con ello,

---

<sup>39</sup> Véase ABRIL STOFFELS, R; *op.cit*; nota 8, p.45.

establecer una misma edad mínima para cualquier tipo de participación en situación de conflicto armado<sup>40</sup>.

Analizando el presente Protocolo, se efectúa la prohibición de la participación directa de menores de 18 años, incluido también el reclutamiento. Queda expuesto en el Preámbulo, ya que este Protocolo eleva la edad a la cifra de 18 años en consonancia con el artículo primero de la Convención de los Derechos del Niño que, como sabemos, considera “niño” a todo aquel que se sitúa por debajo de ese mismo umbral. Además, no podemos olvidar que, la finalidad de elevar esta edad, precisamente respecto de la participación en las hostilidades y el reclutamiento, es la de favorecer al principio del interés superior del niño como consideración que ha de ser de carácter primordial. Tal como también se evidenció en la necesidad manifestada por parte de las recomendaciones formuladas por la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de diciembre de 1995, además de tener en cuenta la aprobación unánime, en junio del año 1999, del Convenio número 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, ya que en el mismo se prohíbe el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados. Fundamentalmente el Protocolo, también en su Preámbulo trata de poner fin además de al reclutamiento, al adiestramiento y utilización de niños tanto dentro de las fronteras nacionales, en conflictos internos, como fuera de ellas, es decir, en conflictos armados internacionales; reconociendo asimismo la responsabilidad de quienes lo lleven a cabo.

No obstante, el proceso para la adopción del presente Protocolo no fue fácil y ello fundamentalmente por la falta de acuerdo en varios aspectos como la edad límite, el tipo de participación (directa e indirecta), o bien forzoso o voluntario si se trata de reclutamiento, y las medidas de las que se encargan los Estados parte para prevenir el reclutamiento de niños por parte de grupos armados no gubernamentales. Sin embargo, el objetivo principal del Protocolo era la edad mínima para participar en conflictos armados, tema acerca del cual hubo numerosas discrepancias, por ello ya analizando el articulado del Protocolo, se lleva a cabo una fórmula intermedia en su artículo primero: “Los Estados parte adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe en las hostilidades”.

Este primer artículo hace notar el carácter débil de la prohibición, ya que ésta no es absoluta, de hecho el resultado es que se permite que los Estados puedan reclutar en sus fuerzas armadas a niños, menores de 18 años, siempre que adopten toda las medidas posibles para su no participación en las hostilidades. Esto nos evidencia como el principio de humanidad ha sido sobrepasado por el principio de necesidad militar.

En relación con la cuestión del tipo de participación, se adoptó en el artículo primero la expresión “participen directamente”, expresión que sitúa a números niños que realizan funciones de apoyo con carácter indirecto, como es el caso de los informadores, cocineros, porteador, espías, etc; en situaciones de extremo peligro ya que, los menores que son reclutados para este tipo de funciones acaban participando en la guerra debido a las necesidades de la misma. Respecto del reclutamiento el consenso fue total a la hora de la elaboración del Protocolo y su limitación en la cifra de 18 años de edad. Sin embargo, a la hora de diferenciarlo, reclutamiento de carácter forzoso o voluntario, el consenso no fue el mismo. En el caso del reclutamiento voluntario no hubo consenso debido a que algunos países querían permitir el alistamiento con este carácter antes de los 18 años, como es el caso de Pakistán quien defendió esta postura expresando que ese ingreso en las fuerzas armadas llevaba aparejado para muchos jóvenes la única oportunidad de obtener estabilidad laboral, capacitación y enseñanza; además de Estados Unidos argumentaba la cuestión desde el punto de vista de que el reclutamiento voluntario no ha de llevar como consecuencia necesaria la participación en las hostilidades. Frente a ello, el Comité Internacional de la Cruz Roja manifestó: “Es evidente que un niño que ha sido reclutado por las fuerzas armadas o por un grupo armado antes de cumplir 18 años corre mayor riesgo de participar en las 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”.

Por ello, debido a la dificultad a la hora de alcanzar el consenso, se hizo necesario adoptar una solución intermedia, solución que encontramos en el artículo tercero del texto que establece la función de los Estados parte, encargados de elevar la edad mínima para el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales con el único límite de que ésta sea superior a la fijada en el párrafo tercero del artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño, es decir superior a los 15 años de edad, y con la observancia de los principios que se formulan en dicho artículo, sin olvidar la consideración de protección especial que ostentan en estas situaciones los menores de 18 años; estableciéndose para ello

un conjunto de medidas protectoras que buscan garantizar el verdadero carácter voluntario del alistamiento y la autorización de los progenitores.<sup>41</sup>

En lo referente al nivel de protección para los grupos armados no estatales, es más alto ya que éstos no deben ni reclutar ni tampoco permitir el alistamiento o participación alguna de los menores de 18 años. Fue una cuestión que no estuvo incluida en el proyecto preliminar y que propició complejos debates entre los partidarios de prohibir la participación de niños en este tipo de grupos armados no gubernamentales, debiendo los Estados adoptar todas las medidas pertinentes para que los grupos armados presentes en su territorio respetasen el Protocolo. Por otro lado, la otra postura era la posición de que los Estados no ostentan la capacidad real para la garantía de que los grupos armados irregulares respeten el Protocolo, además pudiendo incluso éstos aprovecharse de ventajas jurídicas e internacionales. Por todo ello, se optó por establecer en el artículo 4 la prohibición dirigida también a los grupos armados no gubernamentales. Este artículo conlleva el establecimiento de un régimen más estricto que el que se impone a los Estados en relación con sus propias fuerzas armadas, esto implica un avance positivo e importante ya que además de que constituye una obligación absoluta, es bastante completa por referirse a ambos tipos de participación y de reclutamiento, directa e indirecta, forzoso y voluntario, respectivamente.

Ahora bien, la existencia de obligaciones diferentes para las fuerzas armadas según éstas sean de carácter estatal y no estatal, grupos insurgentes u otros, provoca una reducción efectiva de la aplicación del Protocolo y ello en base a dos razones, siendo la primera la poca implicación de los grupos insurgentes a localizar más limitaciones que el gobierno en su lucha armada, y como segunda, la dificultad que se produce en numerosas ocasiones y concretamente en el caso de conflictos armados, a la hora de establecer con claridad quién es el gobierno del país en cuestión, y una vez determinado, quiénes son entonces las fuerzas estatales y cuáles son las insurgentes o irregulares.<sup>42</sup>

Con todo, la ratificación del Protocolo por parte de un Estado implica la adopción de una serie de medidas tanto de carácter nacional como a nivel internacional que conlleven el cumplimiento de la obligación. Así queda claro en el artículo 6 cuando hace referencia a la función de cada Estado parte en la adopción de todas las “medidas legales administrativas y de otra índole necesarias para garantizar la aplicación de las disposiciones del presente Protocolo dentro de su jurisdicción”. Además, la consideración del artículo 6 ya citado,

---

<sup>41</sup> Sobre este tema véanse, entre otros, BRETT, R. AND SPECH, I; *Young Soldiers, Why They Choose to Fight?*, USA, Lienne Rienner, Publishers, 2004; PETERS, K.; *Re-examining Voluntarism: Youth Combatants in Sierra Leone*, Pretoria, ISS, 2004.

<sup>42</sup> ABRIL STOFFELS, R; *op.cit*, nota 8, p.44.

concretamente en su apartado tercero, ya que muestra el compromiso de los Estados Partes con la rehabilitación y reintegración social de los niños soldado cuando hace referencia a “la desmovilización o separación del servicio”, incluyendo “la asistencia conveniente para su recuperación física, psicológica y su reintegración social”.

También, con semejante criterio, encontramos el artículo 7 que llama a la cooperación internacional en la aplicación del Protocolo, en particular, en atención a “la prevención de cualquier actividad contraria al mismo y la rehabilitación y reintegración social de las personas que sean víctimas de actos contrarios al presente Protocolo, entre otras cosas mediante la cooperación técnica y la asistencia financiera (...)” Además, para la concreción de la asistencia que han de prestar los Estados Partes, en el segundo apartado del presente artículo, se prevé la creación de un fondo voluntario establecido de conformidad con las normas de la Asamblea General. Asimismo también se establece en el Protocolo la obligación de establecer un sistema de informes que habrán de presentarse ante el Comité de Derechos del Niño de la ONU.

Se incluye una novedad en el Protocolo de vital importancia en cuanto a su firma y ratificación ya que, permite la adhesión de todos los Estados, sin tener en cuenta que hayan ratificado o no la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta novedad se establece en su artículo 9.2: “El protocolo está sujeto a la ratificación y abierto a la adhesión de todos los Estados”, disposición ésta que ha sido determinante para que el gobierno de Estados Unidos, que no es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, decidiera firmar el Protocolo el día 5 de julio del año 2000, hecho que fue un ejemplo para muchos países que decidieron sumarse.

Finalmente, con carácter general puede decirse que este instrumento de carácter internacional compuesto por trece artículos, tiene por conseguido su objetivo principal, es decir, elevar la edad mínima para la participación en los conflictos armados, de los 15 años que establecen los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra y en la Convención sobre los Derechos del Niño, hasta los 18 años de edad. Pese a este importante logro, sin embargo, se evidencia el carácter débil de la obligación debido a la falta de carácter absoluto ya que solo obliga a los Estados Partes a “adoptar todas las medidas posibles” para tratar de evitar la participación de los menores de 18 años en las hostilidades. Además, no se consiguieron objetivos tales como extender la prohibición a la participación indirecta, ya que ésta podrá producirse lícitamente en los supuestos en los que esté permitido el alistamiento de los niños entre 15 y 18 años; y tampoco se logra impedir el reclutamiento

voluntario, siendo especialmente importante en los países donde los niños no disponen de documentos acreditativos de su edad.

No cabe duda de que éste es el primer instrumento internacional de carácter no regional que consigue lograr elevar la edad mínima del reclutamiento obligatorio de 15 a 18 años. Aun así, la protección de los niños frente al reclutamiento sigue siendo escasa y ello debido a que este Protocolo permite el alistamiento voluntario de menos de 18 años y la participación indirecta, y además tal y como destacamos anteriormente no se trata de prohibición absoluta sino de instar a los Estados a adoptar “todas las medidas posibles” para la no participación de menores de 18 años directamente en los conflictos armados. A pesar de ello, sí se tiene en cuenta el establecimiento de directrices precisas para la no participación en las hostilidades militares por parte de los niños, además de que llama a los países signatarios a la adopción de medidas para separarlos de los grupos y fuerzas armadas y muy importante, la puesta en marcha de programas de rehabilitación y reintegración social.

A día de hoy, son 158 países los que han ratificado el Protocolo Facultativo, incluido nuestro país cuya ratificación tuvo lugar el día 17 de abril del año 2002. No obstante, nos encontramos con la cifra de 22 países que no han firmado aún y ni siquiera ratificado el Protocolo<sup>43</sup>, y además de ellos, otros 15 países quienes sí lo han firmado pero aún no lo han ratificado. Todo ello evidencia que aún queda un largo camino por recorrer para elevar el estándar internacional de protección de los niños.

### **3. La labor de los órganos de Derechos Humanos de la ONU:**

La ONU es la organización internacional más importante que existe en la actualidad, agrupa a naciones de todo el planeta con el fin de luchar y promover la paz en el mundo, el respeto y difusión de los Derechos Humanos, el fomento de la cooperación internacional y la resolución de conflictos de carácter económico, social, cultural o humanitario a través de métodos pacíficos. Dentro de su labor, la ONU centra su atención en campañas o temas relevantes para los que se precisan soluciones globales y urgentes, entre ellos, los niños y los conflictos armados.

#### **3.1. Los órganos creados por los Tratados de derechos humanos.**

Entre el amplio y complejo organigrama de la ONU, es preciso destacar la labor en esta materia del Comité de los Derechos del Niño (“CRC” por sus siglas en inglés), creado por la

---

<sup>43</sup> Entre los países que no han firmado ni ratificado el Protocolo se encuentran: Guinea Ecuatorial, Sudán del Sur, Mauritania, Emiratos Árabes Unidos, Barbados, República Democrática Popular de Corea, entre muchos otros.



Convención el 27 de febrero de 1991, fecha en la que también tiene lugar su entrada en vigor. Se trata del órgano compuesto por dieciocho expertos independientes de gran integridad moral y reconocidas competencias en las esferas reguladas en la CDN, miembros representantes de los grupos regionales de las Naciones Unidas, quienes desempeñan este cargo durante cuatro años.

El Comité como principal función supervisa la aplicación tanto de la Convención de los Derechos del Niño por sus Estados Partes, como también de los dos primeros Protocolos Facultativos de la misma. Básicamente, su función radica en la vigilancia del ejercicio de los derechos del niño. Además, establece un procedimiento internacional de denuncias sobre las violaciones de los derechos de los niños<sup>44</sup>.

En el texto convencional podemos encontrar referencia al Comité en el artículo 43 donde se detallan las funciones del mismo. La finalidad de la constitución del Comité es la de examinar los avances que se realicen en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la Convención. Para ello, se celebran reuniones del Comité todos los años, normalmente en la sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente determinado por él mismo.

La relación de los Estados Partes respecto del Comité, se basa principalmente en el compromiso de éstos de presentar al Comité, a través del Secretario General de las Naciones Unidas, informes acerca de las medidas que hayan llevado a cabo para proporcionar efectividad a los derechos plasmados en la Convención y sobre el progreso logrado en relación con el disfrute de los mismos. Concretamente, tal y como se hace constar en el artículo 44 del texto convencional, en el plazo de dos años si se trata de contar a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la Convención, y en lo sucesivo, el plazo se incrementa a los 5 años. Los Informes son relevantes ya que no sólo detallan el cumplimiento de las obligaciones sino además, las dificultades y circunstancias que afectan en el logro del correspondiente grado de cumplimiento, siempre que quede acreditado el requisito de la información suficiente para que el Comité tenga una comprensión general y amplia de la aplicación y cumplimiento de la Convención en el país en cuestión. El

---

<sup>44</sup>Este procedimiento sólo resulta aplicable a los Estados firmantes del Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones establecido en virtud de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 66/138 (A/RES/66/138) y de acuerdo con el art.19 de dicho Protocolo, el que establece que:

"1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que se deposite el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que ese Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión."

Comité en su relación permanente con los Estados, examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”<sup>45</sup>.

Es preciso tener en cuenta que, con el objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera del texto convencional, el Comité entabla relaciones con organismos especializados como es el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y otros órganos competentes. Y ello, porque la protección del niño exige la participación del conjunto del sistema de las Naciones Unidas.

### **3.2. Otros órganos especiales para la protección de los Derechos Humanos en la ONU:**

Además del ya citado Comité de los Derechos del Niño como órgano convencional para velar por el respeto de los derechos garantizados en la CDN, la ONU cuenta con otros organismos especializados en la materia para velar por la protección de la infancia y ello, fundamentalmente debido a que los niños se ven afectados por los conflictos armados de muchas maneras distintas. Con el objetivo de lograr la plena protección de los niños en situaciones de conflicto armado y acabar con la impunidad de los que llevan a cabo actos de violencia contra lo infancia, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>46</sup> ha determinado seis categorías de violaciones considerándolas como violaciones graves, sirviendo de base a la hora de reunir pruebas. Como violaciones graves se consideran<sup>47</sup>: la matanza o mutilación de niños, el reclutamiento o la utilización de niños soldado, la violencia sexual contra los niños, los ataques a las escuelas u hospitales, la denegación del acceso de los niños a la ayuda humanitaria y el secuestro de niños.

---

<sup>45</sup> Un ejemplo de observación final por parte del Comité de los Derechos del Niño, fue el elaborado para nuestro país el 5 de marzo de 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6) y en el mismo, se señala que: “Teniendo en cuenta su observación general núm. 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, y sus observaciones generales núm. 22 (2017) y núm. 23 (2017), y recordando sus recomendaciones anteriores (véase CRC/C/ESP/CO/3-4, párr. 60), el Comité insta al Estado parte a revisar la Ley núm. 26/2015 y el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados de modo que se ajusten a las disposiciones de la Convención. También insta al Estado parte a:

a) Asegurar en todo su territorio la protección jurídica efectiva de los niños no acompañados y velar por que se aplique el principio de no devolución y se tenga en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, e impartir a los profesionales pertinentes formación y orientación adicionales sobre la determinación del interés superior del niño (...)

Observación final disponible en:

<http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/03/observaciones-finales-v-iv-informes-aplicacion-convencion-derechos-nino-en-espana.pdf>

<sup>46</sup> El Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales. El Consejo de Seguridad tiene 15 miembros y cada miembro tiene un voto. De acuerdo con la Carta, todos los Miembros de la ONU convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad. Éste es el único órgano de la ONU cuyas decisiones los Estados Miembros, conforme a la Carta, están obligados a cumplir.

<sup>47</sup> Este tipo de violaciones reciben el calificativo de graves en la página oficial de la Organización de las Naciones Unidas.

Pues bien, respecto a estas seis violaciones graves se llevan a cabo funciones de vigilancia y de presentación de informes sobre las mismas, concretamente desde el año 2005 en el que se estableció por parte del Consejo de Seguridad este mecanismo para documentar e informar sistemáticamente sobre estos abusos atroces en situaciones que se repiten en todo el mundo. Basándose en esta información, el Secretario General de las Naciones Unidas<sup>48</sup> en su informe anual detalla las partes en conflicto, concretamente, aquellas que cometen este tipo de actos vulnerando los derechos de la infancia. El Grupo de Trabajo del Consejo de Seguridad sobre los niños y los conflictos armados<sup>49</sup> es quien se encarga de examinar con periodicidad los informes del mecanismo y formula recomendaciones sobre el modo de elevar esa protección proporcionada a la infancia en situaciones que surgen en determinados países.

Además, como órgano especializado no podemos olvidar la labor de promoción, incluyendo las visitas a los distintos países negociando con las partes en conflicto, que lleva a cabo la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados<sup>50</sup>. Es el órgano especializado que se constituye como principal defensor de las Naciones Unidas para la garantía de la protección y del bienestar de los niños

---

<sup>48</sup> Actualmente, ocupa este cargo el Sr. António Manuel de Oliveira Guterres, de Portugal, tomó posesión el 1º de enero de 2017. Noveno ocupante del puesto, diplomático y abogado, funcionario de a pie y jefe ejecutivo a partes iguales, el Secretario General es el símbolo de los ideales de las Naciones Unidas y el portavoz de los intereses de los pueblos del mundo, en particular los pobres y vulnerables. En términos de la Carta, el Secretario General es el «más alto funcionario administrativo» de la Organización, y como tal desempeñará «las demás funciones que le encomienden» el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y otros órganos de las Naciones Unidas. La Carta autoriza también al Secretario General a «llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales»

<sup>49</sup> Fue establecido en julio de 2005 por resolución 1612 (2005) del Consejo de Seguridad. Integrado por representantes de los 15 miembros del Consejo, el Grupo de Trabajo celebra sesiones privadas en las que examina los informes sobre los niños en situaciones de conflicto armado en países concretos, los progresos realizados en la aplicación de los planes de acción para poner fin a las violaciones contra los niños, y otra información pertinente. Una vez examinados los informes, el Grupo de Trabajo formula recomendaciones a las partes en conflicto, y también a los agentes de las Naciones Unidas, sobre medidas para promover la protección de los niños afectados por la guerra. Se han observado avances palpables como resultado de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, entre ellos el hecho de que se señalan cuestiones específicas a la atención del Consejo de Seguridad y sus comités de sanciones. Por ejemplo, en la República Democrática del Congo, después de algunas demoras iniciales, el Gobierno llevó ante los tribunales a Kyungu Mutanga, ex Comandante mai-mai, por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, incluido el reclutamiento de 300 niños en la provincia de Katanga entre 2003 y 2006. Se decidió proceder de esa forma después de que el Grupo de Trabajo recomendara encarecidamente la adopción de medidas jurídicas apropiadas contra los miembros de los grupos armados acusados de haber cometido delitos graves contra niños. Además de las recomendaciones específicas al Consejo de Seguridad, el Grupo de Trabajo dispone de otros instrumentos para hacer frente a los problemas relacionados con la protección de los niños, incluida la posibilidad de que los miembros del Grupo de Trabajo realicen visitas sobre el terreno, celebren reuniones de emergencia o emitan una declaración de prensa.

<sup>50</sup> Actualmente ocupa este importante cargo Virginia Gamba, quien también es Subsecretaria General y Jefa de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas y las Naciones Unidas. Mecanismo de investigación establecido por la resolución 2235 (2015) del Consejo de Seguridad sobre el uso de productos químicos como armas en Siria.

afectados por los conflictos armados. Este mandato fue creado en virtud de la Asamblea General en su resolución A/RES/51/77 y ello debido a la publicación en 1996 del Informe de Graça Machel sobre las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños.

Las actividades de promoción se focalizan en una serie de esferas de máxima prioridad con los agentes del Estado de Derecho, incluyendo entre ellas cuestiones como poner fin a la impunidad por las violaciones graves contra los niños; garantizar la prestación de ayuda humanitaria para la reintegración amplia y a largo plazo y el fomento de la cooperación internacional. También fomenta la colaboración con otros departamentos y oficinas de las Naciones Unidas, y con organismos, fondos y programas del sistema de las Naciones Unidas.

Además, para la Representante Especial es un objetivo que la cuestión de los niños en los conflictos armados se trate como una prioridad siendo éstos víctimas ante la ley y garantizando que los Tribunales tengan en cuenta la justicia de menores y la imparcialidad. Una iniciativa por parte de este organismo especializado a colación de esta cuestión fue la campaña llevada a cabo en 2016 denominada: “We are children, not soldiers”, campaña para poner fin al reclutamiento y la utilización de niños por las fuerzas gubernamentales, criminalizando estas prácticas y lo que es más importante, garantizando la reintegración de los niños a la vida civil<sup>51</sup>.

En informes actuales se pone de manifiesto como siguen predominando las violaciones graves de los derechos de los niños, como es el caso de Malí tanto en las regiones septentrionales como en Moptí y Segú, regiones centrales que incluso solían ser pacíficas, tal y como uno de los últimos informes destaca se evidencia la falta de recursos y de acceso a las zonas afectadas y la limitada plantilla destinada a la población infantil. En este informe<sup>52</sup> la Representante Victoria Gamba solicita al Gobierno de Malí que prosiga en su labor pero sobre todo, que logre la finalización del Código Maliense de Protección del Niño,

---

<sup>51</sup> Las iniciativas de promoción se centrarán en varias esferas prioritarias fundamentales. Entre estas figuran la prestación de una asistencia integral y a largo plazo para la reintegración de los niños, los derechos de los niños desplazados internos, así como los derechos de los niños que han entrado en contacto con los sistemas de justicia, ya sea como víctimas o como infractores. Una iniciativa de promoción en particular es la campaña de dos años de la Oficina del Representante Especial denominada “Zero under 18”, o “Nadie menor de 18”, dirigida a lograr la ratificación universal del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

<sup>52</sup> Naciones Unidas, Consejo de Seguridad; *Informe del Secretario General sobre la situación en Malí*, 29 de marzo de 2018. (S/2018/ 273). Disponible en: [http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?&limitbox\\_2=TM01+%3D+tm\\_b15&ultype=PD01&uloper=%3E&ullimit=2005&menu=search&aspect=subtab124&npp=50&ipp=20&spp=20&profile=bib&ri=2&matchopt=0/0&source=~!horizon&index=.UD&term=S+AND+.TW%3Dreport](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?&limitbox_2=TM01+%3D+tm_b15&ultype=PD01&uloper=%3E&ullimit=2005&menu=search&aspect=subtab124&npp=50&ipp=20&spp=20&profile=bib&ri=2&matchopt=0/0&source=~!horizon&index=.UD&term=S+AND+.TW%3Dreport)

en particular la tipificación como delito del reclutamiento y la utilización de niños de 15 a 18 años.

## **II. La protección de los derechos de los niños en el Derecho Internacional Humanitario:**

### **1. Los derechos de la infancia en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos Adicionales de 1977.**

Centrándonos en este capítulo y más precisamente, en la segunda disciplina jurídica que comprende este proyecto, es necesario conocer el origen del DIH y su principal objetivo. Nos remontamos para ello al siglo XVII, época en la que prolifera el estudio de la doctrina del iusnaturalismo protagonizada por el que se consideró como pionero de la misma, Hugo Grocio<sup>53</sup> quien propuso la teoría doctrinal de la intervención humanitaria<sup>54</sup>, reconociendo con ello la facultad de una o más Naciones de llevar a cabo la adopción de medidas, incluso el uso de la fuerza militar, para poner fin a las vulneraciones latentes de los derechos fundamentales de las personas perpetradas por parte del Estado de su nacionalidad. En 1864 acontece la Conferencia Diplomática en Suiza que conlleva el nacimiento del primer Convenio de Ginebra del 22 de agosto del mismo año, para mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña, considerándose también el año en el que tiene su origen la disciplina jurídica del DIH.

Tras exponer brevemente su origen, es preciso conocer qué entendemos por DIH. Para su definición contamos con diversos autores y concepciones aunque, todas ellas coinciden en que se trata del derecho que otorga protección a las personas sumidas en una situación de contienda. Ahora bien, como definición que puede ilustrarnos, contamos con la proporcionada por Elizabeth Odio Benito ex Jueza del Tribunal Internacional de Crímenes de Guerra de la antigua Yugoslavia, quien estableció que: “el Derecho Internacional Humanitario es, conforme a la doctrina más generalizada, el conjunto de normas que protegen el núcleo básico de los derechos fundamentales de todos los seres humanos durante los conflictos armados”.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Jurista y diplomático holandés, considerado como uno de los padres del Derecho Internacional y el creador de la Escuela Racionalista del Derecho Natural, que definió como uniforme y universal, derivado del carácter racional del hombre. Entre sus obras destacan: *Derecho Internacional, Mare Liberum* (1609), *De iure Belli ac pacis* (*Sobre el Derecho de la guerra y la paz*, 1625).

<sup>54</sup> Véase al respecto: GROCIO, H; *La guerra por medio del Derecho*, Javier Peña Echevarría, Universidad de Valladolid, España, 2014.

<sup>55</sup> ODIO BENITO, E., *De la violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el derecho internacional humanitario (crímenes de guerra)* en GONZALES VOLIO, L (ed), *Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p.226.

No podemos olvidar, una vez proporcionado el concepto de DIH, la relación que éste entabla con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>56</sup> ya que los derechos humanos marcan una línea de referencia urgente para analizar la vulneración o violación de los mismos y constituyéndose como víctimas quienes se encuentran inmersos dentro de la órbita del derecho que ostentan las personas que participan o no en determinadas hostilidades. De acuerdo con todo lo expuesto anteriormente podemos conceptualizar al Derecho Internacional Humanitario como “aquél cuyo objetivo esencial es la salvaguarda jurídica de naturaleza humanista y protectora de los derechos humanos más elementales que poseen todas aquellas personas sin discriminación alguna, vinculadas a un conflicto armado sea internacional o de carácter endógeno”<sup>57</sup>. Además esta disciplina jurídica se completa con un elenco de principios<sup>58</sup> que otorgan una noción mínima de humanidad que debe ser tenida en cuenta en todo tiempo y lugar, independientemente de las circunstancias y siendo válidos incluso para aquellos países que no hayan ratificado ni sean parte de los Convenios, ya que expresan la costumbre de los pueblos tomando al hombre como sujeto de derechos internacionalmente garantizados por el simple hecho de ostentar la condición humana.

Es a partir de la elaboración de los Convenios de Ginebra de 1949 cuando se produce la gestación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo, que más adelante se amplía y se profundiza a través de los Protocolos Adicionales del año 1977. Ésta normativa internacional trata de proporcionar protección a la población civil<sup>59</sup> participante en hostilidades como la que no toma parte en las mismas, ocupándose tanto de los conflictos armados internos como los de carácter internacional.

Dentro de las normas que forman parte del DIH, nos referimos ya propiamente al derecho a la protección que ostentan los niños y niñas pertenecientes a la población civil<sup>60</sup>, derecho a

---

<sup>56</sup> Véase al respecto: PÉREZ GONZALEZ, M; *La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del derecho internacional humanitario*, Foro, Nueva época, Universidad Complutense de Madrid, 2006.

<sup>57</sup> CHACÓN MATA, A.M; *Protección de los niños según el Derecho Internacional Humanitario, un breve recuento desde los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, p.69.

<sup>58</sup> Según la Cruz Roja Española, estos principios generales del Derecho Internacional Humanitario sirven para interpretar las normas aplicables a los conflictos armados y son los siguientes: principio de humanidad, principio de igualdad entre los beligerantes, principio de necesidad militar, principio de no discriminación, principio del Derecho de Ginebra, principio de inmunidad, principio de prioridad humanitaria, principio de distinción, principio de proporcionalidad y por último, principio de limitación de la acción hostil.

<sup>59</sup> Dentro del colectivo de la población civil, es preciso tener en cuenta que según el derecho de los conflictos armados, no sólo los niños son especialmente protegidos, también forman parte de este tipo de protección más acentuada: los ancianos, las mujeres, los refugiados y apátridas; los heridos, enfermos y náufragos; prisioneros de guerra y los muertos y desaparecidos. Ello según el Ministerio de Defensa de España; *El Derecho de los conflictos armados*, Tomo I, 2ª edición, 2007, p.6-7.

<sup>60</sup> Según UNICEF en su Informe *Acción humanitaria para la infancia*, 2018: “Las partes involucradas en conflictos están mostrando una indiferencia flagrante por las vidas de los niños, que no solo están siendo

ser respetados en su integridad física y derecho pleno a un óptimo desarrollo en sus condiciones de vida. Para dar satisfacción a esa necesidad de protección por parte de esta disciplina legal, a finales de los años cuarenta fueron suscritas las Convenciones de Ginebra cuyo principal propósito fue la elaboración de reglas humanitarias de aplicación a conflictos de índole internacional. Todo ello se inspiraba en la necesidad de que la comunidad internacional tomara un papel más activo en la labor fundamental de protección y asistencia a las víctimas de las hostilidades, víctimas tanto combatientes como no combatientes.

En 1949, se finalizó la elaboración de los cuatro Convenios de Ginebra, entrando en vigor un año más tarde. Los cuatro textos convencionales y sus protocolos regulan en especial las variadas provisiones en torno a los derechos de la infancia en general y por tanto, teniendo en cuenta tanto los niños que participan en el marco de los conflictos armados internacionales como los de naturaleza interna, siempre que cumplan las condiciones establecidas por los instrumentos aplicables a cada caso. Éstos cuatro convenios son: el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I, CG); Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (II,CG); Convenio de Ginebra sobre el Trato de los Prisioneros de Guerra (III, CG) y por último, el Convenio de Ginebra sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (IV, CG). Éste último convenio es el que más nos interesa analizar para el presente estudio, ya que contiene estipulaciones acerca de medidas de carácter especial que han de recibir los niños y niñas en consideración a su vulnerabilidad.

El IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, fue aprobado el 12 de agosto del año 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra, cuya celebración tuvo lugar desde el 12 de abril al 12 de agosto del mismo año, entrando en vigor finalmente dicho Convenio el 21 de octubre de 1950. Este Convenio que se compone de 159 artículos, comenzamos por su ámbito de aplicación, fundamental conocerlo a la hora de analizar una norma, refiriéndose el texto convencional “al conjunto de la población civil en conflicto, sin distinción desfavorable alguna y teniendo por objeto aliviar los sufrimientos

---

blanco de ataques directos, sino que se les están negando servicios básicos porque las escuelas, los hospitales y las infraestructuras civiles están dañadas o destruidas”. Además, tal y como afirma el director de programas de emergencia de UNICEF, Manuel Fontaine: “Los niños no pueden esperar a que las guerras terminen cuando hay crisis que amenazan su supervivencia inmediata y su futuro a largo plazo en proporciones catastróficas”.

originados por la guerra”<sup>61</sup>. Además concretamente, el Convenio se aplica en caso de guerra declarada pero también si se trata de cualquier otro conflicto armado que tenga lugar entre dos o más de las partes contratantes del mismo, a pesar de que una de ellas no haya reconocido el estado de guerra; aplicándose también en caso de conflictos no internacionales<sup>62</sup>.

En relación con la definición de las personas protegidas por el presente convenio, atendemos a su artículo 4 ya que establece su aplicación “a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”<sup>63</sup>. Ahora bien, tras esta generalidad de sujetos a los que otorga protección, nos corresponde centrarnos en las provisiones especiales que se establecen a favor de la infancia tales como que las altas partes contratantes deben autorizar el libre paso de socorros para niños menores de quince años y para mujeres encintas (artículo 23). Especialmente importante es el siguiente artículo dedicado fundamentalmente a las medidas especiales a favor de la infancia, se especifica la obligación de las partes en conflicto de tomar las medidas oportunas para que los niños menores de quince años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra no queden abandonados<sup>64</sup>, y para que se les procuren, en todas las circunstancias, la manutención, la práctica de su religión y la educación (...) Importante también, dentro del mismo artículo, el favorecimiento de la acogida de los menores en un país neutral mientras se produzca el conflicto y por último, relativo a la identificación de los menores de 12 años con todas las medidas adecuadas al efecto, como una placa de identidad de la que éstos sean portadores o bien, por cualquier otro medio<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Enuncia el artículo 13 referido al: “Ámbito de aplicación del Título II”, IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

<sup>62</sup> Todo se encuentra en el artículo 2, que hace alusión a la “Aplicación del Convenio”, IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

<sup>63</sup> Este concepto se recoge en el artículo 4 ya que se refiere a “Definición de las personas protegidas”, IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

<sup>64</sup> Atendiendo a las “Hojas informativas sobre protección de la infancia” elaboradas por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, en mayo de 2006, se recogen en la página primera, los siguientes datos y cifras alarmantes: cerca de 1,5 millones de niños y niñas de la región de Europa Central y del Este y la Comunidad de Estados Independientes viven bajo tutela estatal. En Europa y Asia Central, más de un millón de niños y niñas viven en instituciones residenciales; en 93 países de África subsahariana, Asia y América Latina y el Caribe se estimó que a finales de 2003 el número de huérfanos (niños de entre 0 y 17 años que han perdido a uno o ambos progenitores) era de 143 millones; y por último, en Asia se registra el índice más alto de huérfanos debido a cualquier tipo de causas, un total de 87,6 millones de niños (2003).

<sup>65</sup> Relativo a esta circunstancia se debe tener en cuenta que si bien los niños tienen el derecho de recibir los cuidados de sus progenitores y familiares; sin embargo, aquellos que ya no tienen familia, que han quedado separados de ella, o cuya familia supone un grave peligro para su estado de salud o desarrollo, tienen el derecho a recibir cuidados de carácter alternativo. En el art.20 de la Convención sobre los Derechos del Niño se hace mención a cuatro tipos de alternativas a esta situación: la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas.



También es importante destacar, el artículo 50, que establece que se facilitará el correcto funcionamiento de los establecimientos dedicados a la asistencia y educación de los niños en un territorio ocupado, con colaboración de las autoridades nacionales y locales<sup>66</sup>; asimismo estando prohibida la modificación por parte de la potencia ocupante de lo que concierne a la familia o estatuto personal de los niños. Hacemos alusión también al artículo 51 de este texto convencional, en el que se fija la prohibición de que una potencia ocupante obligue a trabajar a personas que ostenten protección y sean menores de 18 años de edad. También es importante la prohibición efectuada en el artículo 61 relativa a la sentencia de pena de muerte ya que ésta en ningún caso podrá dictarse si se trata de un menor de 18 años al momento de cometer la infracción<sup>67</sup>.

Además cabe mencionar que las partes en conflicto tienen el deber de proveer la manutención de las personas que dependan de los internados, si carecen de medios suficientes de subsistencia o no pueden ganarse la vida por sí mismas (artículo 81). Estableciendo el siguiente artículo que siempre que sea posible, los miembros internados de una misma familia deberán estar reunidos en los mismos locales y alojados aparte de los demás internados, además de concedérseles las facilidades necesarias para hacer una vida familiar. Los internados podrán solicitar que los hijos que hayan permanecido en libertad sin vigilancia de los padres sean internados con éstos (artículo 82). Las mujeres encintas y parturientas, así como los menores de quince años, que las partes en conflicto hayan internado por razones de seguridad, recibirán suplementos nutritivos adecuados a sus necesidades fisiológicas (artículo 89)<sup>68</sup>.

No podemos olvidar que además de los ejemplos citados anteriormente, el texto convencional trata de proporcionar soluciones de carácter protector en particular respecto de hospitales y de su personal, debiendo ser zonas pacíficas y seguras pero, constituyendo a pesar de ello, el objeto de los principales ataques en la actualidad durante el transcurso de

---

<sup>66</sup> El DIH y el DIDH establecen ambos la obligación de los Estados de garantizar la supervivencia de la población que se encuentra en su poder. La citada obligación se compone de dos tipos de deberes: el deber de abastecer y el deber de permitir (asistencia humanitaria). La obligación contemplada en el artículo 50 quedaría dentro del genérico deber de abastecer, al igual que otros artículos del IV Convenio de Ginebra como el art.24, 84, 85, entre otros).

<sup>67</sup> Human Rights Watch (HRW) ha instado a las autoridades iraníes a que prohíban “inmediatamente y de manera incondicional la pena de muerte para delincuentes menores” ya que Irán ha ejecutado al menos a tres delincuentes menores de edad en enero de 2018. Según HRW, entre 2014 y 2017, 25 personas han sido ejecutadas en Irán por crímenes que cometieron cuando eran menores.

<sup>68</sup> ABRIL STOFFELS, R; *op. cit.*, nota 8 p.116 y ss.

conflictos armados. Así lo hace constar la ONU que considera alarmante la tendencia a atacar escuelas y hospitales durante los conflictos armados<sup>69</sup>.

Ahora bien, en el ámbito de los especialistas en la materia de DIH, se suele decir que la protección específica a la infancia proporcionada por este IV Convenio de Ginebra de 1949 supone el deber de proporcionar respeto y protección especiales contra cualquier conducta que conlleve abuso, además teniendo en cuenta la obligatoriedad de evacuación de los niños en caso de necesidad, cuidarlos y prestarles asistencia, congregarlos con sus familiares cuando se encuentre alejados de ellos, velar por su educación, garantizar su entorno cultural y proporcionar un tratamiento especial a los menores detenidos.

Todo ello supuso un gran avance en la materia pero con el paso del tiempo, se hizo necesario la amplitud y evolución de la normativa legal correspondiente al DIH. Así desde 1974 a 1977 tuvo lugar una Conferencia diplomática y de ella surgieron los Protocolos de 1977, precisamente con el objetivo de complementar y precisar lo establecido en los Convenios de 1949, y con ello desarrollar también el DIH, habida cuenta de su evolución. Pues bien, estos dos Protocolos de carácter adicional aprobados al término de la conferencia de 1977 son instrumentos que incrementan favorablemente la protección a favor de la población civil en general y con ello, la protección a favor de los especialmente más vulnerables, los niños<sup>70</sup>. El IV Convenio de Ginebra se consolida y se implementa a través de ambos Protocolos<sup>71</sup>.

La adopción de los citados Protocolos se basó esencialmente en la ratificación de los mismos por parte de los distintos Estados con el objetivo de que la disciplina jurídica del Derecho Internacional Humanitario fuera más universal y completa, favoreciendo una adaptación cada vez mayor a los conflictos contemporáneos caracterizados por su naturaleza cambiante y los avances en la tecnología de las armas<sup>72</sup>. En definitiva, se trata de Tratados internacionales que complementan los Convenios de Ginebra de 1949, mejorando

---

<sup>69</sup> Entre los numerosos informes internacionales alarmantes sobre los efectos del conflicto sirio, el Informe de 2017 de UNICEF destaca que la imposibilidad de acceder a la educación es un grave problema para los niños y niñas: se estima que Siria cuenta con 1,75 millones de niños/as en edad escolar y más de un 40 por ciento de niños/as sirios/as refugiados/as no están escolarizados. En 2017, la ONU confirmó 2909 casos de violaciones graves de los derechos infantiles (incluidos 119 ataques a hospitales y 89 ataques a escuelas). Disponible en: [https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/HAC-Overview-UNICEF-Comite\\_Espanol-2017.pdf](https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/HAC-Overview-UNICEF-Comite_Espanol-2017.pdf)

<sup>70</sup> “Algunas de las razones de la gran presencia de niños en conflictos armados y en el crimen armado son la facilidad y la sencillez de manejo de las armas pequeñas y ligeras: los rifles semiautomáticos son hoy en día tan ligeros y fáciles de desmontar, volver a montar y usar que puede hacerlo hasta un niño de 10 años” Informe de Intermon, IANSA y Amnistía Internacional: *Vidas destrozadas: la necesidad de un control estricto del comercio internacional de armas*, 2003, p.44.

<sup>71</sup> Véase SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. Y ZIMMERMANN, B. (eds), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986.

<sup>72</sup> STOFFELS ABRIL, R; *op.cit*, nota 8, p.28 y ss.

notablemente la protección jurídica proporcionada a colectivos tales como los heridos y civiles; con la particularidad del establecimiento como novedad de normas humanitarias de aplicación en las guerras civiles<sup>73</sup> (Protocolo II).

En primer lugar, el Protocolo I cuya denominación es “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”. Resulta aplicable a los conflictos armados internacionales con base en el artículo segundo del mismo y común a los Convenios de Ginebra, definidos como conflictos acontecidos entre dos o más Estados partes del Tratado, pero también, según el artículo 1 (4) se establece su aplicación a otra serie de conflictos; resultando un tanto confuso. Este artículo primero del texto del Protocolo, concretamente en su párrafo cuarto fue contemplado con suspicacia por algunos de los Estados ya que estimaban que el artículo tercero apartado a) del Protocolo I expresa la aplicación de los cuatro textos convencionales de Ginebra de 1949 a los conflictos que cubre y por tanto, las guerras de liberación nacional se ubicarían dentro del ámbito de aplicación de los citados Convenios.

Además, es importante destacar como innovación la del artículo 75 del Protocolo I ya que en él efectúa una enumeración de las garantías fundamentales de las personas que estén en poder de una de las partes en conflicto; realizando taxativamente una lista de conductas prohibidas “en todo tiempo y lugar, ya sean realizados por los agentes civiles o militares”<sup>74</sup>. Con ello se refuerza y se suman más garantías a las contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

En referencia al Protocolo número II cuya denominación es “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados sin carácter internacional”, resulta aplicable tal y como su propia denominación deja ver, a los conflictos armados que carecen de carácter internacional, es decir, los que no están cubiertos por el artículo primero del Protocolo I adicional y “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar

---

<sup>73</sup> Véase entre otros Report of the International Commission of Inquiry on Dafur to the United Nations Secretary- General, de 25 de enero 2005 y Resolución de la Comisión de Derechos humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Sudán de 21 de abril 2005 (UN.Doc E/CN.4/RES/2005/82).

<sup>74</sup> Estas conductas prohibidas, según el art. 75.2 del Protocolo Adicional I son: “los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular: el homicidio; la tortura de cualquier clase, tanto física como mental; las penas corporales y, las mutilaciones; los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; la toma de rehenes; las penas colectivas y las amenazas de realizar los actos mencionados.

operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”<sup>75</sup>. Ahora bien, como podemos observar el ámbito de aplicación es bastante restringido ya que sólo se aplica a los conflictos internos, guerras civiles, pero éstos deben caracterizarse por su intensidad ya que no se aplica a situaciones de “tensiones internas y disturbios interiores”<sup>76</sup>.

Este Protocolo II es consecuencia del artículo 3 común a los cuatro textos convencionales de 1949, aprobado por consenso representando un progreso considerable ya que fue el primer tratado internacional dedicado exclusivamente a la protección de las personas afectadas por conflictos armados no internacionales<sup>77</sup>, resultando por ello su ámbito de aplicación un tanto restringido. Resulta además superflua la distinción que se efectúa en base a la aplicación del DIH de los conflictos internos frente a los de carácter internacional ya que ambos cuentan con disposiciones legales de ejecución inmediata.

Ahora bien, si nos centramos en lo que los citados Protocolos disponen respecto de la infancia, que constituye el objeto esencial de este trabajo, podemos destacar el carácter de protección especial otorgada a este colectivo debido a su vulnerabilidad y ello plasmado en el principio de protección especial inserto en el artículo 77 del Protocolo I: “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”<sup>78</sup>. Con carácter general, por parte del DIH a lo largo de toda su normativa, se realiza una enumeración de los derechos y deberes a favor de la infancia pudiendo quedar divididos en cuatro grandes grupos<sup>79</sup>.

En primer lugar, los derechos de los niños y niñas en su ámbito familiar, debiendo ser respetados en tiempo de guerra tales como los derechos de los niños huérfanos o separados de su madre<sup>80</sup>, los de los recién nacidos, derecho a la reunión de familiares que se

---

<sup>75</sup>El art.1: “Ámbito de aplicación material”, Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

<sup>76</sup> El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 1, párrafo 2. “Por consiguiente el Protocolo II sólo se aplicará a conflictos de gran intensidad, pero sin que se trate forzosamente de una gran guerra civil caracterizada, pues aquí no se exige el reconocimiento de beligerancia ni la existencia de un poder cuasigubernamental en la parte sublevada”.

<sup>77</sup> En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, fueron cada vez más frecuentes los conflictos armados de carácter no internacional, superando en gran medida, el número de conflictos internacionales tradicionales, propios de épocas anteriores. La aprobación de este Protocolo Adicional II por parte de la Comunidad Internacional respondía a la necesidad de desarrollar y complementar la reglamentación mínima existente en relación con este tipo de conflictos.

<sup>78</sup> Principio de aplicación también en caso de conflictos armados internacionales, según se manifiesta en el párrafo.3, artículo 4 del Protocolo Adicional II.

<sup>79</sup> CHACÓN MATA, A. M., *Protección de los niños según el Derecho Internacional Humanitario. Un breve recuento desde los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2007, p.80.

<sup>80</sup>Véase al respecto el documento elaborado conjuntamente por el CICR, Save The Children, UNICEF y The International Rescue Comité en 2004 titulado *Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and*

encuentran dispersos y la potestad de recibir comunicaciones entre los miembros de la familia. En el segundo grupo, encontramos derechos relacionados con la identificación de los menores durante los conflictos armados a través de la constitución de oficinas y de una agencia central de información para tramitar datos relativos a personas protegidas, y mediante el establecimiento de la obligación de todas las Partes contratantes del los Convenios de 1949 de tomar las medidas necesarias para facilitar la identificación de los niños y el registro de su filiación. En relación con el tercer grupo, ahora ya los derechos reconocidos son inherentes a la condición de niños y deben ser respetados también en situaciones de conflictos armados, como es el caso del derecho a la asistencia médica, a la protección de la educación, la cultura y las tradiciones<sup>81</sup>, así como a su nacionalidad y alimentación. Por último, ya dentro del cuarto grupo incluimos los derechos de los niños contra los efectos de los conflictos armados, es decir, la detención e internamiento de los niños<sup>82</sup>, la potestad de liberación de aquellos menores de corta edad, la prohibición de reclutar niños menores de quince años debido a que éstos ostentan un trato preferencial<sup>83</sup>, el derecho que tienen los niños a evacuar en primer lugar la zona en la que tienen lugar las hostilidades y por último, la creación de zonas de seguridad para su atención así como la prioridad en el envío de aditamentos para su socorro<sup>84</sup>.

No podemos obviar preguntarnos por qué son tan importantes estos Protocolos Adicionales I y II ya que, su eje fundamental se orienta hacia la protección de los que más sufren las consecuencias de las guerras, es decir, los civiles. Se debe tener en cuenta la

---

*Separated Children* que se ocupa fundamentalmente de casos en los que los niños son víctimas de las hostilidades y se pronuncia concretamente sobre cinco supuestos: mantenimiento de la unidad familiar, búsqueda y reunificación familiar, cuidados y asistencia, medidas para situaciones durables, es decir, a medio y largo plazo; y por último, cuestiones vinculadas a los niños refugiados y la promoción de los derechos de la infancia. También al respecto: “Mejorar la protección de los niños privados del cuidado de sus padres. El cuidado de niños en situaciones de emergencia, documento elaborado por UNICEF/ Servicio Social Internacional, Noviembre 2004.

Véanse así mismo: CHARNLEY, H.; *Children Separated from their Families in the Mozambique War* en PANTER-BRICK and SMITH, M. (eds) *Abandoned Children*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; BOYDEN, J Y BERRY. *Children and Youth on the Front Line: Ethnography, Armed Conflict and Displacement Berghan Books*, Oxford y Nueva York, 2005; HEPBURN, A., WILLIAMSOM, *Care and Protection*.

<sup>81</sup> La atención especial que se ofrece al menor en este sentido viene determinada porque su personalidad se encuentra en formación, y por tanto, los estímulos externos positivos y negativos que reciban pueden tener unas consecuencias graves en su personalidad. Véase al respecto, entre otros: MAHALINGAM, S. *Education: protecting the rights of displaced children*, *Forced Migration Review* Number 15, 2002, p.22-23.

<sup>82</sup> Se establece la obligación de mantener a los mejores arrestados, detenidos o internados en “lugares distintos de los destinados a los adultos”, salvo en caso de familias que deben mantenerse unidas (Art. 77.4 PAI).

<sup>83</sup> Véase DUTLY, M. T. *La protección de los niños en los conflictos armados, en particular la prohibición de la participación de los niños en las hostilidades y el régimen jurídico aplicable*, en “Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y ensayos, n 78, Buenos Aires, 2003.

<sup>84</sup> La clasificación expuesta se ha realizado teniendo en cuenta tres diferenciaciones llevadas a cabo por De Praux, Singer y el documento de la Cruz Roja Internacional denominado *Protección Jurídica de los Niños en los Conflictos Armados*.

obligación de distinguir entre combatientes y civiles como una de las normas más importantes que instauran los presentes Protocolos, todas las partes en conflicto deben tener clara la correspondiente distinción a fin de evitar atacar a los civiles; debiendo también las partes beligerantes distinguir entre bienes de carácter civil, como es el caso de las viviendas y los lugares de culto frente a los objetivos militares. Además de la obligación que concierne a los combatientes de tomar todas las precauciones posibles a la hora de elegir las armas, los métodos y las técnicas de guerra para evitar la muerte de civiles o la destrucción de bienes de carácter civil.

### **2. La perspectiva de género.**

El objeto esencial del presente apartado se centra en el significado de la vulnerabilidad desde la perspectiva de género, es decir, relatar cuál es la situación de las mujeres y niñas en los conflictos armados actuales<sup>85</sup>. De forma contundente ya pronunció el General Cammaert que “la condición de mujer puede llegar a ser todavía más peligrosa que la de combatiente” y es que aunque pueda considerarse un tanto exagerado, por desgracia son numerosos los testimonios, estudios e informes los que demuestran que esta afirmación llega a ser una realidad en la práctica de la actualidad o del pasado reciente, como es el caso de la República Democrática del Congo, Colombia<sup>86</sup>, Sudán del Sur, Somalia o Afganistán.

En referencia al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) cabe indicar que ha sido determinante a la hora de tratar la cuestión de la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas en los conflictos armados. El Comité afirma que es usual partir de una noción equivocada de la vulnerabilidad de las mujeres en los conflictos armados ya que ésta no se produce por el hecho de serlo sino que ésta va asociada a diversos factores que determinan el grado de peligro en base a las características físicas, los factores sociales, económicos y culturales y por último, los factores específicamente asociados al conflicto armado; todos ellos modulan el grado de vulnerabilidad. En primer lugar, respecto de las características físicas, interpreta el CICR que se relacionan con “características físicas o necesidades específicas, como las de las embarazadas, las parturientas o las madres con niños pequeños”. En segundo lugar, la

---

<sup>85</sup> La sanción de la violencia sexual ha sido objeto de interés por parte de la comunidad internacional sólo desde finales de la 2ª Guerra Mundial, sin embargo, la forma en la que ésta ha repercutido desfavorablemente en la infancia no ha sido analizada hasta hace relativamente poco y sólo de forma complementaria a la ejercida sobre las mujeres, y centrándose exclusivamente en la sufrida por las niñas. Esta situación se modifica poco a poco, sobre todo a partir de la creación de la figura del Alto Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados en 1997 en base a la Resolución de la Asamblea General sobre los derechos del Niño de 20 de febrero de 1997 (UN Doc.A/Res/51/77).

<sup>86</sup> Véase CALBET, N; *La violencia sexual en Colombia, mujeres víctimas y constructoras de paz*, editado en Barcelona, enero de 2018, p.18: “La Corte Constitucional colombiana reconoce en su auto 092 de 2008 que la violencia sexual en Colombia es “una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado”, cometida por todos los actores armados del conflicto (Auto 092 de 2008)”.

vulnerabilidad derivada de “las condiciones de vida precarias de las personas, familias o comunidades ante una amenaza que adopta la forma de un cambio brutal en su entorno”; cambios que es habitual que se produzcan en el marco de las hostilidades tanto de tipo internacional como internas. Esta vulnerabilidad habrá de ser tomada en cuenta caso por caso, ponderando diversas circunstancias socioeconómicas como el empleo, los ingresos, el capital humano, la vivienda, los roles socioeconómicos y su distribución dentro del hogar, el capital social, etc. Por último, en referencia a la tercera cuestión y más importante en relación con el objeto del presente trabajo, los factores asociados directamente al conflicto armado<sup>87</sup>.

En este tercer caso, este grupo de factores determina una situación de vulnerabilidad especial o más bien de indefensión por parte de las mujeres y ello debido fundamentalmente al hecho de que los conflictos armados han involucrado implicando cada vez más a la población civil en general, convirtiéndose en el blanco deliberado en el marco de las hostilidades. Ahora bien, “los hombres, como grupo, suelen ser objeto de privación de libertad o de ejecución sumaria”, las mujeres y las niñas, en cambio, “están mucho más expuestas a la violencia de tipo sexual”. Y es que la violencia sexual en los conflictos armados ha existido siempre, siendo utilizada como arma de guerra desde la antigüedad pero a la vez que ha sido un aspecto habitualmente silenciado por la historia<sup>88</sup>. Puede tratarse a colación el alarmante caso de la encuesta realizada en Colombia en el período que abarcó de 2010 a 2015, herramienta que permitió visualizar los factores de amenaza y condiciones de vulnerabilidad durante este período y en el transcurso de un conflicto armado, dejándonos cifras tales como la muestra de una prevalencia de violencia sexual contra las mujeres del 18,6 por ciento para los 142 municipios que datan de presencia de fuerza pública, guerrilla y paramilitares o BACRIM<sup>89</sup>; desprendiéndose que durante los seis años que duró el estudio, 875.437 mujeres fueron víctimas directas de algún tipo de violencia sexual.

---

<sup>87</sup> CICR, “¿Las mujeres en la guerra son particularmente vulnerables?”, 1.03.2007, Disponible en el Sitio Web del CICR: <http://www.icrc.org>.

<sup>88</sup> La Relatora Especial sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, señalaba, ya en 1998, en el Informe presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de entonces, que “la esclavitud sexual es un tipo de esclavitud y su prohibición es una norma de *ius cogens*”; Doc. E/CN.4/sub/2/1998/13,22 de junio de 1998.

<sup>89</sup> Las Bandas Emergentes en Colombia o Bandas Criminales Emergentes fue el nombre dado por el gobierno del ex presidente colombiano Álvaro Uribe, al fenómeno o reestructuración del crimen organizado que se dio en Colombia tras el proceso de desmovilización de 32 mil combatientes de las Autodefensas Unidas en Colombia (AUC), el fortalecimiento de la implementación de la Política de seguridad democrática y la influencia del narcotráfico y el tráfico de armas en los actores del conflicto armado colombiano.

A pesar de las estadísticas que puedan ser proporcionadas, debemos tener presente que la elaboración de las mismas en relación con la violencia sexual cometida en los conflictos armados o con posterioridad a ellos es una ardua tarea. Incluso muchas de estas estadísticas no resultan plenamente fiables ya que gran parte de las mujeres que son víctimas de violencia sexual no sobreviven, además de que en el contexto de las hostilidades existen obstáculos culturales y sociales dificultando la obtención de información fidedigna a la realidad, debido a la marginación y estigmatización que puede llegar a suponer ser mujer y víctima de la violencia sexual<sup>90</sup>. Por este motivo, ACNUR continúa en su labor de preocupación por obtener una protección específica en el terreno para dar respuesta a esta lacra y ello mediante la insistencia en la necesidad de implicar a las mujeres en este tipo de operaciones prácticas, logrando así la confianza de muchas mujeres y niñas<sup>91</sup>.

Se tienen en cuenta diferentes argumentos a la hora de explicar el por qué del empleo de la violencia sexual en situaciones de conflicto y suele coincidir en que el recurso a este tipo de violencia está relacionada con la discriminación que sufre la mujer previamente en tiempos de paz; y ésta se agudiza en el ámbito y dentro de las circunstancias del conflicto armado. También provocado por la pervivencia de sociedades patriarcales<sup>92</sup>, ya que en este tipo de ámbitos no constituyen el resultado únicamente los daños físicos y psicológicos provocados en la víctima sino que además se que las mujeres sean víctimas directas de estos actos de tipo sexual se añade también en el mayor número de los casos un resultado deshonorador que no sólo les perjudica a ellas sino que también repercute en el honor de los varones que forman parte de su entorno; en definitiva, puede llegar a alcanzar incluso una dimensión colectiva de humillación a la comunidad enemiga. Con ello, podemos llegar a la conclusión de que si se quiere dar una respuesta jurídica a este problema, se ha de partir desde el inicio del mismo que no es otro que la discriminación por razones de género. En este sentido se sitúa el informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la

---

<sup>90</sup> Tal y como el CICR manifiesta en un artículo que data del 21 de marzo de 2017: “El miedo y la vergüenza silencia a las víctimas de la violencia sexual en Colombia”. Además es importante tener en cuenta que: “según cifras de la Unidad de Víctimas, entre los años 80 y diciembre de 2016 han sido registradas cerca de 17.100 mujeres y niñas que sufrieron de delitos contra su libertad e integridad sexual en el marco del conflicto armado. El hecho de que se tenga poca documentación de víctimas hombres o personas con otras identidades sexuales no implica que la violencia sexual contra ellos no exista, sino que la invisibilidad del fenómeno es aún mayor”. Disponible en Sitio Web: <https://www.icrc.org/es/document/el-miedo-silencia-las-victimas-de-violencia-sexual-en-colombia>.

<sup>91</sup> Muchas ONG trabajan sobre el terreno desde hace tiempo recurriendo en este tipo de casos a investigadoras e intérpretes mujeres, precisamente para obtener la confianza de numerosas mujeres y niñas y lograr que éstas cuenten sus desagradables experiencias. Es el caso de “Human Rights Watch” desde los años 90; véase <http://www.hrw.org/es>.

<sup>92</sup> ABAD CASTELLOS, M, *Las mujeres y las niñas en los conflictos armados y en la construcción de la paz: ¿hay perspectivas esperanzadoras en el horizonte?*, en *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tirant Lo Blanch, España, 2012, p.38.



violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias del año 2016, en el que expresa claramente que: “la prevención de este tipo de violencia debe enmarcarse en el contexto más general de la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”.<sup>93</sup>

Centrándonos en la cuestión de los autores de estos hechos, debemos tener presente que las mujeres y las niñas son víctimas de violaciones y abusos sexuales a manos de agentes estatales y no estatales, con frecuencia protagonizados por parte de los grupos armados de los conflictos, como es el caso de Afganistán o Somalia con el nacimiento de grupos fanáticos que orientan sus principales acciones a la restricción de las libertades de la mujer; también en los campos de refugiados o de desplazados; además de secuestros, amputación, mutilación sexual, matrimonios forzados con combatientes armados, esclavitud, torturas y otros tratos o penas crueles, degradantes e inhumanas. Tal y como también se detalla en el informe al que anteriormente hemos hecho alusión, y en el que además se pone de manifiesto que este tipo de actos sexuales discriminatorios aumentan con ocasión de los conflictos armados aunque a pesar de ello, el número de denuncias suele ser bajo en proporción a la realidad que acontece y de ello se desprende una injusta consecuencia, el no enjuiciamiento de los autores de los delitos.

Además, otra consecuencia negativa se manifiesta en el ámbito que concierne a la educación con los ataques a escuelas como tácticas de guerra deliberadas que a menudo se dirigen especialmente contra las niñas siendo objetivos directos, tal y como hace constar un Informe del Secretario General sobre la mujer, la paz y seguridad de 2009<sup>94</sup>. Estos ataques provocan el principal efecto de reducción sustancial de las oportunidades de acceso a la educación de la niña y de la mujer, teniendo repercusiones a largo plazo en materia del empeoramiento de la mujer y de la igualdad de género que tanto está constando instaurar. En este contexto, podemos observar intentos actuales por parte de organismos como la UNESCO, ya que tal y como su Directora General Audrey Azoulay manifiesta: “Los países reconocen cada vez más la importancia de dotar a los jóvenes de los conocimientos y las habilidades que necesitan para tomar decisiones responsables en relación con su salud y su bienestar. Sobre la base de los datos científicos más recientes, estas Orientaciones técnicas internacionales aportan a las autoridades nacionales los conceptos y los objetivos de

---

<sup>93</sup> Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, 16 de abril de 2016 (A/HRC/32/42).

<sup>94</sup> No podemos olvidar que, como se pone de relieve en el citado Informe de 2009 del Secretario General de las Naciones Unidas sobre “la mujer, la paz y la seguridad”, el término de las hostilidades no garantiza el fin de la perpetración de actos de violencia basada en el género para la persona y la sociedad puede ser elevado a medio y largo plazo, ya que puede incluir embarazos no previstos, infertilidad, infección con VIH/SIDA, estigmatización, ostracismo y divisiones dentro de la familia y de la comunidad, entre otros efectos (p.13 y ss).

aprendizaje fundamentales para conseguir que los planes y programas de estudios sobre educación sexual integral estén basados en los derechos humanos, sean pertinentes para todos los educandos y promuevan una sociedad inclusiva y con igualdad de género”.<sup>95</sup>

Finalmente, nos queda hacer hincapié en cómo se lleva a cabo la protección de la mujer en el DIH. Haciendo referencia ya más concretamente a la normativa relacionada, destacamos el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles, señalando en el artículo 27.2 que: “las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor, y en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”. También encontramos dentro del mismo contexto en art.76 correspondiente al Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra y en el Protocolo número Adicional II el art.4.2 incluyendo la protección contra la violencia sexual dentro de la categoría de atentados contra la dignidad personal.

A pesar de todo ello, debe advertirse que se observan deficiencias en la regulación de este tema por parte del DIH ya que cabe denunciar el hecho de la no regulación normativa de los supuestos de violencia sexual de carácter masivo, no contemplada entre las infracciones graves del Convenio de Ginebra o del Protocolo I, no siendo suficiente el intento de mejora por parte de las instancias penales internacionales, a pesar de la relevancia de su acción, ejemplos de ello los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda que calificaron en sus Estatutos estos actos delictivos de tipo sexual como crímenes contra la humanidad, siendo posteriormente su jurisprudencia clara y contundente. Además, la novedad que nos viene dada por parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional de incluir como normativa positiva entre los crímenes de lesa humanidad y como crímenes de guerra el recurso a la violencia sexual y ello contemplado tanto en el marco de los conflictos armados de carácter internacional e internos.

Como medidas actuales, una de las que generó bastante respaldo ha sido la destinada a actualizar los comentarios a los Convenios de Ginebra mediante la introducción de una perspectiva de género; idea también defendida por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer. Numerosos países realizan importantes esfuerzos en esta lucha, destacamos el caso de Colombia como ejemplo de esfuerzo en los desafíos mundiales contra la violencia sexual ya que este asunto ocupó un lugar central en el acuerdo de paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP cuyo conflicto supuso una violencia

---

<sup>95</sup> Véase *Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad. Un enfoque basado en evidencia*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia, y la Cultura, p.6. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002608/260840s.pdf>.

sexual generalizada por más de 50 años. Sólo en 2017 ya se registraron 24.576 casos de violencia sexual inmersos en el conflicto. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas situó al país como ejemplo de los retos y avances en este campo. Además, en el ámbito que concierne a la ONU podemos resaltar la labor de la Sra. Jane Holl Lute Coordinadora Especial para Mejorar la Respuesta de las Naciones Unidas a la Explotación y los Abusos Sexuales en su trabajo con distintas oficinas, departamentos y organismos de las Naciones Unidas a fin de fortalecer la respuesta a este problema en todos los terrenos y formando parte de un equipo de tareas de alto nivel creado en enero de 2017 que formulará «una estrategia clara, que cambie rotundamente los planteamientos, a fin de lograr mejoras visibles y mensurables» a este respecto. Sin olvidarnos tampoco del nombramiento por parte del Secretario General de Naciones Unidas de un defensor de los derechos de las víctimas para todo el Sistema de Naciones Unidas, garantizando con ello una asistencia efectiva y sostenida a las víctimas de la explotación y los abusos sexuales. Contando también con la labor del Comité Internacional de la Cruz Roja; sin embargo, a pesar de ello todos los intentos realizados coinciden en una negativa consecuencia: inadecuación de las reglas jurídicas a la realidad actual.

### **III. La protección de los niños en el Derecho Penal Internacional:**

#### **1. La protección penal de los niños en los conflictos armados: El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional.**

Al final del siglo XX tiene lugar un acontecimiento trascendental en aras de potenciar la efectividad del DIH, a saber la aprobación y puesta en funcionamiento del primer tribunal internacional de carácter permanente encargado de enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales. El instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional es el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998, que entró en vigor el 1 de julio de 2002.<sup>96</sup>

Fue la necesidad de contar con un organismo de estas características lo que conllevó a su creación, aunque sin olvidar que con anterioridad ya se habían celebrado los juicios de Nuremberg y Tokio para el enjuiciamiento de crímenes cometidos en el transcurso de la

---

<sup>96</sup> Ratificado por España a través de: Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002, páginas 18824 a 18860. Actualmente son 124 Estados los que forman parte de la Corte Penal Internacional, teniendo en cuenta la reciente incorporación de El Salvador, concretamente el día 3 de marzo de 2016 en el que depositó su instrumento de adhesión al Estatuto de Roma ante la sede principal de Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York. La CPI, con sede en La Haya (Países Bajos), es un organismo internacional independiente que no forma parte de la estructura de las Naciones Unidas, con la que firmó un acuerdo el 4 de octubre de 2004 que regula la cooperación entre ambas instituciones. Se financia principalmente a través de los Estados miembros, pero también con aportaciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades.

Segunda Guerra Mundial y en los años 90 también con la puesta en funcionamiento de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, estando todos ellos circunscritos a conflictos de carácter específico.

La CIP es un tribunal dotado de estabilidad y permanencia que actúa sobre el principio de complementariedad con las jurisdicciones nacionales de los Estados Parte, es decir, interviniendo en los casos en que aquellas no ejerzan su competencia o no estén en condiciones de hacerlo. Esta jurisdicción puede ponerse en marcha por el Fiscal de la Corte<sup>97</sup>, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>98</sup> y por los Estados Parte del Estatuto de la Corte.

Por lo que se refiere al objeto de nuestro trabajo, y desde el punto de vista de la competencia de esta institución de inmensa importancia, hemos de remitirnos al artículo número 5 del Estatuto de Roma, estableciéndose en el mismo de forma clara que la competencia de la Corte: “se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, siendo éstos los siguientes: el crimen de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra<sup>99</sup> y por último el crimen de agresión. En general, a pesar de que en el contenido del preámbulo, concretamente en su párrafo segundo, se manifiesta la especial vulnerabilidad de los niños como víctimas de crímenes internacionales; estos crímenes se definen sin tener en cuenta las características de las víctimas que son consideradas como tales sean adultos o niños, mujeres u hombres<sup>100</sup>. Ahora bien, hemos de precisar las referencias a la infancia que el Estatuto de Roma recoge en el concepto de estos tipos de crímenes internacionales antes mencionados.

En primer lugar, el artículo 6 que se encarga de incriminar el genocidio, contempla la protección de la infancia conforme a la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), y ello en atención a que en la

---

<sup>97</sup> Actualmente ocupa el cargo Fatou Bom Bensouda, desde el 15 de junio de 2012, después de haber servido como Fiscal Adjunto a cargo de la División de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional desde el año 2004.

<sup>98</sup> Sobre la relación que mantienen Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional, se establece el artículo 2 del Estatuto de Roma de 1998, el que dispone que: “La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta”. Véase al respecto también: *Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*. Disponible en: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/Compendium.3rd.03.SPA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/Compendium.3rd.03.SPA.pdf)

<sup>99</sup> “Crimen de guerra”, en un sentido jurídico estricto, designa una infracción a una norma del derecho internacional humanitario (DIH), cuya punibilidad se encuentra prevista directamente por disposiciones del Derecho Internacional. En este sentido, el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) contiene 51 “crímenes de guerra”. Estas prohibiciones se basan en las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (CG I-IV), sus dos Protocolos Adicionales de 1977 (PA I y II), que las revisan y desarrollan, y los Convenios celebrados durante las Conferencias de La Haya<sup>4</sup> en los años 1899 y 1907.

<sup>100</sup> ABRIL STOFFELS, R, *op.cit*, nota 8, p. 106 y ss.

concepción de este tipo delictual se contempla una especial referencia a los niños: “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:.. e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. En segundo lugar, atendemos al artículo 7 del texto estatutario, en el que se efectúa la condena a la esclavitud como crimen de lesa humanidad<sup>101</sup> cualquiera que sea su destinatario, pero presta especial atención a su comisión en el caso de que la víctima tenga la condición de mujer o de niño<sup>102</sup>. De esta forma, define este tipo delictual como: “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o algunos de ellos, incluido el ejercicio de estos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”. Además, el artículo 8 define como crimen de guerra el alistamiento de menores de 15 años en todo tipo de conflictos así como su utilización para participar activamente en las hostilidades<sup>103</sup>. Además, se incluye dentro de la consideración de este tipo de crimen el “dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados... a la educación”<sup>104</sup>.

La especial vulnerabilidad que presentan los niños en este tipo de contexto, así como también la dificultad del análisis de estas cuestiones, son aspectos que el texto del Estatuto de Roma no deja pasar por alto, ya que prevé tanto la necesidad de que entre los magistrados haya personal especializado en materia de violencia contra los niños y que el Fiscal cuente con asesores jurídicos especializados en este tipo de cuestiones<sup>105</sup>. También se tienen en cuenta un elenco de medidas protectoras a la hora de realizar las investigaciones, como por ejemplo, es el caso del artículo 54, que en su apartado b), prevé que el Fiscal “deberá respetar los intereses y las circunstancias personales de las víctimas y testigos, entre otros la

---

<sup>101</sup> La Organización Internacional del Trabajo (OIT) calcula que 152 millones de niños y niñas están siendo sometidos al 'trabajo infantil': desde el reclutamiento forzado, pasando por la trata, la explotación sexual, los niños soldados o el matrimonio forzoso. Todo esto sigue pasando en pleno siglo XXI.

<sup>102</sup> “El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral”, Principio número 9 de la Declaración de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959.

<sup>103</sup> Véase al respecto: *Centro Nacional de Memoria Histórica* (2017), *Una guerra sin edad*. Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano, CNMH, Bogotá.

Disponible en:

[http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2018/una\\_guerra-sin-edad.pdf](http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2018/una_guerra-sin-edad.pdf)

<sup>104</sup> Los ataques deliberados e indiscriminados en escuelas y universidades hacia los estudiantes y el personal docente se han incrementado en los últimos cinco años, según la edición del informe de 2018 publicado por la Coalición Global para Proteger a la Educación de Ataques (GCPEA). El informe Educación bajo ataque 2018 identifica más de 12.700 ataques desde 2013 hasta 2017.

Véase: [http://www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/eua\\_2018\\_full.pdf](http://www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/eua_2018_full.pdf)

<sup>105</sup> Por su parte, los arts 36.8.6 y 42.9 del ECPI respectivamente.

edad,..., y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños”. Asimismo, en el transcurrir del procedimiento hace referencia el artículo 68 a que “La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y de los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad...así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe... violencia contra los niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán compatibles con éstos”. También se contempla como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67 que “Las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y a los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o del testigo”<sup>106</sup>. Además, para concluir, no podemos olvidar que el Tribunal no puede llevar a cabo el enjuiciamiento de crímenes cuyos autores sean menores de 18 años<sup>107</sup>.

### **2. El asunto de Thomas Lubanga en la Situación de la República Democrática del Congo.**

El año 2012 se consagró como un año trascendental para el Derecho Penal Internacional debido a que la Corte Penal Internacional, casi una década desde su puesta en funcionamiento, dictó dos sentencias emblemáticas, ambas suponiendo un importante avance en la consolidación de la responsabilidad penal internacional del individuo así como también en la consagración del derecho de las víctimas a la reparación por los daños sufridos con ocasión de crímenes de carácter internacional<sup>108</sup>.

El objeto del presente trabajo tiene ocasión de centrarse en una de las sentencias más importantes dictadas por esta instancia penal de carácter internacional, pronunciada el 14 de marzo de 2012 por la Sala de Primera Instancia de la CPI considerando a Thomas

---

<sup>106</sup> Establece el art. 68 ECPI.

<sup>107</sup> Sobre la competencia para enjuiciar del Tribunal, queda establecida en el art. 26 ECPII.

<sup>108</sup> LÓPEZ MARTÍN, A. G, *Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso “The Prosecutor C. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012 en Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, julio-diciembre, 2013, p. 209 a 226.

Lubanga<sup>109</sup> culpable del crimen de guerra de “reclutamiento o alistamiento de niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos, y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”<sup>110</sup>. El veredicto fue adoptado con la unanimidad de los tres jueces<sup>111</sup> quienes coincidían en el carácter consciente con el que el acusado cometió el crimen y con ello, en base al artículo 25.3 del Estatuto de Roma: “es penalmente responsable y puede ser penado”<sup>112</sup>. En consecuencia, el día 10 de julio de 2012 se pronunció el veredicto contra Thomas Lubanga que resultó ser condenado a una pena de catorce años de prisión<sup>113</sup>.

Se trata de la primera sentencia que establece los principios y el proceso de reparación a las víctimas de los crímenes cometidos por Thomas Lubanga, constituye pues esta decisión un precedente sin igual en el ámbito de los derechos que poseen las víctimas de graves violaciones de sus derechos humanos y en consecuencia, de la disciplina jurídica internacional del derecho humanitario. Esta sentencia fue elaborada dentro de un proceso complejo no sólo caracterizado por la dilación temporal sino también por los diversos acontecimientos y dificultades que se originaron a lo largo del mismo, principalmente como resultado de una conducta errática de la Fiscalía; reflejando así la tensión existente entre los derechos de cualquier acusado pero también el afán de “hacer justicia”, aplicando sanciones a las personas que han cometido graves crímenes internacionales<sup>114</sup>, pero sin duda favoreciendo ello a la mejora del funcionamiento de la CPI y perfección en sus métodos.

Ahora bien, conviene tener en cuenta una breve referencia al complejo proceso que supuso dictar la presente sentencia objeto de análisis. Podemos comenzar por exponer los hechos, concretamente, en el año 2002 Thomas Lubanga creó la “Unión de Patriotas Congoleños”, grupo rebelde formado principalmente por miembros de la etnia hema, siendo su ala militar “La Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo”(FPLC)<sup>115</sup>, y de la que Lubanga fue su comandante jefe. Este movimiento rebelde mantuvo enfrentamientos durante

---

<sup>109</sup> Thomas Lubanga Dyilo, congoleño, nacido en Jiba el 29 de diciembre de 1960, considerado uno de los más terribles señores de la guerra de la República Democrática del Congo (RDC); como comandante militar del Reagrupamiento Congoleño para la Democracia-Movimiento de Liberación Nacional fue un actor fundamental de las dos guerras del Congo que transcurrieron entre 1996-1997 y 1998-2003.

<sup>110</sup> El artículo 8.2.b.xxvi ECPI prohíbe el reclutamiento durante un conflicto armado internacional, mientras que el artículo 8.2.e.vii ECPI establece la prohibición de las conductas mencionadas para el caso de un conflicto armado no internacional.

<sup>111</sup> El presidente Adrian Fulford (Reino Unido), Elizabeth Odio Benito (Costa Rica) y René Blattman (Bolivia).

<sup>112</sup> ICC-01/04-01/06-2842. Case The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo (Situation in Democratic Republic of the Congo). Decisión según el art. 74 del Estatuto de la CPI. El texto de la sentencia puede consultarse en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>

<sup>113</sup> Decisión según el art. 76 del Estatuto de la CPI referente al “fallo condenatorio”:

<sup>114</sup> Véase AMBOS, K; MALARINO E.; y STEINER, C; *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El caso “Lubanga, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V, República Federal de Alemania, 2014, p.68.*

<sup>115</sup> FPLC estuvo involucrado en violaciones de derechos humanos incluyendo asesinatos étnicos, tortura, violación y mutilación.

los años 2002 y 2003 contra las milicias de la etnia lendu<sup>116</sup> en el territorio de Ituri, concretamente al noroeste de la República Democrática del Congo (RDC, en adelante). El resultado de esta guerra motivada principalmente por el afán de hacerse con el control de la región, causó más de 60.000 muertes. Además, aquí se obligó a luchar a más de 3.000 niños soldados, reclutados por Thomas Lubanga como guardaespaldas de sus superiores, realizando tareas domésticas o en el caso de las niñas, forzadas a convertirse en esclavas sexuales de los comandantes del FPLC.

En vista de la situación, fue el Gobierno de la RDC quien decidió remitirlo a la Corte Penal Internacional en abril del año 2004 acusando a Thomas Lubanga de crímenes de guerra según el art.13.a y 14 del Estatuto de Roma<sup>117</sup>. De esta forma, se emitió la orden de arresto contra Lubanga y la misma se hizo efectiva en Kinshasha en marzo de 2005, para posteriormente ser trasladado al Centro de Detención Haaglanden en Scheveningen situado en la Haya el 16 de marzo de 2016.

Fue el día 20 de marzo de 2006 cuando Thomas Lubanga compareció por primera vez ante la Sala de Cuestiones Preliminares<sup>118</sup> de la CPI. En agosto del mismo año fue acusado por la Fiscalía de los crímenes de guerra de “reclutamiento, alistamiento, y uso de niños y niñas menores de quince años en un conflicto armado interno durante el período de 1 de septiembre de 2002 a 13 de agosto de 2003” con arreglo al art.8.2 e) (vii) del Estatuto de Roma<sup>119</sup>, confirmándose los cargos el 29 de enero de 2007 por la Sala de Cuestiones Preliminares. Sin embargo, en julio del año siguiente el proceso se complicó y se debió a que la Sala de Primera Instancia de la CPI dictaminó el sobreseimiento del caso y, con ello la puesta en libertad del acusado y, por estimar que no se estaban respetando suficientemente las garantías de un proceso debido, fundamentalmente por el hecho de que el Fiscal manifestó su negativa de entregar a la Defensa más de cien pruebas. Ahora bien, la

---

<sup>116</sup> Entre ellas, la “Armada Popular Congoleña” y a la “Fuerza de Resistencia Patriótica”

<sup>117</sup> Tal y como lo establece el art. 13 ECPI: “La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes (...)”

Art.14 ECPI: “1. Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas.

2. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante.”

<sup>118</sup> Según el art.34 que hace alusión a los órganos que forman parte de la CPI, ésta es considerada como un órgano, además en el art.57 ECPI se detallan las: “Funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares”.

<sup>119</sup> A pesar de ello, fuera del proceso quedaron otras denuncias de crímenes de guerra cometidos también por la FPLC bajo el mando del comandante jefe Thomas Lubanga, tales como los relativos a crímenes de esclavitud sexual, siendo ello una decisión incomprensible en base a la actividad probatoria presentada.



Fiscalía no conforme con ello apeló y, tras su negociación con las Naciones Unidas acerca de la posibilidad de desclasificación de las pruebas, el 12 de octubre de 2008 la Sala de Apelaciones dejó sin efecto lo decidido por la Sala de Primera Instancia.

Reanudado el juicio el 26 de enero de 2009 y a pesar de que para el mes de octubre de este mismo año estaba previsto que la Defensa expusiera sus argumentos, tuvo que aplazarse por una nueva interrupción en el proceso ya que se presentó una demanda conjuntamente por parte de los representantes de las víctimas con el objetivo esencial de demandar una nueva “re-caracterización de los hechos” y ampliación de cargos contra el acusado<sup>120</sup>. Se informó positivamente acerca de dicha solicitud por parte de la Sala de Primera Instancia.<sup>121</sup> A pesar de la reanudación del juicio, éste vuelve a suspenderse una vez más en julio de 2010 ya que la Sala de Primera Instancia entendió que no era posible un justo desarrollo del juicio si la Fiscalía continuaba incumpliendo sus órdenes; aunque a pesar de dicha situación de incumplimiento, la Sala de Apelaciones efectuó la revocación de la decisión y sugirió la sanción al Fiscal. Seguidamente, el 20 de mayo de 2011 termina la fase de presentación de pruebas y en agosto tuvieron lugar las conclusiones finales del juicio. Finalmente, en audiencia pública, el día 14 de marzo de 2012, le fue entregado a Thomas Lubanga el veredicto por la Sala de Primera Instancia adoptado por unanimidad, considerándole como culpable a título de coautor del crimen de guerra tipificado en el art.8.2 e) (vii) del Estatuto<sup>122</sup>.

Ya expuesto brevemente el caso, vamos a abordar los aspectos más destacables de esta sentencia que se compone de casi seiscientas páginas. Entre ellos podemos enumerar los siguientes: definición y participación de las víctimas, presentación y valoración de las pruebas y la tipificación como crimen de guerra de la conducta sancionada<sup>123</sup>. Dos son los aspectos que pueden presentar mayor problemática en cuanto a la calificación que realizó la

---

<sup>120</sup> Ampliación referida a los cargos imputados por el Fiscal, pidiendo los representantes de las víctimas a inclusión de “esclavitud sexual” y “tratos crueles e inhumanos”(arts. 8.2.e) (vi) y 8.2.c) (i) del Estatuto).

<sup>121</sup> Sin embargo, el 8 de diciembre de 2009 la Sala de Apelaciones rechazó la decisión de la Sala de Primera Instancia, aunque reconoció que sí había evidencia sustancial sobre actos de violencia sexual realizados por el FPLC, pero entendía que no procedía la recalificación puesto que la Norma 55 no puede utilizarse para ir más allá de los hechos imputados en el escrito de acusación.

<sup>122</sup> “Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”.

<sup>123</sup> Véase al respecto: LÓPEZ MARTÍN, A. G, “Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso “The Prosecutor C. Thomas Lubanga Dyilo”, 7 de agosto de 2012 en Revista Española de Derecho Internacional, Sección NOTAS, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, julio-diciembre 2013, págs. 212 y ss.

CPI. En primer lugar, el carácter de coautor<sup>124</sup> como forma de atribuir la responsabilidad y en segundo lugar, la calificación de conflicto<sup>125</sup> en el que participó el acusado, dotándolo del carácter de conflicto armado interno.

Además de las citadas cuestiones, es de relevancia capital el establecimiento por parte de esta importante sentencia de los principios y el proceso de reparación a las víctimas, constituyendo una indudable victoria para las mimas<sup>126</sup>. Centrándose sobre todo en el alivio del sufrimiento causado por la gravedad de los crímenes cometidos, proporcionando justicia a las víctimas y atenuando las consecuencias de la violación. Asimismo destaca la función preventiva en atención a futuras violaciones y sin olvidar la tarea de la difícil reintegración de las víctimas<sup>127</sup>. Ahora bien, es importante dejar claro que la sentencia no constituye exactamente una orden de reparación, no decide la reparación concreta para cada una de las víctimas, sino que se encarga de sentar las bases y principios que servirán para guiar y

---

<sup>124</sup> Concepto comprendido en el art.12 de nuestro Código Penal y pudiendo ser definido como: “el autor que, teniendo conjuntamente con otro u otros autores el dominio de la realización del hecho delictivo, tiene con éstos un plan común y una distribución de funciones para la realización del delito”.

<sup>125</sup> La naturaleza del conflicto armado, ya sea este internacional, no-internacional o mixto, durante el período relevante (desde inicios del mes de setiembre de 2002 hasta el 13 de agosto de 2003), fue un punto controversial desde la etapa de la confirmación de los cargos. Mientras que la Fiscalía calificó el conflicto como no-internacional, la Sala de Cuestiones Preliminares optó por clasificar al conflicto como de índole internacional, si bien es cierto que luego se convirtió en uno de índole no-internacional, argumentando para ello que el conflicto fue internacional mientras la región de Ituri estuvo ocupada por el ejército de Uganda (hasta el 2 de junio de 2003) y que después de ese momento se convirtió en no-internacional (hasta finales de diciembre de 2003). Véase al respecto: Ambos, K., «*El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor c. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas*», InDret, 3/2012 págs.16 y ss. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>

<sup>126</sup> No podemos olvidar que es un principio general del Derecho Internacional el de que toda violación de una obligación comporta el deber de reparar de forma adecuada el daño que se ha causado. El derecho de las víctimas a la reparación está reconocido en las siguientes disposiciones: art. 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 14 de la Convención contra la Tortura de 1984; art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; art. 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965; art. 3 del Convenio de La Haya sobre leyes y costumbres de guerra de 1907; art. 91 del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra sobre protección a las víctimas de conflictos armados de 1977; art. 41 de la Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950; art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; o el art. 21.1 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los pueblos.

<sup>127</sup> Véase al respecto: MARTÍNEZ VENTURA, J.E; “*Análisis del caso Lubanga. El procedimiento de reparaciones*”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p.8 y ss. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4502/9a.pdf>

fundamentar el procedimiento a través del cual se dará efecto a las mismas<sup>128</sup>, delegando esta tarea en el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas<sup>129</sup>.

Por otro lado, es importante tener en cuenta el papel trascendental que tuvieron los testigos a la hora de adoptar la decisión. Surge entonces la cuestión de la protección merecida por éstos, obtenida fundamentalmente a través de intermediarios, es decir, principalmente organizaciones no gubernamentales y oficinas de Naciones Unidas. La información obtenida de estos testigos fue de radical importancia para la determinación de los hechos, aunque la relación de la CPI con estos intermediarios pudiera calificarse de discutible, ya que su definición no se encuentra en el Estatuto de Roma sino más bien de un intento posterior para efectuarles el reconocimiento de posibles gestores de prueba para el procedimiento internacional<sup>130</sup>.

Por último, en relación con el importante aspecto de la imposición de la pena, la Sala de Primera Instancia de la CPI se centró en dos factores a la hora de su consideración: la “voluntad” de los menores víctimas del crimen y el elemento de violencia sexual que pudo haber acompañado a la comisión de los crímenes. Además, el Tribunal tuvo en cuenta también a la hora de fijar los aspectos generales desde el punto de vista de la jurisprudencia de los niños soldado, los antecedentes de la Corte Especial de Sierra Leona<sup>131</sup>, haciendo constar que a pesar de que ésta es un “Tribunal ad hoc” puede proporcionar efectos orientadores. Pues bien, valorando los aspectos anteriormente mencionados, la CPI impone una pena fundamentalmente basándose en una finalidad, la cual viene detallada en el

---

<sup>128</sup> Entre esos principios podemos destacar los recogidos en la decisión de 7 de agosto de 2012 tales como: la consideración el derecho a la reparación como un derecho humano; el derecho de las víctimas a ser tratadas de forma justa y equitativa, teniendo en cuenta especialmente las necesidades de los niños; reparaciones que pueden ser acordadas tanto a favor de las víctimas directas como indirectas; las reparaciones deben ser accesibles; deberán tener en cuenta la edad de las víctimas así como su reintegración, entre otros... etc. (International Criminal Court ICC-01/04-01/06)

Disponibles en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012\\_07872.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07872.PDF)

<sup>129</sup> El Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas (FFBV, en adelante) está establecido dentro del mandato del Estatuto de Roma, el tratado fundacional de la CPI, y tiene el objetivo de apoyar e implementar programas capaces que lidiar con los daños resultantes de los crímenes de la CPI. El FFBV tiene dos formas de llevar a cabo su misión: implementando las reparaciones ordenadas por la Corte en contra de personas condenadas y también, proporcionando apoyo físico, psicológico y material a las víctimas y sus familias, a través de contribuciones voluntarias de donantes. En la actualidad, el Fondo Fiduciario ha logrado proporcionar asistencia a más de 120.000 víctimas en países donde la Corte posee investigaciones activas, como es el caso Uganda y de la RDC. A pesar de que las reparaciones ordenadas por la Corte pueden provenir de los bienes de las personas condenadas, la capacidad del Fondo Fiduciario de brindar asistencia general depende de contribuciones voluntarias de Estados y entidades no estatales

<sup>130</sup> Véase al respecto: CHIRINO SÁNCHEZ, A: “Evaluación de Pruebas y el uso de intermediarios en el caso Lubanga”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p.25 y ss.

Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4502/6a.pdf>

<sup>131</sup> El Tribunal Especial para Sierra Leona fue establecido conjuntamente por el Gobierno de Sierra Leona y Naciones Unidas con el mandato de juzgar a los principales responsables de las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas después del 30 de noviembre de 1996.

preámbulo de su Estatuto, consistiendo ésta esencialmente en acabar con la impunidad y forjar una corte permanente para generaciones futuras.

En la sentencia se califica a Thomas Lubanga Dyilo como coautor, ya que la CPI no lo consideró ni como autor mediato ni como partícipe, expresándose la no participación directa en la ejecución material de los crímenes, y es que según la Sala de Primera Instancia: “no es necesaria la concurrencia del coautor a dicha ejecución, sino su control sobre el delito”<sup>132</sup>. Además, se alegó también por parte de la acusación “las condiciones del centro de reclutamiento y el trato brutal dado a los menores”, como circunstancias agravantes del hecho referidas a la “especial crueldad” con la que se llevó a cabo el delito. La Sala hizo referencia al papel de coordinación esencial e implementación del plan común que llevó a cabo Lubanga, concretamente teniendo contactos continuos y directos con los participantes, realizando inspecciones a los campos de entrenamiento para incitar a nuevos reclutas; incluyendo a menores de quince años; así como también proporcionando los recursos económicos indispensables para garantizar el plan común y utilizando a los menores como guardaespaldas<sup>133</sup>. En definitiva, la sentencia tras valorar el elenco probatorio y las peticiones por parte de la acusación y la defensa, optó por pronunciarse acerca de la condena de pena prisión de 13 años por el delito de reclutamiento de niños menores de quince años; a una pena de 12 años por el crimen de alistamiento de niños menores de quince años, y a la pena de 14 años de prisión por la utilización de niños menores de quince años en las hostilidades. La sentencia optó por la pena más alta, es decir, ésta última. La Corte recurre fundamentalmente al “criterio de absorción” para calcular el “quántum” de total de la pena, método que resulta habitual en el concurso ideal de delitos ya que se caracteriza por el hecho de que la pena del delito mayor absorbe al resto de sanciones, sistema que no aparece en el Estatuto pero que la Corte incorpora en el caso.

No cabe duda de que como se trata de la sentencia pionera de la CPI muchas cuestiones quedan abiertas. Numerosos autores coinciden en que la pena impuesta no fue satisfactoriamente motivada, y ello en relación con la problemática en cuanto a la imposición de agravantes presentes en el concurso del crimen ordinario ya que se situó a Thomas Lubanga como coautor y también, en relación con la agravante de violencia sexual la que fue desestimada desgraciadamente por la Sala por falta de pruebas. Además, los autores coinciden en que respecto de la imposición concreta de la pena, la sentencia adolece

---

<sup>132</sup> Se trata de una versión corregida, del “dominio funcional del hecho” como fundamento de la coautoría.

<sup>133</sup> CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, caso ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero de 2007, p. 379.

de falta de claridad e incluso presenta confusión conceptual en relación con las circunstancias agravantes y los hechos independientes y su falta de análisis teórico.

## **CONCLUSIONES:**

**I.-** La participación de los niños en los conflictos armados no es un acontecimiento nuevo sino una constante que se ha repetido a lo largo de la historia, con diferentes grados de intensidad, debido a la evolución propia de los conflictos bélicos. Mientras que en las primeras guerras la participación de menores, era considerada como hecho excepcional o aislado, hoy en día esto ha cambiado al mismo tiempo que lo ha hecho la naturaleza de los conflictos armados contemporáneos, caracterizados por la proliferación de armas pequeñas y ligeras, su prolongación en el tiempo y su carácter multicausal. Además, son alarmantes, los ataques cada vez más frecuentes a la población civil, alcanzándola a todos sus niveles y provocando un caos generalizado, todo ello persiguiendo el control social y afectando principalmente a los grupos más vulnerables, como es el caso de los niños. Dentro de este nuevo marco, los expertos destacan varios factores que han originado el aumento de la participación de los niños en las hostilidades, a saber la mayor devastación de las armas utilizadas, incluyendo las minas antipersonales, siendo sus principales víctimas los niños; y sin olvidar, las proliferación de las armas ligeras utilizadas fácilmente por los menores, permitiendo el descenso en la edad de los niños que participan en los conflictos armados. También es importante tener en cuenta la utilidad que los niños pueden tener para los ejércitos, ya sea en primera línea o en la retaguardia, ya que los llamados niños soldado, tal y como se pone de manifiesto en el impactante informe de Graça Machel: “son más obedientes, no cuestionan las órdenes y son más fáciles de manipular que los soldados adultos”. Por lo demás, ya que los niños carecen de una adecuada apreciación de la repercusión de su participación en las hostilidades, y son considerados por los ejércitos más aptos y valientes para encomendarles acciones más peligrosas.

**II.-** Descrito este impactante contexto y su repercusión en la infancia, le corresponde al Derecho tanto desde un ángulo normativo como institucional, proporcionar soluciones a los conflictos armados internacionales. El presente trabajo pone de manifiesto la interacción entre las tres ramas jurídicas para dar una respuesta adecuada a la participación de los niños en los conflictos armados, y éstas son el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. Consideramos que para lograr la máxima protección de la infancia, es imprescindible que se produzca la sinergia entre estas tres disciplinas y la necesidad común de que los procedimientos estén interconectados para lograr una respuesta global.

**III.-** No cabe duda de que hasta el presente, se han logrado importantes avances en la materia. Como hemos analizado a lo largo del trabajo, desde el punto de vista normativo-internacional, son numerosos los Tratados, Protocolos y Convenios que se encargan de proporcionar una protección específica a uno de los grupos más vulnerables. Desde la primera Declaración que tuvo en cuenta los derechos de la infancia en el año 1924 hasta la actualidad, el grado de protección ha aumentado; cabe reseñar la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 que fue considerada como una “declaración de buenas intenciones” pero sin carácter obligatorio, mientras que la Convención de los Derechos del Niños de 1989 sí adquiere carácter vinculante para los Estados comprometidos y además, cuenta con un organismo que supervisa su cumplimiento, el Comité de los Derechos del Niño. También, el Protocolo Adicional a la Convención de 1989 relativo a la participación de los niños en los conflictos armados del año 2000, ha conseguido focalizar la atención en este concreto problema que afecta a los menores en numerosos países, y concienciar a los Estados en su compromiso de no reclutar o alistar a menores de 18 años de edad. Sin embargo, hasta ahora no se ha conseguido elevar de manera significativa el estándar de protección de los niños contra el reclutamiento, debido a que no existe ninguna norma que lo prohíba de forma absoluta, o que ayude de manera efectiva a disminuirlo. Actualmente, las únicas prohibiciones que existen son el reclutamiento de menores de 15 años, y el reclutamiento de niños por parte de grupos armados irregulares. Sólo queda prohibido el reclutamiento de niños menores de 18 años por parte de grupos regulares si éste es forzado, permitiendo por tanto, el alistamiento voluntario; aunque se recomienda a los Estados que tomen todas las medidas posibles para que los menores de 18 años no sean soldados.

**IV.-** Aparte de la debilidad de la normativa internacional en esta materia, también adolece la falta de coercitividad y deja bastante margen de maniobra a los Estados. Por otra parte, es importante tener en cuenta la precaria situación económica en la están inmersos la mayor parte de los países que sufren este fenómeno, dificultando la puesta en marcha de programas destinados a la desmovilización, desarme, rehabilitación y reintegración social de estas víctimas. Esta situación podría mejorar gracias a la cooperación internacional, a la que debería acompañar un cambio de perspectiva de los Estados que han de considerarla como una obligación que deben asumir derivada de una realidad, que no es otra que el reparto injusto de la riqueza mundial.

V.- Por último, no podemos perder de vista la importante labor que supone concienciar a la opinión pública de la difícil y terrible situación, en ocasiones, desconocida, que deben afrontar estos niños y de la enorme ayuda que necesitan. Los niños, muestran especial vulnerabilidad y dependencia respecto no sólo de su familia, sino del Estado y de su comunidad, por tanto, es preciso el diseño de programas que sean universalmente válidos y adaptados a las necesidades específicas de la infancia y orientados en tres niveles: nacional, comunitario y personal, y todo ello desarrollado fundamentalmente en tres pasos: el desarme, la desmovilización de los niños del grupo armado, y lo que es aún más difícil, la rehabilitación física y psicológica y la reintegración a su familia y comunidad.



## **BIBLIOGRAFÍA:**

### **Libros**

ABRIL STOFFELS, R; *La protección de los niños en los conflictos armados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

HERNANDEZ PRADAS,S; *El niño en los conflictos armados: marco jurídico para su protección internacional*, Tirant Lo Blanch, 2001, Valencia.

PÉREZ GONZALEZ, M; *La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho Internacional Humanitario*”, Foro, Nueva Época, Madrid, 2006.

### **Capítulos de Libros**

ABAD CASTELOS, M, *Las mujeres y las niñas en los conflictos armados y en la construcción de la paz: ¿hay perspectivas esperanzadoras en el horizonte*, en *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tirant Lo Blanch, 2012.

ODIO BENITO, E; *De la violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el Derecho Internacional Humanitario (crímenes de guerra*, Gonzalez Volio, Lorena, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L; *La protección del niño en los conflictos armados por el Derecho Internacional Humanitario. Los niños soldado*”,AFDUAM, 2011.

### **Artículos de revista**

SCHINDLER, D; *El Comité Internacional de la Cruz Roja y los derechos humanos*, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, enero-febrero de 1979.

CHACÓN MATA, A.M; *Protección de los niños según el Derecho Internacional Humanitario, un breve recuento desde los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol.VII, 2007.

MAHALINGAM,S. *Education: protecting the rights of displaced children*, *Forced Migration Review*, number 15, 2002.

LÓPEZ MARTÍN, A.G; *Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso prosecutor C. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012* en *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, julio-diciembre, 2013.

CALBET, N.; *La violencia sexual en Colombia, mujeres víctimas y constructoras de la paz*, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2018.

### Otros recursos

-Recomendación General del Comité de Derechos del Niño sobre los Niños en los Conflictos Armados en el 19º período de sesiones, septiembre de 1998 (UN. Doc.CRC/C/80).

-Informe del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española sobre Informe del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española sobre *La aplicación del Plan de Acción del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna a favor de los niños en los conflictos armados*.

-Informe de la experta del Secretario General, Sra Graça Machel, *Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*, presentado en virtud de la resolución 48/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 26 de agosto de 1996.

Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, 16 de abril de 2016 (A/HRC/32/42).

-Comité Internacional de la Cruz Roja, *¿Cuál es la definición de conflicto armado según el DIH?*, documento de opinión, marzo de 2018.

<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

-Fundación Save the Children, *La infancia en situación de emergencia; perspectivas jurídicas, educativas, éticas y sociológicas*.

<https://www.savethechildren.mx/sci-mx/files/aa/aae5142b-ce33-4ad9-bc17-cb589efdb25e.pdf>

-Naciones Unidas, *Informe del Secretario General sobre la situación en Malí*, 29 de marzo de 2018 (S/2018/273)

<http://undocs.org/es/S/2018/273>

### Legislación

-Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, publicada en «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, p. 23564 a 23570. Referencia: BOE-A-1979-24010.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, publicado en «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977, p. 9337 a 9343. Referencia: BOE-A-1977-10733.

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1996, publicado en «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977, p. 9343 a 9347. Referencia: BOE-A-1977-10734.

-Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990, publicado en BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 1990.

-Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de los niños en los conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, publicado en «BOE» núm. 92, de 17 de abril de 2002, p. 14494 a 14497. Referencia: BOE-A-2002-7293.

-Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, publicado en «BOE» núm. 34, de 8 de febrero de 1969, p. 1944 a 1945. Referencia: BOE-A-1969-170.

-Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, publicado en «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2002, p 3917 .a 3921. Referencia: BOE-A-2002-1858.

-Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, publicado en «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002, p. 18824 a 18860. Referencia: BOE-A-2002-10139.