

EL RECLUTAMIENTO Y LA UTILIZACIÓN DE MENORES EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN ÁFRICA

Trabajo de Fin de Grado presentado por IRENE PINAZO LOZANO
siendo tutor del mismo el/la Profesor/a ANA SALINAS DE FRÍAS.

Vº Bº del Tutor:

Estudiante:

Fdo: Dra. Dña. Ana Salinas de Frías.

Fdo: Irene Pinazo Lozano

En Málaga, a 19 de junio, de 2014

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

TRABAJO DE FIN DE GRADO (CURSO ACADÉMICO 2013/2014)

TÍTULO: EL RECLUTAMIENTO Y LA UTILIZACIÓN DE MENORES EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN ÁFRICA.

AUTOR: IRENE PINAZO LOZANO.

TUTOR ACADÉMICO: Dra. Dña. ANA SALINAS DE FRÍAS.

RESUMEN (MÁXIMO 8 LÍNEAS):

El reclutamiento y la utilización de menores durante los conflictos armados es una de las más graves violaciones de derechos del niño. En este trabajo se analiza de forma crítica la regulación que hacen los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario sobre la cuestión y la posibilidad de procesar a un niño soldado por los crímenes cometidos, se observa la situación de los países africanos en los que esta práctica es habitual; y finalmente, se examina la primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparaciones a las víctimas.

PALABRAS CLAVE: niños soldado, reclutamiento forzoso, reclutamiento voluntario, participación indirecta, Protocolo Facultativo, conflicto armado interno, África, Plan de Acción, reparaciones, víctimas, Corte Penal Internacional.

EL RECLUTAMIENTO Y LA
UTILIZACIÓN DE MENORES EN EL
MARCO DE LOS CONFLICTOS
ARMADOS EN ÁFRICA.

EL RECLUTAMIENTO Y LA UTILIZACIÓN DE MENORES EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN ÁFRICA.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. LAS VIOLACIONES GRAVES DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS: EL RECLUTAMIENTO Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS COMO SOLDADOS.....	2
3. GLOSARIO	2
4. PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS SOLDADO... 4	
4.1. Las Convenciones de Ginebra.	4
4.2. El Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.....	4
4.3. El Protocolo II Adicional a las Convenciones de Ginebra relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados sin carácter internacional....	7
4.4. La Convención sobre los Derechos del Niño.....	8
4.5. La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.	11
4.6. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	11
4.7. Convenio núm.182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la inmediata acción para su eliminación.....	12
4.8. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.....	13
4.8.1. Edad mínima de participación en los conflictos armados.....	14
4.8.2. Calificación de la participación en las hostilidades.....	15
4.8.3. El reclutamiento forzoso y voluntario en las fuerzas armadas.	16
4.8.4. La participación de los niños en los grupos armados no gubernamentales.....	19
4.8.5. Las reservas al Protocolo Facultativo.....	21
4.8.6. La posibilidad de un procedimiento de investigación.....	21
4.8.7. La aplicación del Protocolo Facultativo.....	22
4.8.8. El mecanismo de supervisión de las disposiciones del Protocolo: papel del Comité de los Derechos del Niño.....	22
4.8.9. La firma y ratificación del Protocolo Facultativo.....	23
4.9. Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.....	24
5. EL ESTATUTO PERSONAL DEL NIÑO SOLDADO PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.....	26
6. RECLUTAMIENTO DE MENORES EN ÁFRICA.....	28
6.1. República Centroafricana.....	29
6.2. Chad.....	31

6.3. Côte d'Ivoire.....	33
6.4. Republica Democrática del Congo.....	33
6.5. Mali.....	35
6.6. Somalia.....	36
6.7. Sudán del Sur.....	37
6.8. Sudán.....	38
7. LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS EN EL SENO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	39
7.1. El derecho a la reparación.....	41
7.2. Los principios de reparación.....	42
7.3. El proceso de reparación.....	44
7.4. Aspectos problemáticos.....	45
8. CONCLUSIONES.....	46
8.1 Primer problema: La primacía de los intereses estatales frente al principio de interés superior del menor en la regulación de los instrumentos internacionales de protección.....	46
8.2 Segundo problema: La posibilidad de procesar a niños excombatientes para exigir su responsabilidad criminal.....	47
8.3 Tercer problema: La protección de los derechos de los niños soldado en situaciones de conflicto armado en África.....	48
8.4 Cuarto problema: El futuro incierto del sistema de reparación a las víctimas de la CPI.....	49
ANEXO I.....	51
ANEXO II.....	52
ANEXO III.....	53
BIBLIOGRAFÍA:.....	54

1. INTRODUCCIÓN.

Según constata en 1996 el estudio de la experta MACHEL, “una de las tendencias más alarmantes en los conflictos armados es la participación de los niños como soldados. Los niños integran ejércitos en los que desempeñan funciones de apoyo, como cocineros, cargadores, mensajeros y espías. Sin embargo, cada vez se observa más que los adultos incorporan a los niños soldados deliberadamente. Algunos comandantes han observado la conveniencia de utilizar a los niños soldados porque son más obedientes, no cuestionan las órdenes y son más fáciles de manipular que los soldados adultos”¹.

Esa tendencia puesta de manifiesto en ese estudio, a día de hoy, es una de las prácticas más habituales en cualquier conflicto armado, especialmente en los de carácter interno. Por este motivo, el objeto de este trabajo es realizar un análisis a través del cual puedan ser detectados los principales problemas que suscita la cuestión de los niños soldado. Para ello el trabajo se estructura de la siguiente manera:

En el segundo epígrafe, se identifica el reclutamiento y utilización de menores como una de las violaciones más graves de los derechos del niño.

En el tercer epígrafe, se reúne un glosario para facilitar una mejor comprensión de las expresiones que aparecen a lo largo del trabajo.

En el cuarto epígrafe, se recoge la regulación vigente en todos los instrumentos internacionales de Derecho Internacional Humanitario en los que se contempla la cuestión de los niños soldado. A lo largo de cada uno de los instrumentos se señalan los aspectos más criticables de la regulación.

El quinto epígrafe se centra en estatuto personal del niño soldado y el modo en que tanto la Corte Penal internacional como los Tribunales *ad hoc* abordan la posible responsabilidad penal de éste por los crímenes cometidos.

El sexto epígrafe está dedicado al análisis de la situación en los distintos países de África en que se reclutan menores, prestando especial atención a la identificación de las partes reclutadoras y si han firmado algún Plan de Acción tendente a poner fin a esta práctica.

En el séptimo epígrafe se estudia el papel que tiene sobre esta materia la Corte Penal Internacional, especialmente a la hora de reparar a las víctimas. Para ello, se toma como referencia el caso del congoleño Thomas Lubanga y la última sentencia sobre éste dictada por la Corte el 7 de agosto de 2012, ya que en ella se establecen los principios de reparación y el proceso para ello.

En el último epígrafe dedicado a las conclusiones, se enumeran los principales problemas a los que la protección del niño soldado se enfrenta y las medidas a tener en cuenta para solucionar los mismos.

¹ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 51/306, de 26 de agosto de 1996, A/51/306, p.17, párr. 34.

² Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre los niños y los conflictos armados, de 10 de

2. LAS VIOLACIONES GRAVES DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS: EL RECLUTAMIENTO Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS COMO SOLDADOS.

En el transcurso de los conflictos armados, los menores pueden verse afectados de diferentes maneras. Por ello, en el seno de Naciones Unidas (N.U.), con el fin de proteger a los niños en situaciones de conflicto armado y poner fin a la impunidad de los que cometen actos violentos contra ellos, se ha establecido un amplio marco de actuación basado en la vigilancia especial de las conocidas como <<las seis violaciones graves>> de los derechos de los niños en los conflictos armados. De acuerdo con el informe de 2005 del Secretario General de N.U.², las infracciones más graves que deben ser objeto de una vigilancia especial son:

1. El asesinato o la mutilación de niños.
2. El reclutamiento y la utilización de niños soldado.
3. Los ataques contra escuelas y hospitales.
4. La violación de niños y su sometimiento a otros actos graves de violencia sexual.
5. El secuestro de niños.
6. La denegación de acceso a la asistencia humanitaria para los niños.

La decisión de prestar especial atención a estas prácticas se debe principalmente a tres razones: la susceptibilidad de seguimiento y verificación de las mismas, su naturaleza atroz y la gravedad de sus consecuencias en la vida de los niños.

De todas las violaciones enumeradas, este trabajo se centra en el análisis de la segunda de ellas: el reclutamiento y la utilización de niños soldado.

3. GLOSARIO.

Para facilitar el seguimiento de este trabajo es importante tener presente una serie de conceptos, como son los de:

- “Niño/a”: cualquier persona menor de dieciocho años de edad, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño³.
- “Niño/a asociado con una fuerza armada o un grupo armado” o “Niño soldado”: cualquier persona menor de dieciocho años de edad que haya sido reclutada o utilizada por una fuerza armada o un grupo armado en cualquier tipo de función, incluidos, aunque no limitados, los niños y niñas utilizados como combatientes, cocineros, portadores, mensajeros, espías o con fines sexuales. El concepto no se refiere solamente a un niño o niña que esté participando, o haya participado, directamente en las hostilidades⁴.
- “Fuerzas armadas”: institución militar de un Estado con bases jurídicas e infraestructura institucional de apoyo (salarios, beneficios, servicios básicos, etc)⁵.
- “Grupos armados”: grupos distintos de las fuerzas armadas⁶.

² Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre los niños y los conflictos armados, de 10 de noviembre de 2003, A/59/695-S/2005/72, p. 4, párr. 68.

³ Principios y Directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados (“Principios de París”), p. 7, párr. 2.0.

⁴ *Ibid.*, párr. 2.1. Véase también el Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Adición, Primera Parte, UN Doc. A/CONF.183/Add.1,14 de abril de 1998.

⁵ Principios y Directrices...*op.cit.*, párr. 2.2.

⁶ *Ibid.*, párr. 2.3.

- “Conflictos armados internos o de carácter no internacional”: aquellos que se desarrollan en el territorio de un Estado entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. No se incluyen en este concepto situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados⁷.
- “Conflictos armados externos o internacionales”: conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁸.
- “Participación en las hostilidades”: el término abarca tanto la participación directa en el combate como la participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como la exploración, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños como señuelos, correos o en controles militares. No quedarían abarcadas las actividades que claramente no guardan relación con las hostilidades, como la entrega de alimentos a una base aérea o el uso de servicio doméstico en el hogar de un oficial. Sin embargo, la utilización de niños en funciones de apoyo directo, por ejemplo como portadores de suministros hasta el frente, o en actividades en el propio frente, quedaría incluida en esos términos⁹.
- “Reclutamiento”: la conscripción o alistamiento de niños y niñas en cualquier tipo de fuerza o grupo armado.
- “Reclutamiento forzoso u obligatorio”: aquel en el que el niño es secuestrado o forzado físicamente¹⁰.
- “Reclutamiento voluntario”: el niño se alista en la fuerza o grupo armado sin que haya sido secuestrado o forzado físicamente¹¹.
- “Reclutamiento o utilización ilícitos”: el reclutamiento o la utilización de niños y niñas cuya edad sea menor de la estipulada en los tratados internacionales aplicables a la fuerza armada o el grupo armado en cuestión, o bajo las leyes nacionales aplicables¹².
- “Desmovilización”: la separación oficial y controlada de los combatientes activos del servicio en las fuerzas armadas u otros grupos armados. La primera etapa de la desmovilización puede incluir desde la tramitación del envío de combatientes individuales a centros temporales, hasta la ubicación a gran escala de las tropas

⁷ Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra, (Art. 1).

⁸ Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra, (Art. 1.4).

⁹ Principios y Directrices sobre los niños...*op.cit.*, p.8, párr. 2.4.

¹⁰ BRETT, “Adolescent Volunteering for Armed Forces o Armed Groups”, *International Review of the Red Cross*, 2003, p. 863. Disponible en: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_852_brett.pdf, consultado el 1 de junio de 2014.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, párr. 2.5

en campamentos concebidos para este propósito. La segunda etapa, la reinserción, abarca el conjunto de medidas que se ofrecen a los desmovilizados.¹³

- “Reinserción de niños y niñas”: el proceso por medio del cual se inicia una transición de los niños y niñas la sociedad civil, y la adopción de funciones e identidades válidas como civiles que son aceptadas por sus familias y comunidades en el contexto de una reconciliación local y nacional. Una reinserción sostenible se logra cuando se hayan garantizado las condiciones políticas, jurídicas, económicas y sociales necesarias para que los niños y niñas mantengan sus vidas, sus medios de sustento y su dignidad. Este proceso tiene por objetivo que los niños y niñas puedan disfrutar de sus derechos, entre ellos a la educación oficial y no oficial, a la unidad familiar, a un sustento digno y a la seguridad contra cualquier tipo de peligro¹⁴.

4. PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS SOLDADO.

4.1. Las Convenciones de Ginebra.

Las Convenciones de Ginebra de 1949 se adoptan una vez es planteada por la comunidad internacional la necesidad de elaborar unas normas básicas de Derecho internacional humanitario que contribuyeran a la humanización de los conflictos, sobre todo, a la vista de los sucesos acontecidos durante la Segunda Guerra Mundial. Estas Convenciones establecieron diferentes normas con el objeto de proteger a los niños durante conflictos armados, en especial la IV relativa a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, en cuyo art. 50 se contiene la prohibición del alistamiento de niños de la parte adversa por la potencia ocupante. Sin embargo, en estas Convenciones no se abordó la cuestión de los niños soldado, pues, ni prescribían una edad mínima para participar en las hostilidades, ni proporcionaban ningún tipo de protección especial para aquellos niños que participaban en conflictos de carácter interno¹⁵. En 1977, con los dos Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra, sí se adoptan normas limitadoras de la participación de los niños en los conflictos armados.

4.2. El Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

El Protocolo I de 8 de junio de 1977 Adicional a las Convenciones de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, establece en el apartado 2º de su art. 77, que:

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

Esta disposición ha sido fuertemente criticada, ya que su alcance se aleja de lo que en un primer momento se pretendía. De hecho, la intención del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) era extender al conjunto de los niños que se encontraran en el territorio de los Estados en conflicto las disposiciones de la IV Convención aplicables

¹³ *Ibid.*, párr. 2.8.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 2.9.

¹⁵ PAJA BURGOA, “La Convención de los Derechos del Niño”, Madrid, 1998, p.96

en territorios ocupados y prohibir la participación de los niños en la lucha armada¹⁶. En este sentido el texto propuesto por el CICR para este artículo era el siguiente:

“Las partes en el conflicto tomarán las medidas necesarias para que los niños de quince o de menos de quince años no participen en hostilidades y, en particular, evitarán reclutarles para sus fuerzas armadas o aceptar su alistamiento voluntario”¹⁷.

Sin embargo, los Gobiernos asistentes a la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, eran reticentes a aceptar obligaciones incondicionales en esta materia. En consecuencia, se opusieron al tenor literal del proyecto del CICR y las medidas adoptadas tras las negociaciones fueron menos estrictas.

Las principales críticas al contenido final de la disposición objeto de análisis del Protocolo I son:

1ª) La delimitación de la edad mínima de participación en las hostilidades y reclutamiento en quince años.

Ésta resultó ser una de las cuestiones más controvertidas a tratar en la Conferencia Diplomática. Hubo una propuesta de Brasil, a la que se unieron las delegaciones de Uruguay, la Santa Sede y Venezuela, a favor de situar la edad mínima en dieciocho años. Finalmente, ante la cerrada oposición a esta propuesta de países como Japón, Canadá, Gran Bretaña o la República Federal de Alemania, se impuso la solución de situar los quince años como la edad límite para tomar parte en un conflicto armado y para ser reclutado por las fuerzas armadas¹⁸. Aún así, para el caso del reclutamiento de niños entre quince y dieciocho años, se logró que los Estados se comprometiesen a comenzar por los de mayor edad.¹⁹ Como señala DUTLI, en su momento este compromiso fue muy importante, puesto que, “demuestra el deseo de ciertos Gobiernos de aumentar la protección reconocida a los niños”²⁰.

Este deseo es un claro signo de que hace más de treinta años los Estados reconocieron la necesidad de intentar elevar la edad de reclutamiento hasta los dieciocho años, necesidad que nos se concreta hasta el año 2000, con la adopción del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niño en los conflictos armados que se analiza más adelante.

2ª) El establecimiento de una obligación de comportamiento, no de resultado.

La expresión <<todas las medidas necesarias>> de la propuesta del CICR se convirtió finalmente en <<todas las medidas posibles>>. Como puede observarse, de este modo, se resta firmeza a la obligación, ya que no se establece una prohibición absoluta de que niños menores de quince años participen en las hostilidades, sino que,

¹⁶ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado”, en CALVO GARCÍA y FERÁNDIZ SOLA (coords.), *Los derechos de la infancia y la adolescencia. Primeras Jornadas sobre Derechos humanos y libertades fundamentales*, Zaragoza, 2000, p.224.

¹⁷ CICR, “Commentaire des Protocoles Additionels du 8 juin aux Conventions de Genève du 12 août 1949”, Ginerbra, 1986, pp.922 ss.

¹⁸ GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional de las niñas y niños soldado”, en ALDECOA LUZÁRRAGA y FORNER DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, p.141.

¹⁹ CICR, “Commentaire des Protocoles Additionels...”, *op.cit.*, pp. 925-926.

²⁰ DUTLI, “Niños combatientes prisioneros”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1990. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlqd.htm>, consultado a 14 de mayo de 2014.

simplemente, se conmina a los Estados a que tomen las medidas posibles para evitarlo, dejándoles así un amplio margen de discrecionalidad para decidir en cada momento concreto la posibilidad o no de adoptar medidas dirigidas a evitarlo. La obligación fijada es pues de mero comportamiento, no de resultado, lo que hace muy difícil el control y la supervisión de su cumplimiento. Para GÓMEZ ISA, el rechazo de esta propuesta de la CICR supone la introducción por los Estados del principio de necesidad militar a la hora de abordar la problemática de los niños soldado y su regulación por el Derecho Internacional Humanitario²¹. En virtud de este principio, incluso menores de quince años podrían tomar parte en un conflicto cuando las circunstancias lo requiriesen.

En definitiva, como apunta MANN, nos encontramos aquí ante la clásica dialéctica de *raison d'État contre raison d'humanité*²², quedando claro que el art.77.2 del Protocolo I se decantó por la primera de estas opciones.

3ª) Sólo se hace referencia a la participación directa.

El proyecto del CICR prohibía toda participación, ya fuese directa o indirecta. Sin embargo, el Protocolo I sólo prohíbe la participación <<directa>> en las hostilidades. El art. 77.2, por tanto, permite la utilización de niños en cualquier forma de participación indirecta.

4ª) No queda claro si se prohíbe tan solo el reclutamiento forzoso o si la prohibición abarca también el reclutamiento voluntario.

La cuestión del reclutamiento forzoso y voluntario fue objeto de intensas discusiones durante la elaboración del art. 77.2 del Protocolo I. Su formulación final, en la que simplemente se dice <<absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas>>, ha dado lugar a interpretaciones diversas acerca de su alcance. No queda claro si la disposición prohíbe tan solo el reclutamiento forzoso, permitiendo el voluntario, o si abarca ambos tipos.

La mención expresa de la obligación de abstenerse de aceptar el alistamiento voluntario desaparece del artículo tras estimarse por el Grupo de Trabajo de la Comisión III, según palabras de su portavoz, que: “en los territorios ocupados y en los casos de guerras de liberación nacional, una prohibición total de la participación voluntaria de los niños menores de quince años no se atendería a la realidad”²³.

El CICR se opuso en todo momento a la posibilidad de que los niños menores de quince años se alistaran de forma voluntaria. Como se ha visto, en su propio proyecto de artículo se mencionaba explícitamente la prohibición del alistamiento voluntario de los niños de esta edad. Así pues, para el CICR, el término <<reclutar>> engloba el reclutamiento forzoso y el alistamiento voluntario, ya que considera que “a pesar del carácter voluntario del alistamiento, sigue siendo necesario el acto formal del reclutamiento, y la posterior incorporación a fuerzas o grupos armados, siendo precisamente este acto el que el derecho internacional humanitario prohíbe”^{24 25}.

²¹ GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.142.

²² MANN, “International Law and the Child Soldier”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1987.

²³ CICR, “Commentaire des Protocoles Additionels...”, *op.cit.*, p. 925.

²⁴ CICR, “Argumentación sobre el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niños”, Ginebra, 1997, párr. 43 y 44, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj9.htm>, consultado a 10 de mayo de 2014.

²⁵ HENCKAERTS y DOSWALD-BECK “*El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*”. Normas 136 y 137.

Esta misma línea interpretativa es seguida por DUTLI, para quien “reclutar significa también incorporar, lo que implica que las Partes deben abstenerse de enrolar a niños menores de quince años que voluntariamente quisieran formar parte de las fuerzas armadas”²⁶.

Por el contrario, MANN, haciendo una interpretación teleológica de la disposición, pone de manifiesto que la omisión de la frase de la propuesta del CICR en la que se prohibía el alistamiento voluntario de los menores de quince años, se hizo con la intención de debilitar el texto final, de manera que quedase permitido el alistamiento voluntario de niños²⁷. Además, SHEPARD, tomando en consideración que la propia IV Convención de Ginebra distingue en su articulado entre <<reclutamiento>> y <<alistamiento voluntario>>, concluye que la palabra <<reclutamiento>> en el art. 77.2 del Protocolo I no abarca los dos tipos de reclutamiento, forzoso y voluntario²⁸.

Finalmente, visto el tratamiento que hace el Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra sobre la cuestión la participación y el reclutamiento de niños durante las hostilidades y su cantidad de aspectos criticables, se comprueba que éste no supuso un gran avance que permitiera hacer frente al problema de una manera efectiva.²⁹

4.3. El Protocolo II Adicional a las Convenciones de Ginebra relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados sin carácter internacional.

El Protocolo II de 8 de junio de 1977 Adicional a las Convenciones de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados de carácter no internacional, establece en el apartado 3 c), de su art. 4, que:

“Los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”

El Protocolo II, a diferencia del Protocolo I, constituye un importante paso adelante. La mayor parte de los autores que han estudiado este artículo opinan que nos hallamos ante una obligación más estricta que la contenida en el art. 77. 2 del Protocolo I³⁰.

Como principales avances del art. 4.3 c) del Protocolo II cabe señalar: en primer lugar, el establecimiento de una obligación de carácter absoluto, la obligación no es de mero comportamiento, sino de resultado³¹; en segundo lugar, el establecimiento de una obligación para las fuerzas y grupos armados de <<no permitir>> la participación en las hostilidades, refiriéndose así vagamente a la prohibición del reclutamiento voluntario³²; y, en tercer lugar, una extensión del alcance de la prohibición, puesto que, al no adjetivarse el tipo de participación, se aplica tanto a la directa como a la indirecta³³. A

²⁶ DUTLI, “Niños combatientes prisioneros”, *op. cit.*

²⁷ MANN, “International Law and the child soldier”, *op.cit.* p. 2 .

²⁸ SHEPARD, “Child Soldiers: Is optional Protocol evidence of an emerging straight-18 consensus?” *The international Journal of Children’s Rights*, 2000, p. 49.

²⁹ GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.145. Véase también MCBRIDE, “The war crime of child soldier recruitment”, La Haya, 2014, p.22

³⁰ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, p.226; DUTLI, “Niños combatientes prisioneros”, *op. cit.* Véase también MCBRIDE, “The war crime of child soldier recruitment”, La Haya, 2014, p.22

³¹ HAPPOLD, “Child Soldiers in International Law: the legal regulation of children’s participation in hostilities”, *Netherland International Law Review*, 2000, p. 39.

³² MCBRIDE, “The war crime ...*op.cit.*”, p.22

³³ CICR, “Commentaire des Protocoles Additionels...”,*op.cit.*, p. 1404.

pesar de estos logros, en esta disposición, no aparece una recomendación concerniente al reclutamiento de los mayores de quince años, pero menores de dieciocho, en la línea de la que se contempla en el art. 77.2 del Protocolo I³⁴.

Como apunta MANN, la razón de ser de este régimen más exigente para la participación y el reclutamiento de los niños en los conflictos armados internos parece residir en el deseo de los Estados de hacer más difícil, tanto desde el punto de vista jurídico como político, a los grupos disidentes dentro de sus territorios el poder valerse de la ventaja militar que otorga el uso de niños soldado³⁵.

Tras el análisis de los artículos 77.2 del Protocolo I y 4.3 c) del Protocolo II, y teniendo en cuenta el momento en que fueron elaborados, hay que reconocer, tal y como hace VAN BUEREN, que a pesar de las múltiples limitaciones con las que cuentan, representan un progreso significativo simplemente por el hecho de establecer que debía reconocerse de forma universal una edad mínima de reclutamiento y participación en las hostilidades³⁶.

4.4. La Convención sobre los Derechos del Niño.

El comienzo de las negociaciones para la adopción de una Convención sobre los Derechos del Niño (CRC) se presentaba como una excelente oportunidad para profundizar y ampliar los estándares de protección establecidos por los dos Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra. Sin embargo, resultó una tarea bastante compleja y el art. 38 de esta Convención, en el que se regula la cuestión del reclutamiento y la utilización de menores durante los conflictos armados, en lugar de suponer un avance es considerado un retroceso con respecto al derecho humanitario entonces vigente³⁷.

En el proyecto original de la Convención presentado por Polonia en 1978 no se incluía ningún artículo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. El art. 38 tiene su origen en las propuestas de inclusión realizadas en 1985 por las delegaciones de Países Bajos, Suecia, Finlandia, Bélgica, Perú y Senegal³⁸. En 1989, tras intensos debates, se llegó a un consenso en torno al contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 38, destinado a la participación y el reclutamiento de menores en conflictos armados, establece que:

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

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

³⁴ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, p.226

³⁵ MANN, “International Law and the child soldier”, *op.cit.* p. 50.

³⁶ VAN BUEREN, “The International Law of the Rights of the Child”, La Haya, 1998, p.337; VAN BUEREN, “The international Protection of Children in Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, p.812.

³⁷ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, p.226. En ese mismo sentido, véase HERNÁNDEZ PRADAS, “El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional”, Valencia, 2001, p.388.

³⁸ DETRICK, “The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the travaux préparatoires”, Dordrecht, Boston, Londres, 1992, p.503..

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

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

Como se puede comprobar, la redacción del párrafo 2º del art. 38 se acerca prácticamente al literal del art. 77.2 del Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra. Por un lado, la obligación sigue consistiendo en la mera adopción de <<todas las medidas posibles>> para que los menores de quince años no participen <<directamente>> en las hostilidades; la única diferencia apreciable es que, en esta ocasión, tal obligación recae sobre los Estados Parte y no en las partes en conflicto³⁹. Por otro lado, el párrafo 3º del art. 38 prohíbe el reclutamiento de los menores de quince años y establece, al igual que el Protocolo I, el compromiso para los Estados de reclutar preferentemente a los niños de mayor edad cuando sus edades estén comprendidas entre los quince y dieciocho años.

Entre los aspectos criticables de los apartados 2º y 3º del art. 38, cabe destacar:

1º) La delimitación de la edad mínima de participación y reclutamiento en quince años, no en dieciocho.

Varios Estados, la mayor parte de las ONGs y el CICR vieron con la Convención para los Derechos del Niño la ocasión ideal para elevar la edad mínima de participación y reclutamiento de quince a dieciocho años. De hecho, en su redacción original el artículo 38 prohibía la participación de los niños en los conflictos armados sin establecer un límite de edad⁴⁰, con lo cual la protección se habría extendido a todos los menores de dieciocho años, de acuerdo con el límite general previsto en el art. 1 de la Convención⁴¹, según el cual:

“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”.

Sin embargo, en aras del consenso, se mantuvo la edad mínima de participación en quince años. Esto dio lugar a una de las mayores paradojas y una de las más alarmantes contradicciones de la Convención, pues la única excepción al art. 1 en todo el texto de la Convención sea la consignada el art. 38⁴². Para algunos Estados, como España, el límite de edad fijado resultaba insuficiente, por lo que en el momento de ratificar la Convención hicieron declaraciones a los apartados 2 y 3 del artículo 38 a través de las cuales pusieron de manifiesto su preferencia por un límite mayor que prohibiese el reclutamiento de los menores de dieciocho años⁴³. En 1999, durante la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, una serie de

³⁹ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, pp.226 y 227.

⁴⁰ DETRICK, “The United Nations ...” *op.cit.*, pp. 504-506.

⁴¹ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, p. 227.

⁴² GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.149.

⁴³ Así lo hicieron: Andorra, Alemania, Argentina, Austria, Colombia, España, Países Bajos, Suiza y Uruguay. Declaraciones disponibles en:
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, consultado a 12 de mayo de 2014.

Estados se comprometieron a respaldar la elevación del límite de edad en dieciocho años⁴⁴.

2º) No establece una obligación absoluta.

Al igual que ocurría en el Protocolo I, la obligación se sitúa en el marco de las de comportamiento, no en el de las obligaciones de resultado. Los Estados tienen que tomar <<todas las medidas posibles>> para tratar de evitar que los niños menores de quince años participen en las hostilidades, contando para ello con un gran margen de discrecionalidad⁴⁵.

3º) Sólo se refiere a la participación directa.

Tal y como ocurría con el art. 77.2 del Protocolo I, el art. 38.2 sólo hace referencia a la forma de participación <<directa>> en las hostilidades, dejando fuera de su radio de acción aquellas formas de participación indirecta⁴⁶.

Vistas las críticas, y teniendo en consideración el mayor grado de protección ofrecido por el art. 4.3 c) del Protocolo II, se entiende por qué al comienzo del análisis de la Convención de los Derechos del niño se apuntaba que el estándar de protección asumido era el más bajo y que, incluso, suponía un retroceso respecto del Derecho Internacional Humanitario existente.

Aún así, hay dos disposiciones de la propia Convención que invitan a un cierto optimismo. La primera, recogida en el apartado 1º del art. 38, establece una cláusula de reenvío por la cual en los casos dudosos, dado el carácter de *lex specialis* del Derecho Internacional Humanitario, el art. 4.3 c) del Protocolo II resultaría de aplicación al ofrecer una mayor protección para los intereses del menor⁴⁷. La segunda, contenida en el art. 41, establece una cláusula de salvaguarda⁴⁸ por la cual:

“nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que pueden estar recogidas en:

- a) El Derecho de un Estado Parte; o
- b) El Derecho Internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

El art. 38 de la Convención de los Derechos del Niño, a pesar de sus limitaciones y de quedar lejos de las expectativas inicialmente depositadas en él, trajo consigo un aspecto positivo que no hay que perder de vista. Según cualificadas opiniones desde el punto de vista del Derecho internacional, el art. 38 de la Convención constituye un elemento importante para la consolidación de su contenido como Derecho Internacional consuetudinario. En este sentido, HAPPOLD reconoce que “a finales de los setenta y principios de los ochenta las disposiciones del art. 77.2 del Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra se habían convertido en Derecho internacional consuetudinario”⁴⁹. Esto supone, como pone de manifiesto GÓMEZ ISA, “que la norma

⁴⁴Texto de la promesa hecha por: Canadá, Dinamarca, Finlandia, Guinea, Islandia, México, Mozambique, Noruega, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia y Uruguay. Disponible en: http://www.cicr.org/applic/P127e.nsf/va_PBA/3CE289B3BD8D7A23C1256ADA0048CA5C?openDocument§ion=PBA, consultado a 12 de mayo de 2014.

⁴⁵ GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, pp. 148 y 149.

⁴⁶ *Ibid.*, p.149.

⁴⁷ DUTLI, “Niños combatientes prisioneros”, *op. cit.*

⁴⁸ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, p. 228.

⁴⁹ HAPPOLD, “Child Soldiers in International Law: the legal regulation of children’s participation in hostilities”, *Netherland International Law Review*, 2000, p. 46.

que recomienda a los Estados la adopción de todas las medidas posibles para que los menores de quince años no participen directamente en un conflicto y que prohíbe su reclutamiento en las fuerzas armadas se habría convertido en una costumbre internacional vinculante para todos los Estados de la comunidad internacional, independientemente de si han ratificado o no la Convención sobre los Derechos del Niño. Por tanto, se marca un límite que, en ningún caso, los Estados deben franquear”⁵⁰.

4.5. La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.

En el ámbito africano, la antigua Organización para la Unidad Africana (OUA), actual Unión Africana (UA), adoptó en 1990 la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño. El artículo 2 de esta Carta determina que:

“A los efectos de la presente Carta, se entenderá por niño todo ser humano menor de dieciocho años”.

Posteriormente, el párrafo 2º del artículo 22 regula la cuestión de la participación de los niños en los conflictos armados, al disponer que:

“Los Estados Parte en la presente Carta adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que ningún niño tome parte directamente en las hostilidades y, en especial, se abstendrán de reclutar a algún niño”.

Este artículo supone un importante avance respecto de las disposiciones analizadas anteriormente. La Carta es el primer instrumento jurídico internacional que se refiere a los dieciocho años como la edad mínima para la participación y el reclutamiento de los niños, aunque su alcance sea regional. Además, a diferencia del Protocolo I Adicional a las convenciones de Ginebra y de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta encomienda a los Estados la realización de <<todas las medidas necesarias>> para garantizar que los niños no participan directamente en las hostilidades, alejándose así de la expresión menos afortunada <<todas las medidas posibles>>, y restringiendo el margen de maniobra de los Estados a la hora de fijar medidas al respecto⁵¹.

El único aspecto en el que la Carta no supone evolución alguna es en el tipo de participación, ya que sigue haciendo referencia a la participación <<directa>> en las hostilidades, y deja la puerta abierta a la participación indirecta de los niños en los conflictos armados⁵².

4.6. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La adopción el 18 de julio de 1998 del Estatuto de la Corte Penal Internacional constituye un importante paso adelante en la protección internacional de los derechos humanos, incluidos los derechos del niño. En el Estatuto se crea la Corte Penal internacional, un tribunal permanente con facultad para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves para la comunidad internacional, como son los de genocidio, guerra o lesa humanidad⁵³.

El Estatuto, en su artículo 8.2 b) xxvi), tipifica como crimen de guerra dentro del marco de los conflictos armados internacionales:

⁵⁰ GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.150.

⁵¹ *Ibid.*, p.151.

⁵² *Ibid.*

⁵³ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, p. 229.

“Reclutar o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.

Respecto de los conflictos armados no internacionales, el artículo 8.2 e) vii) del Estatuto tipifica como crimen de guerra:

“Reclutar o alistar niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.

Parece claro que las palabras <<reclutar>> y <<alistar>> se refieren tanto a la incorporación forzosa como a la voluntaria en las fuerzas o grupos armados. En cuanto al término <<utilizar>>, éste podría implicar ambos tipos de participación, aunque la expresión no es muy esclarecedora al respecto⁵⁴.

Estos artículos vienen a refirmar, una vez más, los estándares existentes en cuanto a la participación de los niños en los conflictos armados, por lo que no pueden considerarse innovadores⁵⁵, sin embargo resulta extremadamente importante que un tratado internacional de la importancia del Estatuto de la Corte Penal Internacional contenga una disposición relativa a esta cuestión pues, en palabras de SAN MARTÍN, puede considerarse “un paso importante para asegurar la aplicación de las normas existentes”⁵⁶.

Gracias a esta previsión del Estatuto, la Corte Penal internacional ha podido imputar como crímenes de guerra el reclutamiento forzoso de menores de quince años y su utilización en el marco de los conflictos armados en Uganda⁵⁷ y la República Democrática del Congo⁵⁸.

4.7. Convenio núm.182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la inmediata acción para su eliminación.

En 1999, con la adopción del Convenio núm.182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la inmediata acción para su eliminación, la participación de los niños en los conflictos armados pasa a ser considerada como una forma de explotación infantil. Hasta ese momento, la utilización de niños en actividades militares no se consideraba una forma de trabajo, pese a estar prohibida la utilización de menores de dieciocho años en trabajos que supusieran un peligro para su salud, seguridad o moral por el Convenio núm. 138 de la OIT sobre edad mínima de admisión al empleo⁵⁹.

Existen razones de peso para contemplar la utilización de niños soldado como una forma de explotación infantil, puesto que servir como soldados conlleva un trabajo duro y penoso, es una actividad que pone en peligro su salud y seguridad, el trato a los niños suele ser abusivo tanto mental como físicamente y; en muchas ocasiones, sobre todo las niñas, se ven obligadas a proporcionar servicios sexuales a sus superiores.⁶⁰ Además,

⁵⁴ HERNÁNDEZ PRADAS “La protección especial del Niño”, en RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coord.), *El Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, 2002, p.377

⁵⁵ GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.152.

⁵⁶ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, p. 229

⁵⁷ The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, (ICC-02/04-01/05)

⁵⁸ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, (ICC-01/04-01/06)

⁵⁹ SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, p. 230.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 230 y 231.

para la COALITION TO STOPS THE USE OF CHILD SOLDIERS, “el uso de niños como soldados debería ser considerado como trabajo infantil ilegal (...) si tenemos en cuenta que son básicamente las mismas categorías de niños los que son utilizados como niños soldado en tiempos de guerra y los que acaban en formas explotadoras de trabajo en tiempos de paz: niños separados de sus familias o con entornos familiares rotos, niños desprovistos económica y socialmente, otros grupos marginales como niños de la calle, ciertas minorías, etc.”⁶¹.

Estas razones hicieron que la OIT cambiase de rumbo cuando adoptó la Convención núm.182. De acuerdo con su artículo 2:

“A los efectos del presente Convenio, el término «niño» designa a toda persona menor de 18 años”.

A continuación, el apartado a) del artículo 3 incorpora entre las peores formas de trabajo infantil:

“todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”.

Con esta iniciativa de la OIT se establece por primera vez en un instrumento internacional general, de carácter convencional, los dieciocho años como edad mínima para el reclutamiento forzoso. No obstante, esta disposición cuenta con un alcance limitado, puesto que sólo prohíbe el reclutamiento forzoso⁶². La razón de que el alcance sea nuevamente limitado reside en la firme posición que durante las negociaciones sostuvo Estados Unidos, frente a los sindicatos, el grupo africano, la mayoría de los países latinoamericanos y los representantes gubernamentales de Canadá, Noruega, Dinamarca y Francia que sí apoyaban una prohibición más dura⁶³.

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

En 1994, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta para la elaboración con carácter prioritario de un proyecto de Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (OP-CRC-AC).⁶⁴ El Grupo de Trabajo tomó como punto de partida para sus discusiones el proyecto preliminar de Protocolo Facultativo elaborado por el Comité de los Derechos del Niño en 1993 en su tercer periodo de sesiones⁶⁵.

El 21 de enero de 2000, después de seis intensos periodos de sesiones⁶⁶ en los que resultó difícil alcanzar acuerdos y compromisos debido a la disparidad de intereses de las delegaciones partícipes en el proceso de negociación, el Grupo de Trabajo aprobó

⁶¹ COALITION TO STOP THE USE OF CHILD SOLDIERS, “Child Soldiers: a Child Labor Issue”, Ginebra, 1999, p.1

⁶² GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.153.

⁶³ MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado...”, *op. cit.*, pp. 231 y 232.

⁶⁴ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1994/91, párr. 13.

⁶⁵ Anexo VII del Informe del Comité de los Derechos del Niño sobre el tercer periodo de sesiones (CRC/C/16, anexo VII).

⁶⁶ El primer periodo de sesiones tuvo lugar entre el 31 de octubre y el 11 de noviembre de 1994 y el último del 10 al 21 de enero de 2000.

por consenso el proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño⁶⁷. El 25 de mayo de 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de su resolución 54/263 adoptó este Protocolo Facultativo.

El Protocolo entró en vigor el 12 de febrero de 2002 y a día de hoy⁶⁸ ha sido ratificado por 155 Estados.

A continuación se analizan las principales cuestiones que fueron examinadas por el Grupo de Trabajo, prestando especial atención a los aspectos más conflictivos durante las negociaciones y las soluciones a las que llega Protocolo.

4.8.1. Edad mínima de participación en los conflictos armados.

El principal objetivo del Protocolo Facultativo era elevar la edad mínima de participación en las hostilidades a los dieciocho años. Cuestión que resultó, sin lugar a dudas, la más controvertida.

El argumento que sustentaba la elevación era el interés superior del niño. No tenía mucho sentido que el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño mencionara expresamente que “en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración” y al mismo tiempo, en su art. 38, a la hora de regular la situación de los niños inmersos en conflictos armados, limitase la protección que la Convención venía en general reconociendo para los menores de 18 años, respecto a los niños de edades comprendidas entre los 15 y 18 años. El propio Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones sometidas al Grupo de Trabajo en su primer periodo de sesiones, consideró que:

“La convención define como niños a todos los seres humanos de menos de 18 años de edad. La participación de niños menores de 18 años en actividades militares parece estar en contradicción con los principios básicos de la Convención: el interés superior del niño (art.3) y el derecho a la vida y a la supervivencia del niño (art.6)”⁶⁹.

Además, algunas de las opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo venían a insistir en la necesidad de que el principio del interés superior del niño fuese una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños⁷⁰.

Durante las negociaciones, los límites de edad propuestos para la prohibición de la participación en las hostilidades han oscilado entre los 17 y los 18 años de edad.

Por un lado, como partidarias del límite de 17 años se encontraban las delegaciones de Estados Unidos, Corea del Sur y Kuwait⁷¹. Por otro lado, el resto de delegaciones gubernamentales⁷², el Comité para los Derechos del Niño⁷³, la mayor parte de ONGs y

⁶⁷ Informe sobre el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, E/CN.4/2000/74, de 27 de marzo de 2000, p.19.

⁶⁸ A 20 de mayo de 2014, el OP-CRC-AC ha sido ratificado por 155 países. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en

⁶⁹ Observaciones sobre el anteproyecto de protocolo facultativo, E/CN.4/1994/WG.13/2, p.3.

⁷⁰ Informe del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, E/CN.4/1995/96, de 10 de febrero de 1995, p.5

⁷¹ Informe sobre el cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, E/CN.4/1998/102, de 23 de marzo de 1998, p. 21, párr.69.

⁷² *Ibid.*

Agencias de Naciones Unidas⁷⁴ (ACNUR, UNICEF, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Representante Especial de Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados), apoyaban la variante de los 18 años.

Finalmente, en el sexto y último periodo de sesiones se logró un consenso respecto a esta cuestión. El art. 1 del Protocolo Facultativo establece que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de dieciocho años participe directamente en hostilidades”.

Como puede comprobarse, se eleva claramente la edad mínima de reclutamiento y participación de los quince años que figura en la Convención de los Derechos del Niño hasta los dieciocho años. Ahora bien, no se trata de un único límite de edad aplicable de manera general para cualquier forma de reclutamiento y participación, ya que para tratar de conciliar posturas contrapuestas sobre este punto, el Protocolo Facultativo establece, como se verá más adelante, un límite diferente en relación con el alistamiento voluntario. Además, tampoco puede perderse de vista que, una vez más, la obligación establecida no es absoluta, pues tan sólo conmina a la adopción de <<todas las medidas posibles>> para tratar de evitar la participación de menores de dieciocho años. De nuevo, el principio de humanidad se ve replegado frente al de necesidad militar, razón por la cual fue posible que se sumaran al consenso delegaciones como la de Estados Unidos⁷⁵ o Reino Unido⁷⁶.

4.8.2. *Calificación de la participación en las hostilidades.*

En las negociaciones del Grupo de Trabajo fue también objeto de discusión la determinación del tipo de participación de los niños en los conflictos armados se quería evitar, si la directa o cualquier tipo de participación.

El proyecto preliminar de protocolo propuesto por el Comité de los Derechos del Niño sólo hacía referencia a la participación <<directa>> en las hostilidades. Sin embargo, numerosas delegaciones propusieron a lo largo de las negociaciones la supresión de dicha referencia⁷⁷. Los que estaban a favor de una prohibición amplia “por experiencia práctica sabían que era muy difícil separar estas dos formas de participación; además, lo que inicialmente podría exigir una participación sólo indirecta, más tarde podía convertirse, intencionalmente o por necesidad, en

⁷³ Informe sobre su segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, E/CN.4/1996/102, de 21 de marzo de 1996, p.9, párr. 39.

⁷⁴ Informe sobre el sexto período de sesiones..., *op.cit.*, p.9, párr. 32

⁷⁵ Informe sobre el sexto período de sesiones..., *op.cit.*, p.26, párr. 131

⁷⁶ Reino Unido, en el momento de ratificar el Protocolo Facultativo, realiza la siguiente declaración:

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

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

⁷⁷ Véanse, por ejemplo, las intervenciones de Suiza, Portugal, Alemania, Noruega, Costa Rica, Colombia, Venezuela y Finlandia en el Informe sobre el cuarto período de sesiones... *op.cit.*, p. 11, párr.41 a); p. 13, párr.44; p. 15, párr.48; p.16, párr.52; p.16, párr.54; p.17, párr.57; p.18, párr.59; p.19, párr.61.

participación directa”⁷⁸. Por ejemplo, la conversión de un niño partícipe indirecto en directo por cuestiones de necesidad puede darse fácilmente en el caso de que el niño tenga que defenderse contra un ataque enemigo, pues como bien apunta el CICR “un niño que participa de forma indirecta es difícilmente disociable del resto de las fuerzas o grupos armados (...), no está protegido contra un ataque enemigo y corre los mismos riesgos que otro niño (o adulto) que participa directamente en las hostilidades”⁷⁹. Por ello, resulta razonable que estas delegaciones considerasen que un partícipe indirecto en un conflicto armado era un potencial partícipe indirecto. No obstante, delegaciones como las de Nigeria, Irak, Estados Unidos, Cuba, Reino Unido, Pakistán, China o Japón, obviando los argumentos basados en la práctica, se oponían totalmente a la prohibición de la participación indirecta⁸⁰, “sostenían que el texto del protocolo debía ajustarse a la terminología empleada en la Convención sobre los derechos del niño, en particular su artículo 38, que se refería a la participación directa”⁸¹.

Durante el sexto periodo de sesiones del Grupo de Trabajo no pudo avanzarse excesivamente sobre este aspecto⁸², por lo que en el texto final del art. 1 del Protocolo facultativo al concretar la prohibición a la participación <<directa>>, permite que los niños que sean reclutados por las fuerzas armadas de un Estado puedan participar de manera indirecta en las hostilidades, esto es, como cargadores, espías, mensajeros, etc. No hay lugar a dudas que este es uno de los aspectos del Protocolo facultativo que resulta bastante criticable por los consiguientes riesgos y consecuencias que de la participación indirecta se derivan para los niños⁸³.

4.8.3. *El reclutamiento forzoso y voluntario en las fuerzas armadas.*

Otro factor que obstaculizó las negociaciones en el seno del Grupo de Trabajo fue el referente a la posibilidad de reclutamiento en las fuerzas armadas por debajo de los dieciocho años.

Respecto del reclutamiento forzoso, puede afirmarse que prácticamente existía acuerdo en torno al establecimiento de los dieciocho años como la edad mínima⁸⁴. En este sentido, el art. 2 del Protocolo Facultativo estipula que:

“Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de dieciocho años”.

Mucho más polémica fue la cuestión del reclutamiento voluntario. Eran varios los países que defendían la posibilidad del alistamiento voluntario de jóvenes menores de dieciocho años en las fuerzas armadas por diversos motivos, como la formación profesional o la mitigación del desempleo juvenil. Sin embargo, otras delegaciones y el Comité de los Derechos del Niño, se oponían firmemente al reclutamiento voluntario de

⁷⁸ Informe sobre su segundo período de sesiones... *op. cit.*, pp.6-7, párr. 28.

⁷⁹ CICR, “Argumentación sobre el Protocolo Facultativo ...”, *op.cit.*, párr.32.

⁸⁰ Informe sobre el tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, E/CN.4/1997/96, de 13 de marzo de 1997, p. 16, párr.79.

⁸¹ Informe sobre su segundo período de sesiones... *op. cit.*, p. 6, párr. 27

⁸² Informe sobre el sexto período de sesiones..., *op.cit.*, pp. 14-15, párr. 57-59.

⁸³ HERNÁNDEZ PRADAS, “El niño en los conflictos armados...”, *op.cit.*, p.406; GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.160.

⁸⁴ A pesar de que el art. 2 del Protocolo se había aprobado *ad referendum* durante la sexta sesión del Grupo de Trabajo de 12 de enero de 2000, la representación de Cuba propuso un nuevo texto el 21 de enero de 2000 con el que pretendía rebajar la edad mínima de reclutamiento forzoso a diecisiete años. Informe sobre el sexto periodo de sesiones..., *op.cit.*, p.14, párr.54-55.

menores de dieciocho años. Las posturas sobre este punto giraban en torno al establecimiento de la edad límite para el reclutamiento voluntario en:

- a. Dieciséis años⁸⁵.
- b. Diecisiete años⁸⁶.
- c. Dieciocho años⁸⁷.

Vista la dificultad de alcanzar un consenso, Estados Unidos⁸⁸, propuso una especie de cláusula *opt-in*. De acuerdo con esta cláusula cuando un Estado ratificase el Protocolo (que recomienda la elevación de la edad mínima para el reclutamiento voluntario por encima de los quince años establecidos en la Convención de los Derechos del Niño), debería depositar una declaración vinculante señalando la edad mínima a partir de la cual permite el reclutamiento voluntario y las medidas de salvaguardia adoptadas para asegurarse de que el reclutamiento es genuinamente voluntario⁸⁹.

Finalmente, la solución propuesta por Estados Unidos es la que consagra el art. 3 del Protocolo Facultativo. El apdo. 1º del art. 3 establece como principio que hay que tratar de elevar la edad mínima de reclutamiento voluntario,

“Los Estados Partes elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de dieciocho años tienen derecho a una protección especial”.

En el apdo. 2º del art. 3 es donde se incorpora la cláusula *opt-in*, por la cual:

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

⁸⁵ Los partidarios de esta variante eran: los representantes de: Reino Unido y Pakistán y; el observador de: la República Islámica del Irán. Véase el Informe sobre el cuarto período de sesiones...*op.cit.*, p. 21, párr.73 a).

⁸⁶ Los partidarios de esta variante eran: los representantes de Alemania, Austria, el Brasil, el Canadá, China, Cuba, los Estados Unidos de América, Francia, Italia, la República de Corea y Sudáfrica y; los observadores de: Australia, los Países Bajos, Noruega y Nueva Zelanda. Véase el Informe sobre el cuarto período de sesiones...*op.cit.*, p. 22, párr.73 b).

⁸⁷ Los partidarios de esta variante eran: los representantes de: Chile, Dinamarca, El Salvador, la Federación de Rusia, Guatemala, Italia, el Japón, Marruecos, Polonia, la República Checa, Sri Lanka, el Uruguay, Venezuela y; los observadores de: Colombia, Costa Rica, Egipto, Eslovaquia, Etiopía, Finlandia, la República Árabe Siria, la Santa Sede, Suecia y Suiza. También sostenían esa posición los observadores del ACNUR, el UNICEF, el CICR, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el Comité Consultivo Mundial de la Sociedad de los Amigos, la Comunidad Mundial de Vida Cristiana, la Federación Internacional Terre des Hommes, Human Rights Watch, Amnistía Internacional, Save the Children Alliance y New Humanity. Véase el Informe sobre el cuarto período de sesiones...*op.cit.*, p. 22, párr.73 c).

⁸⁸ En Estados Unidos los jóvenes de 17 años pueden alistarse como voluntarios, con autorización de los padres, para ingresar en las fuerzas armadas nacionales y participar en ellas una vez han recibido el debido adiestramiento.

⁸⁹ Comentarios acerca del Informe del Grupo de Trabajo, E/CN.4/2000/WG.13/2/Add.1, de 8 de diciembre de 1999, p. 4, párr. 13 y p.8, arts. 2-3.

El apdo. 3º del mismo artículo prevé una serie de garantías para asegurar que el reclutamiento sea realmente voluntario, al determinar que:

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

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

Para HERNÁNDEZ PRADAS, a la vista de las garantías, cabe dudar de la discrecionalidad de las decisiones adoptadas a este respecto. En relación a la primera garantía, es ingenuo pensar que puede haber certeza de la autenticidad de una decisión tomada por una persona menor de dieciocho años, que por sus circunstancias y su edad puede ser manipulable e inducida a tomar decisiones contrarias incluso a sus propios intereses. La situación económica y las presiones políticas, sociales, culturales o familiares, pueden estar detrás de una decisión de esta naturaleza y entrar en colisión con el principio de interés superior del niño. En lo que respecta a la segunda garantía, al igual que con la primera, cabe señalar que las circunstancias de extrema pobreza o las presiones de diferente índole, pueden inducir a los propios padres a contemplar el servicio militar como la única o la mejor alternativa para sus hijos. En cuanto a la tercera garantía, la realidad ha demostrado que, con frecuencia, los niños reclutados son utilizados en operaciones militares de alto riesgo, o son víctimas de abusos por parte de los adultos, lo cual pone de manifiesto que tales actos no están dentro de las obligaciones propias del servicio militar ni son conocidos con anterioridad por los niños que se alistan voluntariamente. Finalmente, en relación a la cuarta garantía, aunque sería posible en muchos países, no lo sería en otros, que son precisamente los más afectados por el problema que aquí se trata, ya que en ellos la inscripción de los niños después de su nacimiento no se lleva a cabo adecuadamente o ni siquiera se realiza. Esto hace imposible determinar la edad de los niños y provoca fácilmente el alistamiento de los mismos por debajo de la edad requerida⁹⁰.

Para la autora citada, “en el texto finalmente adoptado por el Grupo de Trabajo es éste quizá el punto más débil del nuevo Protocolo, ya que abre la puerta posibles decisiones arbitrarias y subjetivas, por mucho que se hayan previsto ciertas medidas de control para garantizar que el reclutamiento sea realmente voluntario (...). El Protocolo rompe aquí la unidad de criterio en relación con el límite de edad establecido en los dieciocho años para el reclutamiento y la participación de los niños en los conflictos armados, dejando abierta la posibilidad de que sean reclutados niños menores de dicha edad con arreglo a una normativa interna perfectamente acorde con la letra del Protocolo”⁹¹. En esta misma línea, el Representante Especial del Secretario General OTUNNU, en un intento de responder a la gran flexibilidad de esta disposición, ha instado a los Estados a que “al ratificar el protocolo depositen una declaración

⁹⁰ HERNÁNDEZ PRADAS, “El niño en los conflictos armados...”, *op. cit.*, pp. 411-412.

⁹¹ *Ibid.*, p.410

vinculante, de conformidad con su artículo 3, en la que se establezca la edad mínima en 18 años para el reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas nacionales”⁹².

4.8.4. La participación de los niños en los grupos armados no gubernamentales.

El proyecto preliminar del Comité de los Derechos del Niño no contenía previsión alguna sobre esta cuestión. No obstante, durante las negociaciones en el Grupo de Trabajo se puso de manifiesto que en los últimos años se venía apreciando un cambio en la naturaleza de los conflictos armados, pues la mayoría eran conflictos de carácter interno que enfrentan a las fuerzas armadas de un Estado con grupos rebeldes⁹³. Esta situación propiciaba que la participación de los niños en los conflictos armados se produjese no sólo por formar parte de las fuerzas armadas regulares, sino también a consecuencia de su vinculación con grupos armados no gubernamentales.

Desde el primer periodo de sesiones del Grupo de Trabajo se propuso la adopción de un nuevo artículo en el que se contemplase esta nueva realidad⁹⁴. El sentimiento general era que los Estados Partes debían tener la obligación de tomar todas las medidas posibles para que los grupos armados que se hallasen en su territorio efectivamente cumpliesen lo dispuesto en el Protocolo⁹⁵. Otras delegaciones, en cambio, preferían referirse únicamente a “la responsabilidad de los Estados como sujetos de derecho internacional”, sostenían que los Estados no estarían en condiciones de garantizar que los grupos armados no gubernamentales observasen el Protocolo y que la mención de esos grupos en el Protocolo les podría conferir condición jurídica y ambiciones internacionales⁹⁶. En opinión del CICR, ese temor de que la mención de los grupos armados no gubernamentales en un documento internacional supusiera el reconocimiento de un estatuto jurídico estaba mal fundado⁹⁷.

Una opinión de especial trascendencia sobre esta cuestión fue la de la experta MACHEL⁹⁸, quien durante el tercer periodo de sesiones, alentó al Grupo de Trabajo a que al redactar el protocolo facultativo, adoptase un enfoque realista en relación con los grupos armados no gubernamentales teniendo en cuenta que la gran mayoría de los actuales conflictos armados eran internos. A este respecto insistió en que la difícil situación de todos los niños afectados por los conflictos armados era competencia de los

⁹² Informe de la visita a Colombia del Representante Especial del Secretario General sobre la repercusión de los conflictos armados en los niños, E/CN.4/2000/71, de 9 de febrero de 2000, párr.16.

⁹³ Durante el tercer periodo de sesiones el CICR puso de manifiesto que en ese momento en 28 casos de conflictos armados, grupos no gubernamentales estaban utilizando profusamente en las hostilidades a menores de 18 años, tanto directa como indirectamente. Véase Informe sobre el tercer período de sesiones... *op cit.*, p. 10, párr.45.

⁹⁴ Informe del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, E/CN.4/1995/96, de 10 de febrero de 1995, p. 6, párr.24.

⁹⁵ Informe sobre su segundo periodo de sesiones... *op.cit.*, pp.7-8, párr. 32.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Para el CICR, la aplicación de las disposiciones de Derecho Internacional Humanitario no surte efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto y no todas las parte en conflicto son sujetos de derecho internacional. Al respecto, véase CICR, “Argumentación sobre el Protocolo Facultativo ...”, *op.cit.*, párr.49 y 51.

⁹⁸ Experta del Secretario General de Naciones Unidas nombrada el 8 de junio de 1994 de conformidad con la resolución 48/157 de la Asamblea General para que realizara un estudio sobre las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños.

gobiernos, tanto si habían sido reclutados por las fuerzas armadas de los Estados como por grupos armados no gubernamentales⁹⁹.

Finalmente, superadas las reticencias iniciales de algunos Estados ante esta cuestión, el art. 4 del Protocolo Facultativo establece que:

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

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.

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

El apartado 1º de este artículo contiene una afirmación de lo que “no debe suceder”, que como mucho puede traducirse en una obligación de carácter moral más que una obligación jurídica¹⁰⁰. Esto es así porque los grupos armados distintos a las fuerzas armadas a quienes este deber se dirige son entidades no estatales, que al crecer de subjetividad internacional no pueden asumir una obligación jurídica derivada de un tratado internacional en cuya celebración no participan. Aún así, esta disposición es importante en cuanto que deja claro que el ámbito de aplicación material del Protocolo Facultativo abarca tanto los conflictos armados de carácter internacional como los internos¹⁰¹.

El régimen contenido en el apartado 2º del art. 4 para los grupos armados no gubernamentales, es mucho más severo que el relativo a las fuerzas armadas de los Estados del arts.1, 2 y 3, por los siguientes motivos: en primer lugar, la prohibición de reclutar y utilizar menores de dieciocho años por grupos distintos de las fuerzas armadas es absoluta, ya que se añade la obligación para los Estados de adoptar <<todas las medidas necesarias>> para prohibir y penalizar tales prácticas; en segundo lugar, incluye todo tipo de participación, tanto directa como indirecta y; en tercer y último lugar, prohíbe antes de los dieciocho años todo tipo de reclutamiento, tanto forzoso como voluntario¹⁰².

El apartado 3º del art.4 incluye una salvaguardia sobre la condición jurídica de los grupos armados de oposición. Esta previsión fue la que permitió que fuesen vencidas las reticencias de aquellos Estados que no eran partidarios de mencionar a los grupos armados no gubernamentales en un tratado internacional¹⁰³.

Como puede apreciarse, el Protocolo Facultativo a la hora de regular sobre esta materia ha creado un doble estándar, uno más flexible para el reclutamiento y utilización de menores por las fuerzas armadas y otro más rígido, para los grupos armados de oposición. Este doble estándar ha sido criticado por el CICR, para el cual “las obligaciones que se desprenden del Protocolo Facultativo han de ser las mismas para todas las partes en el conflicto. Así pues, no se debería estipular obligaciones más estrictas para los grupos armados que para las fuerzas armadas. En efecto, existe una regla del derecho internacional humanitario que consiste en considerar a las partes en el conflicto en pie de igualdad. Esta igualdad entre las partes debe respetarse, incluso si no

⁹⁹ Informe sobre el tercer período de sesiones..., *op.cit.*, p. 10, párr. 50.

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ PRADAS, “El niño en los conflictos armados...”, *op. cit.*, p. 414.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, pp.165-166.

¹⁰³ *Ibid.*

hay reciprocidad en la aplicación del derecho internacional humanitario”¹⁰⁴. Lo cierto es, como señala Gómez Isa, que “la existencia de este doble estándar va a condicionar la aplicación de esta disposición a los grupos armados de oposición, que difícilmente se van a sentir vinculados por una norma que les impone un régimen de reclutamiento participación de menores mucho más estricto que el establecido para las fuerzas armadas gubernamentales”¹⁰⁵.

4.8.5. *Las reservas al Protocolo Facultativo.*

Por su carácter de facultativo, muchas delegaciones eran partidarias de prohibir de forma expresa en el propio texto del Protocolo la posibilidad de efectuar reservas al mismo. Otras, sin embargo, no podían aceptar tal prohibición absoluta hacia las reservas, sino sólo aquellas que fuesen incompatibles con el objeto y fin del Protocolo. En el tercer periodo de sesiones del Grupo de Trabajo se barajaban tres variantes¹⁰⁶, que venían a decir lo siguiente:

- a) "No se podrán hacer reservas al presente Protocolo."
- b) "No se podrán hacer reservas a los artículos ... y ... del presente Protocolo."
- c) "No se permitirá ninguna reserva incompatible con el objeto y el fin del presente Protocolo."

Durante el sexto periodo de sesiones, la Presidenta-Relatora, en vista de la debilidad del texto del Protocolo, propuso la incorporación de un artículo en el que se prohibiesen las reservas. Esta propuesta se encontró con la cerrada oposición de delegaciones para las que un artículo con tal previsión resultaba contrario a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁷. Llegados a este punto, la Presidenta propuso la supresión de ese artículo, que no figura en la versión final del Protocolo Facultativo¹⁰⁸. Este hecho ha sido criticado por algunos Estados, por concebir que contribuye a debilitar aún más el texto del Protocolo y diluir las obligaciones asumidas por los Estados¹⁰⁹.

4.8.6. *La posibilidad de un procedimiento de investigación.*

Durante el primer periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, la delegación de Polonia propuso un artículo estableciendo un procedimiento de investigación de oficio por parte del Comité de los Derechos del niño cuando existieran indicios de que en un Estado Parte se llevan a cabo prácticas contrarias a las disposiciones del Protocolo. En virtud de ese artículo, se facultaba al Comité para solicitar observaciones a los Estados sobre tales prácticas e, incluso, emprender una investigación confidencial en la que, con el consentimiento del Estado afectado, se podría visitar su territorio¹¹⁰.

A lo largo del cuarto periodo de sesiones, algunos Estados se mostraron partidarios de suprimir este artículo, argumentando que va iba más allá del propósito del Protocolo

¹⁰⁴ CICR, “Argumentación sobre el Protocolo Facultativo ...”, *op.cit.*, párr.46.

¹⁰⁵ GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.166.

¹⁰⁶ Informe sobre el tercer periodo de sesiones..., *op.cit.*, pp. 22-23, párr. 119-127. Informe sobre el cuarto período de sesiones..., *op.cit.*, p. 23, párr. 78-83.

¹⁰⁷ Informe sobre el sexto período de sesiones..., *op.cit.*, p. 17, párr. 77..

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr.79.

¹⁰⁹ En este sentido se encuentran las opiniones expresadas por delegaciones como las de Italia o Etiopía. Véase al respecto: Informe sobre el sexto período de sesiones..., *op.cit.*, p. 24, párr. 116; p. 27, párr. 137.

¹¹⁰ El texto completo de la propuesta se encuentra en el Informe del Grupo de Trabajo ...*op.cit.*, pp.31-32, párr. 189.

y era innecesario¹¹¹. En cambio, otros Estados, ante la falta de aplicación de las normas en aquel momento, abogaban por mantener este artículo, que consideraban necesario¹¹².

Finalmente, y pese a que en el último periodo de sesiones las delegaciones de Canadá y Noruega volvieron a realizar una propuesta en este sentido¹¹³, en la versión definitiva del Protocolo Facultativo no se cuenta con este procedimiento de investigación del Comité de los Derechos del Niño.

4.8.7. *La aplicación del Protocolo Facultativo.*

Para la aplicación del Protocolo Facultativo, dada la magnitud y complejidad del fenómeno de los niños soldados, son necesarias medidas tanto nacionales como internacionales. Por tanto, ante la evidente necesidad de tales medidas, las discusiones en el seno del Grupo de Trabajo sobre este punto no fueron tan intensas¹¹⁴.

Las medidas de aplicación aparecen consagradas en los artículos 6 y 7 del Protocolo. Entre las medidas contempladas, cabe mencionar: la adopción de medidas legales, administrativas o de otra índole (art.6.1); la difusión y promoción de lo dispuesto en el Protocolo (art. 6.2); y la desmovilización, rehabilitación e integración social (art. 6.3). Ciertamente, se trata de un abanico bastante completo de medidas a adoptar para poner fin al reclutamiento y la participación de los niños en las hostilidades desde los diferentes ángulos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de abordar este problema¹¹⁵. Además, para poner en práctica estas medidas el Protocolo hace en su artículo 7 un llamamiento a la cooperación internacional y crea un “fondo voluntario”.

4.8.8. *El mecanismo de supervisión de las disposiciones del Protocolo: papel del Comité de los Derechos del Niño.*

El texto finalmente adoptado en el Protocolo adolece en este punto la misma debilidad que la propia Convención de los Derechos del Niño, ya que el sistema de supervisión previsto en su artículo 8 es prácticamente el mismo: la presentación de informes periódicos al Comité de los Derechos del Niño sobre los progresos y las dificultades en la aplicación de las disposiciones del Protocolo¹¹⁶. Concretamente los apartados 1 y 2 del artículo 8 establecen que:

“1. A más tardar dos años después de la entrada en vigor del presente Protocolo respecto de un Estado Parte, éste presentará al Comité de los Derechos del Niño un informe que contenga una exposición general de las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento a las disposiciones del Protocolo, incluidas las medidas adoptadas con objeto de aplicar las disposiciones relativas a la participación y el reclutamiento.

2. Después de la presentación del informe general, cada Estado Parte incluirá en los informes que presente al Comité de los Derechos del Niño de conformidad con el artículo 44 de la Convención información adicional sobre la aplicación del presente

¹¹¹ En este grupo se encontraban: Los representantes de: China, Cuba y el Perú y; el observador de: la República Árabe Siria. Véase el Informe sobre el cuarto período de sesiones..., *op.cit.*, p. 23, párr. 85

¹¹² En este grupo se encontraban: Los representantes de Alemania, Colombia, El Salvador, la Federación de Rusia, Guatemala, Italia, Polonia, la República Checa, Sri Lanka y el Uruguay y; los observadores de: Australia, Bélgica, Costa Rica, Eslovaquia, Finlandia, Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, Portugal y Rumania. Véase el Informe sobre el cuarto período de sesiones..., *op.cit.*, pp. 23-24, párr. 86.

¹¹³ Informe sobre el sexto período de sesiones..., *op.cit.*, pp. 11-12, párr. 41.

¹¹⁴ GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.168.

¹¹⁵ HERNÁNDEZ PRADAS, “El niño en los conflictos armados...”, *op. cit.*, p. 415.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 415-416.

Protocolo. Los demás Estados Partes en el Protocolo presentarán un informe cada cinco años”.

El inciso final del apartado 2 del artículo, contiene una previsión pensada para el caso de Estados que pese a no ser parte en la Convención sobre los Derechos del Niño hayan ratificado el Protocolo Facultativo¹¹⁷. En tal supuesto, esos Estados no están obligados a presentar informes periódicos, sino cada cinco años.

En cualquier caso, pese a los plazos fijados para la presentación de informes, el apartado 3 del artículo 8 contempla la posibilidad de que el Comité pida a los Estados información adicional.

“El Comité de los Derechos del Niño podrá pedir a los Estados Partes más información sobre la aplicación del presente Protocolo”.

4.8.9. La firma y ratificación del Protocolo Facultativo.

El debate sobre esta cuestión se produjo a raíz de la propuesta de la delegación de Estados Unidos, según la cual el Protocolo Facultativo debía estar abierto a la firma y ratificación de <<cualquier Estado>>, aunque no fuera parte de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹⁸.

A juicio de la delegación norteamericana no existía impedimento jurídico a su propuesta¹¹⁹. Igualmente, el Asesor Jurídico de Naciones Unidas confirmó que la preparación de un instrumento que quedara abierto a la adhesión de todos los Estados no era incompatible con el mandato del Grupo de Trabajo¹²⁰. Aún así, algunas delegaciones, aunque acabaron por aceptar la inclusión de la propuesta en el texto del Protocolo Facultativo, se mostraron reticentes.¹²¹

Finalmente, los apartados 1 y 2 (inciso 1º) del artículo 9 del Protocolo Facultativo, señalan que:

“1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todo Estado que sea Parte en la Convención o la haya firmado.

2. El presente Protocolo está sujeto a la ratificación y abierto a la adhesión de todos los Estados”.

Esta disposición del Protocolo permitió que Estados Unidos, que no es parte del Convención de los Derechos del Niño¹²², firmase y, posteriormente, ratificase el Protocolo Facultativo¹²³. Este hecho ha sido acogido favorablemente en la mayor parte

¹¹⁷ GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional ...”, *op. cit.*, p.169.

¹¹⁸ Comentarios acerca del Informe del Grupo de Trabajo...*op.cit.*, p. 9, art. 9.

¹¹⁹ Informe sobre el sexto período de sesiones..., *op.cit.*, pp. 18, párr. 81.

¹²⁰ *Ibid.*, p.18, párr. 82

¹²¹ Es el caso de Francia, Suecia o Bélgica, que además consideraron que “esta excepción no debía tomarse como precedente para ningún otro instrumento internacional, teniendo en cuenta el contexto tan específico de las negociaciones”. Véase el Informe sobre el sexto período de sesiones..., *op.cit.*, pp. 20-25, párr. 92, 96 y 123.

¹²² Estados Unidos firmó la Convención de los Derechos del Niño el 16 de febrero de 1995, pero aún no la ha ratificado. Véase el estado de las firmas y ratificaciones a la Convención de los Derechos del Niño, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, consultado a 25 de mayo de 2014.

¹²³ Estados Unidos firmó el Protocolo Facultativo el 5 de julio de 2000 y lo ratificó el 23 de diciembre de 2002. Véase el estado de las firmas y ratificaciones al Protocolo Facultativo, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en, consultado a 25 de mayo de 2014.

de las instancias que trabajan contra la participación de niños en conflictos armados, pues puede servir de ejemplo para un gran número de países¹²⁴.

4.9. Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

En 1994, la Asamblea General de Naciones Unidas, en virtud de su Resolución 48/157, solicitó a la experta MACHEL la elaboración de un estudio sobre el impacto de los conflictos armados en los niños. El “estudio Machel”, publicado en 1996, concluía con una llamada a la acción¹²⁵, reto que fue acogido en el seno de Naciones Unidas. Poco después de la publicación del estudio, el Secretario General creó la figura del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados.

El Representante Especial, el Secretario General y el Consejo de Seguridad, se han convertido en las piezas claves del entramado creado por Naciones Unidas para hacer frente, con resultados concretos, a las repercusiones sobre los niños que conllevan los conflictos.

En 1999, tres años después de la publicación del estudio Machel, el Consejo de Seguridad adopta la Resolución 1261, a través de la cual aborda por primera vez esta cuestión. Esta resolución supuso un paso histórico, ya que el Consejo de Seguridad condena firmemente las violaciones de los derechos de los niños durante los conflictos armados¹²⁶, insta a las partes en el conflicto a cumplir sus obligaciones en virtud del derecho internacional, en particular las dimanadas de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las aplicables en virtud de sus Protocolos Adicionales de 1977 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989¹²⁷, y finalmente insta a los Estados y al sistema de las Naciones Unidas a facilitar el desarme, la desmovilización, la rehabilitación y la reintegración de los niños utilizados como soldados en violación del derecho internacional¹²⁸. Al tratarse de un primer acercamiento, la resolución se asemeja a lo que sería una declaración de principios¹²⁹. Aún así, el Consejo, solicita al Secretario General que, en el plazo de un año, le haga entrega de un informe sobre la aplicación de la resolución¹³⁰, mostrando así su interés por seguir ocupándose de la cuestión.

En la Resolución 1314, del año 2000, el Consejo de Seguridad observa que “las violaciones sistemáticas, flagrantes y generalizadas del derecho internacional humanitario y el derecho internacional sobre los derechos humanos, incluido el relativo a los niños en situaciones de conflicto armado, pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales” y, al respecto, afirma “que está dispuesto a ocuparse de esas situaciones y, cuando sea necesario, adoptar las medidas pertinentes”¹³¹. El Consejo de Seguridad también se compromete a la búsqueda de soluciones, pues concibe que el fin del reclutamiento de menores depende de la presión que ejerza y las

¹²⁴ SHEPARD, “Child Soldiers: Is optional Protocol...*op.cit.*, p.63.

¹²⁵ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 51/306...*op.cit.* p.100, párr. 317.

¹²⁶ Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1261, de 25 de agosto de 1999, S/RES/1261(1999), p.1, párr. 2.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 2, párr.3

¹²⁸ *Ibid.*, p. 3, párr.15

¹²⁹ JEAN-MARC DE LA SABLIERE, “Security Council Engagement on the Protection of Children in Armed Conflict: progress achieved and the way forward”, 2012, p.5. Disponible en: http://childrenandarmedconflict.un.org/publications/Delasabliereport_en.pdf

¹³⁰ Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1261...*op.cit.*, p. 4, párr. 20.

¹³¹ Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1314, de 11 de agosto de 2000, S/RES/1314 (2000), párr. 9.

medidas que ponga en marcha¹³², por ello, en la resolución mencionada, se declara listo para adoptar las medidas pertinentes; desde entonces tal predisposición es reiterada con regularidad en sus resoluciones.

En 2001, con la Resolución 1379, el Consejo de Seguridad pide por primera vez al Secretario General que adjunte a su informe periódico sobre la materia “una lista de las partes en conflicto armado que recluten o utilicen niños en violación de las obligaciones internacionales que les sean aplicables, en situaciones que figuren en el programa del Consejo de Seguridad o que puedan ser señaladas a la atención del Consejo de Seguridad por el Secretario General, de conformidad con el Artículo 99 de la Carta de las Naciones Unidas, que a su juicio puedan amenazar al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”¹³³. La configuración de estas listas tiene su razón de ser en la previsión de basar en ellas las acciones sobre el terreno, en un momento en el cual aún estaba estudiándose el establecimiento de un mecanismo de supervisión y presentación de informes¹³⁴.

En 2003, a través de la Resolución 1460, el Consejo de Seguridad manifiesta su intención de “entablar un diálogo o, según proceda, apoyar al Secretario General para que entable un diálogo con las partes en conflictos armados que estén infringiendo las obligaciones internacionales que les sean aplicables en relación con el reclutamiento o la utilización de niños en conflictos armados con el fin de establecer planes de acción claros y con plazos precisos para poner término a esa práctica”. Además, pide a las partes enumeradas en la lista anexa al informe del Secretario General “que proporcionen a la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados (...) información sobre las medidas que hayan adoptado para poner fin al reclutamiento o la utilización de niños en conflictos armados en transgresión de sus obligaciones internacionales”¹³⁵.

Un año después, el Consejo de Seguridad, en su Resolución 1539, condena, junto al reclutamiento y utilización de niños soldado, otras cinco violaciones graves de los derechos del niño¹³⁶. Asimismo, observa que aunque se ha avanzado en la promoción y formulación de normas y principios para la protección de los niños afectados por los conflictos armados, “no sucede lo mismo sobre el terreno donde las partes en conflicto infringen con impunidad las disposiciones pertinentes del derecho internacional relativo a los derechos y la protección de los niños en los conflictos armados”¹³⁷. Por ello, el Consejo pide al Secretario General que prepare, “un plan de acción para un mecanismo sistemático y general de vigilancia y presentación de informes (...), con objeto de proporcionar información oportuna, objetiva, exacta y fidedigna sobre el reclutamiento y la utilización de niños soldados en contravención del derecho internacional aplicable (...), a fin de tenerla en cuenta en la adopción de las medidas que procedan”¹³⁸.

En 2005, el marco de la Resolución 1612, el Consejo de Seguridad establece un mecanismo sin precedentes de supervisión y presentación de informes sobre violaciones

¹³² JEAN-MARC DE LA SABLIERE, “Security Council Engagement...”, *op.cit.* p.6.

¹³³ Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1379, de 20 de noviembre de 2001, S/RES/1379 (2001), párr.16.

¹³⁴ JEAN-MARC DE LA SABLIERE, “Security Council Engagement...”, *op.cit.* p.7.

¹³⁵ Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1460, de 30 de enero de 2003, S/RES/1460 (2003), párr. 4 y 5.

¹³⁶ Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1539, de 22 de abril de 2004, S/RES/1539 (2004).

¹³⁷ *Ibid.*, p.1.

¹³⁸ *Ibid.*, párr. 2.

graves de los derechos de los niños en situaciones de conflicto armado¹³⁹. Igualmente, decide crear un Grupo de Trabajo¹⁴⁰ para que examine los informes del mecanismo creado, pase revista a la marcha de la preparación y ejecución de los planes de acción y haga recomendaciones al Consejo.

Entre 2009 y 2011, una vez es operativo el mecanismo de supervisión y presentación de informes, el Consejo de Seguridad, en sus Resoluciones 1882 y 1998, decide que es momento de ampliar su campo de actuación, es decir, no centrarse únicamente en las partes que reclutan y utilizan niños soldado, sino también en aquellas partes practiquen habitualmente actos para causar la muerte y la mutilación de niños, así como actos de violación y otros actos de violencia sexual contra los niños en situaciones de conflicto armado¹⁴¹ y aquellas otras que realicen ataques recurrentes contra escuelas u hospitales¹⁴².

En 2012, en su Resolución 2068, el Consejo de Seguridad, viene a reiterar las condenas y previsiones contempladas en sus anteriores resoluciones¹⁴³. Y, en 2014, la Resolución 2143, plantea como novedad el hecho de que el Consejo inste a los Estados Miembros interesados a que “incorporen la protección de los niños en las reformas del sector de la seguridad, por ejemplo, estableciendo unidades de protección del menor en las fuerzas de seguridad nacionales y mecanismos eficaces para determinar la edad a fin de prevenir el reclutamiento de menores”, y destaca al mismo tiempo a este respecto “la importancia de asegurar la inscripción universal de los nacimientos, incluso mediante la inscripción tardía”¹⁴⁴.

Analizadas las resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas hasta la fecha en materia de niños y conflictos armados, puede comprobarse que los principales instrumentos de los que se sirve Naciones Unidas para acabar con el reclutamiento y la participación de niños en los conflictos armados son:

1. el mecanismo de supervisión y presentación de informes¹⁴⁵;
2. los planes de acción; y
3. el Grupo de Trabajo.

5. EL ESTATUTO PERSONAL DEL NIÑO SOLDADO PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

Durante el transcurso de los conflictos armados los niños pueden resultar: víctimas, testigos, partícipes en las hostilidades o, incluso, perpetradores de crímenes de guerra¹⁴⁶.

¹³⁹ Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1612, de 26 de julio de 2005, S/RES/1612 (2005), párr. 3.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párr. 2 y 8.

¹⁴¹ Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1882, de 4 de agosto de 2009, S/RES/1882 (2009), párr. 3.

¹⁴² Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1998, de 12 de julio de 2011, S/RES/1998 (2011), párr. 3.

¹⁴³ Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 2068, de 19 de septiembre de 2012, S/RES/2068 (2012).

¹⁴⁴ Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 2143, de 7 de marzo de 2014, S/RES/2143 (2014), párr. 13.

¹⁴⁵ Véase Anexo II del trabajo.

¹⁴⁶ UN, OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY-GENERAL FOR CHILDREN AND ARMED CONFLICT, Working Paper nº3, “Children and Justice During and in the Aftermath of Armed Conflict”, 2011.

Disponible en: http://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper-3_Children-and-Justice.pdf, consultado a 17 de diciembre de 2013.

Para la comunidad internacional, es clara la necesidad de especial protección de los derechos e intereses de los niños que son víctimas o testigos de estas situaciones y la necesidad de que éstos puedan tener acceso a la justicia. De hecho, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) en su resolución 2005/20, de 22 de julio de 2005, por la que se aprueban las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, reconoce que:

“se debe garantizar justicia a los niños que son víctimas y testigos de delitos” y que “los niños que son víctimas y testigos de delitos son especialmente vulnerables y requieren protección especial, asistencia y apoyo apropiados para su edad, nivel de madurez y necesidades especiales”¹⁴⁷.

Sin embargo, esta cuestión no resulta igual de pacífica respecto de aquellos niños que han sido partícipes en las hostilidades, pues existe un dilema entre la responsabilidad y la impunidad de los mismos por los crímenes cometidos. Se planea entonces la cuestión de si deben ser procesados y exigírseles que proporcionen reparación a sus víctimas, es decir, si son responsables penales.

El derecho internacional no ha abordado directamente la cuestión de si los niños soldados deben o no ser procesados por los delitos cometidos. A este respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño permite que se procese a los menores si el proceso es justo y tiene en cuenta las necesidades y vulnerabilidades de los menores de edad (art.40). Sin embargo, el Protocolo Facultativo no contiene ninguna disposición específica.

Por lo que hace a la posibilidad de procesamiento en Tribunales penales internacionales, el artículo 26 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que “la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen”. Lo que resulta llamativo de esta exclusión de la competencia de la Corte de aquellos que son menores de dieciocho años es que no está basada en el convencimiento de que los menores de esa edad no deberían ser perseguidos por la comisión de crímenes internacionales, sino más bien en la decisión de dejar en mano de los Estados el procesamiento o no de los menores por este tipo de crímenes; esta determinación evitó que se tuviese que llegar a un acuerdo durante las negociaciones del Estatuto sobre el límite adecuado para la edad de responsabilidad penal¹⁴⁸.

Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia¹⁴⁹ y Ruanda¹⁵⁰ no contienen ningún pronunciamiento respecto a si las personas menores de dieciocho años pueden ser juzgadas. Por tanto, ante la formulación de denuncias contra los menores, los fiscales podían actuar discrecionalmente.

¹⁴⁷ Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos E/2005/INF/2/Add.1, p.51.

¹⁴⁸ UN, OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY-GENERAL FOR CHILDREN AND ARMED CONFLICT, Working Paper n°3, “Children and Justice...”, *op.cit.*, p.37.

¹⁴⁹ Artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Disponible en: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, consultado a 25 de marzo de 2014.

¹⁵⁰ Adoptado por la S/RES/955 (1994):

Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/955%20\(1994\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/955%20(1994)), consultado a 25 de marzo de 2014.

En el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, se admite el procesamiento de personas acusadas entre quince y dieciocho años en el momento de la comisión del delito (art.7)¹⁵¹. En su informe de 4 de octubre de 2000, Secretario General de Naciones Unidas puso de manifiesto la diferencia de posturas ante la posibilidad de procesar niños por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, pues de un lado el Gobierno de Sierra Leona y los representantes de la sociedad civil de ese país deseaban claramente que existiera un proceso judicial para exigir responsabilidad a los niños combatientes que presuntamente hubieran cometido delitos sujetos a la competencia del Tribunal; y de otro, las organizaciones no gubernamentales internacionales encargadas de programas de asistencia y se rehabilitación relacionados con la infancia, así como sus homologas nacionales, se oponían unánimemente a que se exigiera responsabilidad judicial de cualquier tipo a los niños menores de dieciocho años por temor a que ese proceso pusiera en peligro todo el programa de rehabilitación.¹⁵² Amnistía Internacional, sin embargo, consideraba indispensable que, en aquellos casos en que las personas menores de dieciocho años habían actuado de forma totalmente voluntaria y siendo dueñas de sus actos, rindiesen cuenta de ellos en el contexto adecuado.¹⁵³

Finalmente, pese a la previsión del art. 7 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, el primer Fiscal declaró que no acusaría a personas por delitos cometidos cuando eran niños, sino a los <<más responsables>>, es decir, a los adultos reclutadores y a los comandantes.¹⁵⁴

6. RECLUTAMIENTO DE MENORES EN ÁFRICA.

La cuestión que en este trabajo se trata es especialmente preocupante en el continente africano. En 2012, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) estimó que en el mundo hay entre 250 y 300 millones de niños soldado, un tercio de los cuales son africanos¹⁵⁵. La realización de un estudio que permita conocer la situación actual de los niños soldado en aquellos países africanos en que esta práctica es habitual, puede ayudar a que las medidas que se adopten sean los más eficaces posibles y tiendan a terminar con la práctica, no solo a paliarla.

Actualmente, de acuerdo con el último Informe Anual del Secretario General de Naciones Unidas sobre los niños y los conflictos armados, de 15 de mayo de 2013, se tiene constancia del reclutamiento y uso de menores en: República Centroafricana, Chad, Côte d'Ivoire, República Democrática del Congo, Mali, Somalia, Sudán del Sur y Sudán. A continuación, en cada uno de los países mencionados: se examinan los acontecimientos relacionados con la cuestión del reclutamiento y uso de menores que

¹⁵¹ Artículo 7 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Disponible en: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnD1MJJeW%3d&tabid=176>, consultado a 25 de marzo de 2014.

¹⁵² Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, de 4 de octubre de 2000, S/2000/915, párr. 32-38.

¹⁵³ AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Niños soldados ¿criminales o víctimas?”, 2000, p. 5. Disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Texto%20completo%20del%20Informe?CMD=VEROBJ&MLKOB=24883115858>, consultado a 23 de marzo de 2014.

¹⁵⁴ Special Court Sierra Leone, PRESS RELEASE 2 November 2002, “Special Court Prosecutor Says He Will Not Prosecute Children”.

Disponible en: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=XRwCUe%2baVhw%3d&tabid=196>, consultado a 25 de marzo de 2014.

¹⁵⁵ Véase: http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=22697#.U5C4sfl_v1c, consultado a 5 de junio de 2014.

han tenido lugar desde enero de 2012, se identifica a las partes reclutadoras¹⁵⁶ y se analizan los progresos realizados en relación con el diálogo, planes de acción y otras medidas para detener e impedir la continuidad de esta violación grave de derechos de los niños.

Los planes de acción son de especial importancia para lograr que los responsables de violaciones graves contra los niños, que figuran en la lista anual del Secretario General de Naciones Unidas sobre los niños y los conflictos armados, respeten el derecho internacional. Estos planes son compromisos escritos y firmados en los que se fijan actividades concretas y sujetas a término que las partes violadoras de los derechos de los niños deben llevar a cabo si quieren que su nombre sea eliminado de la lista. De este modo, estos acuerdos se configuran como un instrumento que sirve para proteger a los niños tanto de los abusos que contra ellos se cometen en la actualidad como de los futuros.

Los acuerdos destinados a poner fin al reclutamiento y utilización de niños incluyen los siguientes elementos¹⁵⁷:

- una orden militar de cesar y prevenir el reclutamiento de niños;
- la facilitación del acceso periódico y sin trabas a los campamentos y las bases militares de los agentes encargados de proteger a los niños;
- la elaboración de programas de liberación y reintegración específicamente de niños;
- el reforzamiento de los sistemas de registro de nacimientos y la realización de una campaña nacional de concienciación para prevenir el reclutamiento de niños;
- y
- el enjuiciamiento de todo aquel que viole los derechos de los niños.

6.1. República Centroafricana.

Durante 2012, el equipo de tareas de Naciones Unidas sobre el terreno registró una disminución general de casos de reclutamiento de menores. Sin embargo, a partir de diciembre del mismo año, con la reanudación de las hostilidades entre el Gobierno y la coalición rebelde Seleka (integrada mayoritariamente por musulmanes), Naciones Unidas comienza a recibir informes alarmantes acerca del reclutamiento y la utilización de niños por grupos armados y milicias progubernamentales y de las muertes de niños vinculados a esos grupos en el transcurso de operaciones militares¹⁵⁸. Pese a la dificultad de obtener cifras exactas, en marzo de 2013 se estima que el número de niños en las filas del Seleka podría haberse casi duplicado, pasando de 3.500 a 6.000. Además, el grupo de trabajo también ha recibido información acerca del reclutamiento de niños por elementos antibalaka (milicias cristianas)¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Los grupos armados que reclutan menores sólo van a ser mencionados, para más información véase: <http://www.trackingterrorism.org/groups>.

¹⁵⁷ Información facilitada por la Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, disponible en: <http://childrenandarmedconflict.un.org/es/nuestro-trabajo/planes-de-accion/>

¹⁵⁸ Informe Anual del Secretario General de Naciones Unidas sobre los niños y los conflictos armados, de 15 de mayo de 2013, A/67/845-S/2013/245, p.12, párr. 35.

¹⁵⁹ Informe del Secretario General sobre la República Centroafricana presentado en cumplimiento del párrafo 48 de la resolución 2127 (2013) del Consejo de Seguridad, de 3 de marzo de 2014, S/2014/142, p.6, párr. 25.

Las partes que, en contravención con el derecho internacional, llevan a cabo actividades de reclutamiento y utilización de niños en la República Centroafricana son: el Ejército de Resistencia del Señor (LRA); el Frente Democrático del Pueblo Centroafricano (FDPC); la Unión de las Fuerzas Democráticas para la Unidad (UFDU), parte de la coalición Seleka; la Convención de Patriotas por la Justicia y la Paz (CPJP); la Convención de Patriotas por la Justicia y la Paz Fundamental (CPJP Fundamental), parte de la coalición Seleka; la Convención Patriótica para la salvación del Kodro, parte de la coalición Seleka; el Movimiento de Libertadores Centroafricanos para la justicia (MLCJ) y la Unión de Fuerzas Republicanas (UFR), parte de la coalición Seleka¹⁶⁰. Las tres primeras partes que se enumeran figuran en el Anexo I del Informe anual del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados desde al menos cinco años y, por ello, tienen la consideración de autores persistentes¹⁶¹.

En el próximo Informe Anual que publique el Secretario General, probablemente se constatará un aumento en el número de partes que reclutan menores. Según información recibida por el grupo de trabajo sobre el terreno, los grupos antibakala, integrados por grupos de defensa locales, elementos insubordinados de las fuerzas armadas centroafricanas y elementos delincuentes, están cada vez más organizados tanto en Bangui, como en otras zonas del país y, además, tienen acceso a armas de fuego y armamento pesado. Aunque su estructura sigue siendo dudosa, la amenaza que plantean es seria. Según la Misión Internacional de Apoyo a la República Centroafricana con Liderazgo Africano (MISCA), como para la fuerza de mantenimiento de la paz respaldada por Francia (conocida como Operación Sangaris), los grupos antibakala representan en la actualidad la mayor amenaza para los civiles¹⁶².

Antes de la reanudación de las hostilidades en diciembre de 2012, se tomaron algunas medidas para intentar erradicar el reclutamiento de menores, es destacable que en noviembre de 2011, los dirigentes de la Convención de Patriotas para la Justicia y la Paz Fundamental (CPJP) firmaron un plan de acción para poner fin al reclutamiento y la utilización de niños. Sin embargo, la escisión producida en la CPJP y la falta de cohesión interna han complicado su cumplimiento. Muestra de ello es que durante una misión de verificación realizada por Naciones Unidas en noviembre de 2012, se impidió que abandonasen el grupo 30 niños que previamente habían sido seleccionados por los dirigentes para ser puestos en libertad¹⁶³.

Entre 2009 y 2010, el Ejército Popular para la Restauración de la República y la Democracia (EPRD) liberó y reintegró a unos 1.300 niños. En octubre de 2011, firmó un plan de acción cuya aplicación se retrasó a consecuencia de la detención de dirigentes a comienzos de 2012. Durante ese año, el EPRD se disolvió y todos sus elementos fueron desmovilizados¹⁶⁴.

La Unión de las Fuerzas Democráticas para la Unidad (UFDU), parte de la coalición Seleka, firmó en 2007 con el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) un primer compromiso con el objeto de poner en libertad a todos los niños. En 2011, tal compromiso fue reiterado por la UFDU, que además, permitió que Naciones Unidas

¹⁶⁰ Anexo I al Informe Anual del Secretario General de Naciones Unidas sobre los niños y los conflictos armados, de 15 de mayo de 2013, A/67/845-S/2013/245, p. 55.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Informe del Secretario General sobre la República Centroafricana presentado en cumplimiento...*op.cit.*, p.2, párr. 5.

¹⁶³ Informe Anual del Secretario General...*op.cit.*, p.14, párr. 41

¹⁶⁴ *Ibid.*, p.14, párr. 42.

verificase si seguía habiendo niños en sus filas. Pese a ello, desde 2012 han sido poco los progresos y aún no se ha aprobado ningún plan de acción oficial¹⁶⁵.

Dada la gravedad de la situación actual en la República Centroafricana, en diciembre de 2013, el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General que estudiase la posible transformación de la MISCA en una operación de Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz¹⁶⁶. En el informe del Secretario General que estudia esa petición, se pone de manifiesto que “el reclutamiento y uso generalizados y sistemáticos de niños, harán necesaria, en la etapa inicial de la misión, una respuesta contundente mediante el despliegue de una solida capacidad de protección de los niños, que complementaría los esfuerzos del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia dirigidos vigilar y denunciar violaciones graves contra los niños y a separar a los niños de los grupos armados”¹⁶⁷.

6.2. Chad.

En 2012, el equipo de tareas de Naciones Unidas en Chad verificó 34 casos de reclutamiento de niños por el ejército nacional. Los niños fueron reclutados en el contexto de la campaña llevada a cabo por el ejército a tal efecto entre febrero y marzo de ese año. Entre junio y septiembre de 2012, a través de misiones de verificación del Gobierno y las Naciones Unidas, se descubrió la presencia de estos niños en distintos centros de formación del ejército. Además, aún están pendientes de verificación denuncias de reclutamiento de niños desplazados por grupos armados no identificados en Assounga y Kemití. Por otro lado, no hay datos sobre reclutamiento y utilización de niños por parte del Movimiento por la Justicia y la Igualdad a lo largo de 2012¹⁶⁸.

El Ejército Nacional del Chad es el único que sigue apareciendo en la lista de partes que reclutan o utilizan niños¹⁶⁹. Su nombre desaparecerá de la lista cuando se lleve a término el plan de acción firmado por el Gobierno y las Naciones Unidas el 15 de junio de 2011. Respecto a la aplicación de este plan, como medidas positivas adoptadas en 2012, son de destacar; en primer lugar, la designación por el Gobierno de coordinadores técnicos en el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Bienestar Social; en segundo lugar, el nombramiento del asesor jurídico del Primer Ministro como coordinador de alto nivel para el respaldo de la aplicación del plan; en tercer lugar, la reiteración por el ejército del compromiso de facilitar acceso a las Naciones Unidas a los efectos de la verificación de emplazamientos militares; y, finalmente, la emisión por el ejército de directrices militares para prohibir el reclutamiento de menores, al tiempo que se hizo un llamamiento al Jefe del Estado Mayor de Ejército, al Director General de la Gendarmería nacional y al Director de la Guardia Nacional y Nómada para que garanticen la aplicación completa y sin demora del plan. Sin embargo, la aplicación del plan es deficiente en algunos aspectos, ya que es necesario adoptar otras medidas para reforzar los mecanismos de detección del reclutamiento por el ejército, es preciso ultimar procedimientos para impedir el alistamiento de niños, las directrices militares emitidas no exponen como debían las sanciones a imponer en caso de infracción, no se han realizado investigaciones de denuncias de reclutamiento y utilización de niños, no

¹⁶⁵ *Ibid.*, p.14, párr. 43.

¹⁶⁶ Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 2127, de 5 de diciembre de 2013, S/RES/2127 (2013), p.10, párr.48.

¹⁶⁷ Informe del Secretario General sobre la República Centroafricana presentado en cumplimiento...*op.cit.*, p.20, párr. 82.

¹⁶⁸ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.* pp. 14- 15, párr. 45-46.

¹⁶⁹ Anexo I al Informe Anual...*op.cit.*, p. 56.

se han adoptado medidas disciplinarias contra quienes los reclutaron y las medidas adoptadas por el Gobierno para la puesta en libertad, prestación de cuidados temporales y reunificación no están aún en consonancia con lo dispuesto en el plan de acción¹⁷⁰.

En mayo de 2013, la Representante Especial y UNICEF realizaron una visita conjunta al Chad, durante la cual el Gobierno aprobó una hoja de ruta de diez pasos en la que se comprometió a tomar medidas a corto y largo plazo con el objeto de acelerar el proceso de ejecución del plan de acción¹⁷¹. Los pasos a seguir marcados en la hoja de ruta son los siguientes¹⁷²:

1. adoptar una Directiva Presidencial con el mismo fin del Plan de Acción para su difusión a las tropas de todas las zonas militares y a la sociedad civil en todas las regiones administrativas;
2. establecer un mecanismo de verificación de edad, basado en las mejores prácticas internacionales, para toda la fuerza militar y personal civil del Ministerio de Defensa, así como el personal que participa en el reclutamiento militar;
3. la formación de todas las tropas en el respeto de los derechos del niño y la protección de éstos;
4. examen, junto con Naciones Unidas, de las tropas desplegadas como fuerzas de paz y de las instalaciones militares que se encuentran en cada una de las ocho zonas militares de Chad a fin de verificar que todos los integrantes tienen dieciocho años o más;
5. compromiso del gobierno a brindar el apoyo necesario a los niños desmovilizados para su recuperación física y psicosocial, atención provisional, reunificación familiar y reintegración en la comunidad;
6. confirmación por el gobierno de se han establecido procedimientos de investigación de todos los casos de reclutamiento o utilización de niños por el Ejército Nacional del Chad y que éstos se llevan a cabo de forma independiente;
7. la formación de las fuerzas de seguridad de Chad en el respeto y protección de los derechos del niño en las ocho regiones militares, incluyendo los seis centros de entrenamiento;
8. establecer y entrenar a las unidades de protección de menores para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales; y
9. aprobar la Ley de Registro Civil, formar a los funcionarios públicos, desarrollar estrategias de registro de nacimientos y lanzar una campaña nacional para lograr el registro gratuito, eficaz y accesible.

A pesar de la adopción del Plan de acción y la hoja de Rutas, CHILD SOLDIERS INTERNATIONAL pone de manifiesto que ningún miembro del Ejército Nacional ha sido investigado, mucho menos encontrado responsable de reclutar o utilizar niños. Este hecho demuestra el clima general de impunidad de las violaciones graves de derechos en el Chad¹⁷³.

¹⁷⁰ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.* p.15, párr. 47-49.

¹⁷¹ Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, de 5 de agosto de 2013, A/68/267, p.6, párr.25.

¹⁷² CHILD SOLDIERS INTERNATIONAL, "Chad: Briefing on the status of implementation of the June 2011 Action Plan on children associated with armed forces and groups and its 10-Point Roadmap", 2014. Disponible en: http://www.child-soldiers.org/research_report_reader.php?id=748, consultado el 1 de junio de 2014

¹⁷³ CHILD SOLDIERS INTERNATIONAL, "Chad: Briefing on the status...*op.cit.* p.14.

6.3. Côte d'Ivoire.

Desde el final de la crisis política en Côte d'Ivoire en mayo de 2011, Naciones Unidas ha observado una disminución del número de violaciones graves de los derechos de los niños. Pese a ello, en 2012 fueron verificados 7 casos de reclutamiento y utilización de niños atribuidos todos ellos a las fuerzas armadas nacionales. En abril de 2012, se verificó la presencia de cuatro niños de entre 14 y 16 años en puestos de control del ejército en las poblaciones de Mahapleu, Tai y Duekuoe. En octubre del mismo año, se documentaron otros 3 casos de niños en puestos de control cerca de San Pedro¹⁷⁴. En informes posteriores del Secretario General no se hace referencia a ningún caso de violación grave de los derechos de los niños relacionado con el reclutamiento o utilización de éstos¹⁷⁵; lo que sí se señala es que deben estudiarse maneras de mejorar la justicia de menores¹⁷⁶.

En la lista de partes que reclutan o utilizan niños no aparece ningún grupo o fuerza armada de Côte d'Ivoire¹⁷⁷.

6.4. República Democrática del Congo.

La reactivación del conflicto en la zona oriental de la República Democrática del Congo a raíz de la creación del movimiento 23 de Marzo (M23) en abril de 2012 ha supuesto un aumento significativo de las violaciones graves contra los niños.

En 2012, las fuerzas armadas y grupos armados reclutaron a 578 menores, 26 niñas entre ellos. La mayoría de los casos de reclutamiento, alrededor del 80%, han tenido lugar en las regiones de Kivu del Norte y Kivu del Sur. Además, en la República Democrática del Congo se ha detectado lo que para el Secretario General es un nuevo problema relacionado con los efectos del carácter evolutivo de los conflictos armados: la detención y encarcelamiento de niños con o sin cargos penales por considerar que constituyen una amenaza para la seguridad nacional por el hecho de su presunta pertenencia a un grupo armado o por actos cometidos durante su participación en las hostilidades. En este sentido, 47 niños fueron detenidos por las fuerzas de seguridad congoleñas en Kivu del Norte por presunta vinculación con el M23. Las detenciones se prolongaron durante un periodo de 7 meses durante los cuales algunos menores denunciaron haber sufrido malos tratos. La puesta en libertad de estos niños fue posible gracias a la intervención de Naciones Unidas¹⁷⁸.

Entre noviembre de 2012 y febrero de 2013, se documentaron los casos de 210 niños reclutados, desvinculados o escapados de los grupos armados. En este periodo, es especialmente preocupante la información relativa al reclutamiento de niños por el M23, tanto en territorio ruandés como congoleño. Según la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUSCO) el número de niños vinculados al M23 asciende a 66¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, pp. 15-16, párr. 50-51.

¹⁷⁵ Véase el Trigésimo tercer informe del Secretario General sobre la Operación de las Naciones Unidas en Côte d'Ivoire, de 24 de diciembre de 2013, S/2013/761 y el Trigésimo cuarto informe del Secretario General sobre la Operación de las Naciones Unidas en Côte d'Ivoire, de 15 de mayo de 2014, S/2014/342.

¹⁷⁶ Trigésimo cuarto informe del Secretario General...*op.cit.* p.18, párr. 84

¹⁷⁷ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, pp. 15-16, 55-57.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 3 y 17, párr. 10 y 56-58.

¹⁷⁹ Informe del Secretario General sobre la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, de 15 de febrero de 2013, S/2013/96, p.13, párr. 54.

Entre febrero y mayo de 2013, la MONUSCO y UNICEF, documentaron 94 casos de menores congoleños reclutados por grupos armados. Igualmente se documentaron 458 casos de menores que escaparon o fueron separados de las fuerzas y grupos armados, entre ellos 26 vinculados al M23. Además, el equipo de Naciones Unidas aseguró la liberación y separación de 150 niños de los grupos Mai Mai Kata Katanga, Mai Mai Shetani y Mai Mai Nyatura. Gracias al aumento de las actividades de promoción y colaboración con el Gobierno, fueron liberados 96 niños que permanecían en centros de detención de las Fuerzas Armadas por su vinculación con grupos armados¹⁸⁰.

Entre junio y septiembre de 2013, la MONUSCO, UNICEF y otros agentes de protección de la infancia documentaron los casos de 31 niños reclutados por los grupos armados. También fueron documentados los casos de 2.234 niños escapados o separados de las fuerzas o grupos armados. Por otro lado, 30 niños que habían estado vinculados a grupos armados fueron liberados de los centros de detención de las Fuerzas Armadas congoleñas u otros cuerpos de seguridad¹⁸¹.

Entre octubre y diciembre de 2013, se documentaron 181 casos de niños escapados de distintas fuerzas y grupos armados. Además, la MONUSCO consiguió que 16 niños anteriormente vinculados a grupos armados fueran liberados de celdas de los servicios de inteligencia nacionales. Muy preocupante fueron los hechos acaecidos durante este periodo en Lwibo, Kivu del Norte, donde los actos de los Mai Mai Cheka dejaron 8 niños muertos, 2 heridos y 31 secuestrados¹⁸².

Las partes que, en contravención con el derecho internacional, llevan a cabo actividades de reclutamiento y utilización de niños en la República Democrática del Congo y; por tanto, figuran en el Anexo I del Informe anual del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados son: el Ejército de Resistencia del Señor (LRA); las Fuerzas Armadas de la República Democrática del Congo (FARDC); las Fuerzas Democráticas de Liberación de Rwanda (FDLR); el Frente de Resistencia Patriótica de Ituri/Frente Popular para la Justicia en el Congo (FRPI/FPJC); la Alianza Mai Mai de Patriotas por un Congo Libre y Soberano (APCLS), bajo el mando del “Coronel Janvier”; el Grupo mai mai capitaneados por el “General Lafontaine” y ex elementos de la coalición de Patriotas Resistentes Congoleños (PARECO); el Grupo mai mai capitaneado por el “Coronel Tawimbi” y el Movimiento 23 de Marzo (M23)¹⁸³. Las tres primeras partes enumeradas son consideradas autores persistentes¹⁸⁴.

El 4 de octubre de 2012, el Gobierno y Naciones Unidas firmaron un plan de acción para detener y prevenir el reclutamiento y la utilización de niños. Ambas partes se comprometieron a colaborar por medio de un grupo de trabajo técnico conjunto en cuatro esferas: la separación y la protección de los niños vinculados a fuerzas y grupos armados, la respuesta a los niños que sean víctimas, la prevención de violaciones graves contra los niños y el combate a la impunidad de los autores. En 2012, 1.497 menores

¹⁸⁰ Informe del Secretario General sobre la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, de 28 de junio de 2013, S/2013/388, p.12, párr. 52 y 53.

¹⁸¹ Informe del Secretario General sobre la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, de 30 de septiembre de 2013, S/2013/581, p.12 párr. 50 y 51.

¹⁸² Informe del Secretario General sobre la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, de 17 de diciembre de 2012, S/2013/757, p.12, párr. 56.

¹⁸³ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.* pp. 55y 56.

¹⁸⁴ *Ibid.*

fueron separados o escaparon de las fuerzas y grupos armados y 5.584 recibieron apoyo de Naciones Unidas¹⁸⁵.

Como medida positiva es también de resaltar que se haya facilitado a Naciones Unidas acceso a los batallones de las fuerzas armadas y centros de detención, pues ello ha permitido tanto la liberación de niños vinculados a fuerzas armadas y grupos armados, como la selección conjunta de nuevos reclutas. No obstante, sigue siendo especialmente preocupante la falta de rendición de cuentas de los autores de violaciones graves¹⁸⁶.

6.5. Mali.

En 2012, la situación de inseguridad en Mali se caracterizó por el elevado número de graves infracciones cometida contra menores por diversos grupos armados. En ese año, cientos de niños de entre 12 y 15 años fueron reclutados y otros muchos se sumaron a los grupos armados por razones ligadas a la pobreza o la pertenencia étnica. Algunos grupos pagan a los niños reclutas y a sus padres o captan menores usando como señuelo la promesa de que recibirán educación coránica¹⁸⁷.

En 2013, se detectó un descenso en el número de infracciones graves registradas, aunque la situación en las regiones septentrionales siguió siendo de inseguridad. Debido al limitado acceso, seguía habiendo motivos de preocupación respecto a la detección y separación de menores de los grupos armados para su reintegración¹⁸⁸. Con la derrota progresiva de los grupos armados en el norte de Mali, se cree que la mayoría de los niños han regresado por sí mismos con sus familias. Aún así, un número indeterminado de niños podría seguir asociado con grupos armados¹⁸⁹.

Entre marzo y diciembre de 2013, se informó del caso de 24 niños retenidos en centros de detención de Bamako por su presunta vinculación con grupos armados. En estos casos es difícil el acceso de Naciones Unidas a ellos para confirmar si se trata de menores, ya que, por lo general, se les mantiene en los mismos centros que a los adultos¹⁹⁰.

La formación de coaliciones fluctuantes por los grupos armados activos en la zona septentrional de Mali y las dificultades de acceso con las que cuenta Naciones Unidas, plantean problemas a la hora de establecer responsabilidades jerárquicas por las violaciones cometidas contra los niños¹⁹¹. Sin embargo, los informes recibidos por Naciones Unidas son suficientes hacer que consten en la lista de partes que reclutan o utilizan niños del Informe anual del Secretario General: Ansar Dine, el Movimiento Nacional de Liberación de Azawad (MNL) y el Movimiento para la Unidad y la Yihad en África Occidental (MUYAO)¹⁹².

En octubre de 2012, el Gobierno estableció un grupo de trabajo interministerial para prevenir que se cometieran infracciones graves contra los niños. Esta entidad tiene

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.19, párr. 64 y 65.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 19, párr. 64 y 66.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 24, párr.91 y 92.

¹⁸⁸ Informe del Secretario General sobre los niños y el conflicto armado en Malí, de 14 de abril de 2014, S/2014/267, p.8, párr. 37.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p.9, párr.41

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 10, párr.52.

¹⁹¹ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, p.24, párr.91.

¹⁹² *Ibid.* p. 56. Para mayor información sobre estos grupos, véase el Informe del Secretario General sobre los niños y el conflicto armado en Malí...*op.cit.*, pp.5 y 6.

como objetivo la realización de misiones conjuntas de verificación con los asociados internacionales para determinar la presencia de niños en las milicias de autodefensa y el lanzamiento de campañas de información pública para prevenir el reclutamiento y la utilización de niños¹⁹³.

El 7 de febrero de 2013 se firmó una circular interministerial sobre prevención, protección y regreso a sus familias de niños vinculados a fuerzas y grupos armados¹⁹⁴. En esa circular, las autoridades militares, políticas y administrativas se comprometen con a la protección de esos niños¹⁹⁵.

El 1 de julio de 2013, el Gobierno y Naciones Unidas firmaron un protocolo para la liberación y entrega de los niños vinculados con fuerzas y grupos armados. En él, se hace al Gobierno responsable de la entrega de estos niños en un plazo de 48 horas al organismo nacional encargado de la protección de la infancia o a UNICEF¹⁹⁶.

En julio de 2013, Naciones Unidas hizo gestiones con el MNLA para liberar a los niños que éstos tenían retenidos e Kidal. A excepción de gestiones puntuales como esa, todavía no se ha iniciado un diálogo estructurado con el MNLA. No obstante, en agosto de 2013, se celebró e Kidal un debate preliminar con los dirigentes de este grupo y las entidades encargadas de proteger a los niños, para concienciarlos de la necesidad de acabar con las violaciones graves que cometen contra los niños y prevenir que sucedan nuevas violaciones¹⁹⁷.

6.6. Somalia.

En 2012, el equipo de tareas de Naciones Unidas documentó 2.051 infracciones relacionadas con el reclutamiento y la utilización de niños. Las fuerzas y grupos armados han reclutado niños en campamentos de desplazados internos, escuelas y aldeas. Algún grupo, incluso, ha coaccionado a maestros para que alistasen a sus alumnos¹⁹⁸.

En el primer trimestre de 2013 se verificaron 219 casos de reclutamientos, el 82% de ellos fueron llevados a cabo por Al-Shabaab¹⁹⁹. En junio del mismo año, fueron verificados 314 casos de violaciones graves de los derechos de los niños, estando el 39% de éstos relacionados con el reclutamiento forzoso por parte de grupos armados²⁰⁰. Entre noviembre y diciembre, se registraron 196 casos de reclutamiento y utilización de niños por parte de Al-Shabaab²⁰¹.

Desde comienzos de 2013, 1.100 niños anteriormente asociados con fuerzas o grupos armados o con otros factores de vulnerabilidad (incluidos aquellos que viven en las calle) han podido beneficiarse de programas de reintegración²⁰².

Las partes que llevan a cabo actividades de reclutamiento y utilización de niños en Somalia y, por consiguiente, figuran en el Anexo I del Informe anual del Secretario

¹⁹³ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, p.26.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Informe del Secretario General sobre los niños y el conflicto armado en Malí...*op.cit.*, p. 16, párr.80.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 16, párr. 81.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 15 y 16, párr. 78 y 79.

¹⁹⁸ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.* p. 31, párr. 121.

¹⁹⁹ Informe del Secretario General sobre Somalia, de 31 de mayo de 2013, S/2013/326, p.10, párr. 45 y 46.

²⁰⁰ Informe del Secretario General sobre Somalia, de 3 de septiembre de 2013, S/2013/521, p.11, párr. 45.

²⁰¹ Informe del Secretario General sobre Somalia, de 3 de marzo de 2014, S/2014/140, p.10, párr. 50.

²⁰² Informe del Secretario General sobre Somalia, de 2 de diciembre de 2013, S/2013/709, p.11, párr. 48.

General sobre los niños y los conflictos armados son Al-Shabaab y las Fuerzas Armadas Nacionales de Somalia; ambas son consideradas autores persistentes²⁰³.

El 3 de julio de 2012, el Gobierno Federal de Transición (Gobierno de Somalia desde el 20 de agosto de 2012) firmó un plan de acción encaminado a poner fin al reclutamiento y utilización de niños. En un principio, su aplicación fue muy limitada, debido al periodo electoral y nombramiento del nuevo gobierno. Hasta octubre de 2012, no se establece conjuntamente por el Gobierno y Naciones Unidas un comité técnico encargado de coordinar y ejecutar el plan de acción. A partir de entonces se comienzan a ultimar los procedimientos operativos para la entrega y liberación de niños capturados, rendidos o apartados de los grupos armados por otros procedimientos que se hallan bajo custodia de las Fuerzas Armadas Nacionales o la Misión de la Unión Africana en Somalia (AMISOM)²⁰⁴. El 24 de noviembre de 2013, el Grupo de Trabajo sobre los Niños y los Conflictos armados se reunió para examinar los procedimientos operativos estándar para la gestión de los niños anteriormente vinculados a fuerzas y grupos armados que se elaboraron en 2012²⁰⁵. Tales procedimientos, fundamentales para la aplicación del plan de acción, han sido finalmente firmados por el Ministro de Defensa y el Ministro de Seguridad Nacional²⁰⁶.

6.7. Sudán del Sur.

En 2012, el equipo de tareas en Sudán del Sur verificó 252 casos de reclutamiento y utilización de niños de edades comprendidas entre los 14 y los 17 años²⁰⁷. Entre marzo y junio de 2013, la Comisión Nacional de Desarme, Desmovilización y Reinserción, junto con la Misión de Naciones Unidas en la República de Sudán del Sur (UNMISS) y UNICEF, facilitó la liberación de 61 niños retenidos en cuarteles del Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés (SPLA)²⁰⁸. Entre junio y noviembre del mismo año, Naciones Unidas apoyó a la Comisión Nacional de Desarme y Reintegración en la liberación de 21 niños de los cuarteles del SPLA en el Estado de Unidad y facilitar su reintegración²⁰⁹. Desde noviembre de 2013 se han recibido informaciones que confirman que tanto el SPLA como las fuerzas antigubernamentales han movilizad y reclutado a jóvenes. Al parecer, el “ejército blanco” dirigido por el Sr. Machar (miembro del SPLA), está integrado por un gran número de niños soldado²¹⁰. En el Anexo I del Informe anual del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados, la única parte que figura como reclutadora persistente es el SPLA²¹¹.

El 13 de marzo de 2012, siendo testigo la Representante Especial, se firmó un plan revisado por el SPLA plasmando el renovado compromiso de poner fin y prevenir el reclutamiento y la utilización de niños. Para la aplicación de las disposiciones del plan ha sido creado un comité nacional integrado por la Comisión de Desarme, Desmovilización y Reintegración de Sudán del Sur, letrados militares del SPLA y

²⁰³ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.* p. 57.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 33, párr. 128 y 129.

²⁰⁵ Informe del Secretario General sobre Somalia, de 3 de marzo de 2014, S/2014/140, p.11, párr. 51.

²⁰⁶ Informe del Secretario General sobre Somalia, de 12 de mayo de 2014, S/2014/330, p.10, párr. 50.

²⁰⁷ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, pp. 33, párr.130.

²⁰⁸ Informe del Secretario General sobre Sudán del Sur, de 20 de junio de 2013, S/2013/366, p.10, párr. 47.

²⁰⁹ Informe del Secretario General sobre Sudán del Sur, de 8 de noviembre de 2013, S/2013/651, p. 10, párr. 43.

²¹⁰ Informe del Secretario General sobre Sudán del Sur, de 6 de marzo de 2014, S/2014/158, p.14, párr. 53.

²¹¹ Informe Anual del Secretario General...*op.cit.*, p.57.

Naciones Unidas. Asimismo, se estableció un sistema de inspección y detección temprana de niños, gracias al cual, durante 2012, se rechazó el alistamiento voluntario en el SPLA de 450 niños. Además, el equipo de tareas de Naciones Unidas tuvo acceso a 71 cuarteles del SPLA, permitiendo ello la liberación de 230 niños vinculados a este grupo y otras milicias aliadas, la reunión con sus familias y la recepción de apoyo a la reintegración²¹².

El 6 de noviembre de 2012, el SPLA se comprometió a introducir sanciones, elaboradas conjuntamente con la UNMISS, contra aquellos oficiales del SPLA que recluten niños u ocupen escuelas²¹³.

6.8. Sudán.

Durante 2012, el equipo de tareas de Naciones Unidas en el país registró 31 casos de reclutamiento y utilización de menores en la región de Darfur, otros 31 en Kordofán del Sur, 46 en el Estado del Nilo Azul y 48 en Abyei. Además, Naciones Unidas continúa recibiendo denuncias de reclutamiento y utilización de niños en zonas que al no estar bajo control del Gobierno no pueden ser verificadas a causa de las restricciones de acceso²¹⁴. En enero de 2013, los organismos de Naciones Unidas, en conjunción con la Operación Híbrida de la Unión Africana y Naciones Unidas en Darfur (UNAMID) y las autoridades locales, inscribieron en el proceso de reintegración a un total de 74 niños exsoldados²¹⁵.

Las partes que llevan a cabo actividades de reclutamiento y utilización de niños en Sudán y; por ello, figuran en el Anexo I del Informe anual del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados son: el Movimiento por la Justicia y la Igualdad, Milicias partidarias del Gobierno, el Ejército de Liberación del Sudán/Facción de Abdul Wahid, el Ejército de Liberación del Sudán/Facción Minni Minawi, el Ejército de Liberación del Sudán/Facción Ala principal (Abu Gasim), el Ejército de Liberación del Sudán/Facción Liderazgo Histórico, el Ejército de Liberación del Sudán/ Facción Unidad, el Movimiento de Liberación del Pueblo Sudanés-Norte (SPLM-N) y las Fuerzas del Gobierno, incluidas las Fuerzas Armadas Sudanesas, las Fuerzas de Defensa Popular y las fuerzas de policía del Sudán (Fuerzas de Inteligencia Fronterizas y la Policía de Reserva Central)²¹⁶. Las cinco primeras partes enumeradas tienen la consideración de autores persistentes²¹⁷. Por otro lado, la Facción Libre Albedrío del Ejército de Liberación del Sudán y la Facción de la Paz del Movimiento por la Justicia y la Igualdad han sido suprimidas del Anexo I, ante la falta de información sobre el reclutamiento y la utilización de niños por parte de éstas en 2012²¹⁸.

El Gobierno de Sudán informó al equipo de tareas sobre la autorización por el Ministerio de Defensa de la elaboración de un plan de acción para poner fin al reclutamiento y la utilización de menores, aplicable también a otros grupos afines a las

²¹² Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, pp. 34 y 35, párr. 136 y 137.

²¹³ Informe del Secretario General sobre la Misión de las Naciones Unidas en Sudán del Sur, de 8 de marzo de 2013, S/2013/140, p.12, párr. 46.

²¹⁴ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, pp. 35-36, párr. 138 y 146.

²¹⁵ Informe del Secretario General sobre la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur, de 10 de abril de 2013, S/2013/225, p.13, párr. 53.

²¹⁶ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, p.57.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*, p.36, párr. 142.

fuerzas armadas nacionales. En abril de 2013, este compromiso fue reiterado a una misión técnica de Naciones Unidas que visitó el país²¹⁹.

En enero de 2012, el Movimiento por la Justicia y la Igualdad nombró un coordinador técnico para colaborar con el equipo de tareas en las cuestiones relacionadas con la protección de la infancia. Igualmente, el 11 de septiembre del mismo año, el mando de este grupo emitió una orden prohibiendo el reclutamiento y la utilización de niños y el 25 de septiembre presentó a Naciones Unidas un compromiso de liberar a los niños e informar de los progresos²²⁰. Paralelamente, el movimiento afirmó haber establecido un comité de seguimiento para asegurar la aplicación del plan de acción firmado el 25 de septiembre²²¹. En febrero de 2013, el movimiento comunicó a la UNAMID la puesta en marcha de su plan de acción y la desmovilización de 10 niños en zonas bajo su control²²².

En noviembre de 2012, el mando del Ejército de Liberación del Sudán/Facción de Abdul Wahid también emitió una orden de prohibición de reclutamiento y utilización de menores²²³; ese mismo mes, el movimiento aceptó considerar la posibilidad de aplicar un plan de acción en las zonas bajo su control²²⁴.

El Ejército de Liberación del Sudán/Facción Jefatura Histórica, presentó dos informes describiendo las medidas adoptadas para poner fin al reclutamiento y utilización de niños. En el segundo de los informes el movimiento afirma haber presentado a la Comisión de Desarme, Desmovilización y Reintegración de Sudán una lista de 120 niños soldados para su reintegración²²⁵. Aún así, Naciones Unidas ha seguido recibiendo denuncias de tal práctica por parte de este grupo, aunque no han podido ser corroboradas²²⁶.

El 26 de julio de 2013, Musa Hilal, el líder de la tribu rezeigat del norte, después de mantener conversaciones con la UNAMID, emitió una orden a todas las milicias y miembros de las comunidades nómadas bajo su liderazgo prohibiendo el reclutamiento y la utilización de niños soldados. Asimismo, prometió cumplir las leyes nacionales e internacionales de protección de los niños en situación de conflicto²²⁷.

7. LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS EN EL SENO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Como ya se ha referido anteriormente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica en sus artículos 8.2 b) xxvi) y 8.2 e) vii) el reclutamiento o alistamiento de menores. Estas disposiciones son de las que se sirve la Corte Penal Internacional (CPI) para ejercer su función punitiva. No obstante, la CPI, de acuerdo

²¹⁹ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, p.36, párr. 142.

²²⁰ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, p.35, párr. 142

²²¹ Informe del Secretario General sobre la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur, de 15 de enero de 2013, S/2013/22, p.13, párr. 49.

²²² Informe del Secretario General sobre la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur, de 10 de abril de 2013, S/2013/225, p.13, párr. 53.

²²³ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, p.35, párr. 142

²²⁴ Informe del Secretario General sobre la Operación Híbrida ...*op.cit.*, p.13, párr. 49.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Informe Anual del Secretario General ...*op.cit.*, p.35, párr. 142.

²²⁷ Informe del Secretario General sobre la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur, de 14 de octubre de 2013, S/2013/607, pp.12 y 13, párr. 54.

con lo dispuesto en su artículo 75 del Estatuto, también lleva a cabo otra función, la reparadora.

A continuación tomando como muestra el caso del congoleño Thomas Lubanga Dyilo, se analiza el papel que juega la CPI para la cuestión de los niños soldado, centrándonos en el estudio detallado del contenido de la sentencia de reparación a las víctimas del condenado.

Lubanga, como comandante militar del “Reagrupamiento Congoleño para la Democracia- Movimiento de Liberación Nacional” fue un actor fundamental en las dos guerras del Congo. En 2002 creó la “Unión de Patriotas Congoleños”, un grupo militar constituido principalmente por miembros de la etnia hema y cuya ala militar es la “Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo (FPLC)”. Este grupo rebelde, comandado por Lubanga, se enfrentó entre 2002 y 2003 en la región de Ituri a la “Armada Popular Congolesa” y a la “Fuerza de Resistencia Patriótica”, milicias éstas de la etnia lendu. A consecuencia de la lucha por el control de la región murieron más de 60.000 personas, y más de 3.000 niños soldado, reclutados por Lubanga para el FPLC, se vieron obligados a luchar, realizar tareas domésticas o servir de guardaespaldas²²⁸.

En abril de 2004, el gobierno de la República Democrática del Congo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 a) y 14 del Estatuto de Roma, remitió a la CPI la condena por crímenes de guerra contra Lubanga²²⁹.

El 14 de marzo de 2012, después de un largo y complejo proceso, la Sala de Primera Instancia de la CPI consideró a Thomas Lubanga Dyilo culpable²³⁰ del crimen de guerra del art. 8.2 e) vii) del Estatuto de Roma:

“reclutamiento o alistamiento de niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.

El veredicto, además, concluye que el acusado sabía y era consciente del crimen que estaba cometiendo. Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.3 del Estatuto de Roma “es penalmente responsable y puede ser penado”. En consecuencia con este pronunciamiento, el 10 de julio de 2012, Lubanga fue condenado a una pena de prisión de catorce años²³¹.

Tanto el veredicto como la sentencia de condena son manifestaciones de la función punitiva de la CPI; no obstante, la propia CPI reconoce que “hay una necesidad de ir más allá de la noción de justicia punitiva”, que hay dirigirse hacia “una solución que sea más inclusiva, fomente la participación y repare de forma efectiva a las víctimas”²³². Que la CPI sea consciente de que su éxito depende en gran medida del éxito de su sistema de reparación a las víctimas²³³, hace que deba serle prestada una especial atención a la primera manifestación de su función reparadora. El 7 de agosto de 2012, la Sala de Primera Instancia de la CPI dictó su primera sentencia estableciendo los

²²⁸ LÓPEZ MARTÍN, “Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013, pp.210 y 211.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, de 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06-2842, p.591, párr.1358.

²³¹ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, de 10 de julio de 2012, ICC-01/04-01/06-2901, p.38, párr.107.

²³² The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles... *op.cit.*, p. 64, párr. 177.

²³³ *Ibid.* P.6, párr 178.

principios y el proceso de reparación a las víctimas, en este caso, de los crímenes de Lubanga²³⁴. Como pone de manifiesto LÓPEZ MARTÍN esta decisión sienta un precedente sin igual en el ámbito de los derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario²³⁵.

7.1. El derecho a la reparación.

Es importante aclarar que para la CPI tienen la consideración de víctima “(...) toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales”²³⁶. Sobre esta base, la Sala no sólo considera víctimas de los crímenes a los niños soldado que fueron reclutados (víctimas directas), sino también a sus padres o parientes²³⁷ (víctimas indirectas²³⁸). Quienes quedan fuera del concepto de víctima son las víctimas de los niños soldado, ya que la Sala considera que sólo deben participar en el proceso las víctimas de los crímenes acusados a Lubanga²³⁹.

La CPI reconoce que el derecho a la reparación de las víctimas está consagrado en los tratados universales²⁴⁰ y regionales²⁴¹ de derechos humanos y en otros instrumentos internacionales²⁴². Esos tratados e instrumentos han servido de guía a la CPI a la hora de establecer los principios en que basa su sistema de reparación. Así, la sentencia de 7 de agosto de 2012 señala que los principales objetivos que se persigue con la reparación son obligar a los responsables de los crímenes enjuiciados por la CPI a reparar el daño causado a las víctimas, aliviar el sufrimiento causado por los graves crímenes cometidos, proporcionar justicia a las víctimas atenuando las consecuencias de la

²³⁴ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, de 7 de agosto de 2012, ICC-01/04-01/06.

²³⁵ LÓPEZ MARTÍN, “Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional ...*op.cit.*”, p.210.

²³⁶ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 ...*op.cit.*, p.16, párr. 14 ii)

²³⁷ *Ibid.*, p. 20, párr. 17 y The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted version of “Decision on ‘indirect victims’”, de 8 de abril de 2009, ICC-01/04-01/06-1813, p.20, párr.50.

²³⁸ Sobre las víctimas indirectas AMBOS señala que “si bien la inclusión de estas víctimas amplía el posible número de víctimas de una manera significativa, y así también el número de participantes en el proceso, este es, en principio, el enfoque adecuado teniendo en cuenta el enorme impacto colateral que los crímenes internacionales tienen en los terceros y el inmenso sufrimiento emocional y psicológico que a menudo padecen”. Véase Ambos, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (*Prosecutor v. Lubanga*): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, Barcelona, 2012, p.5. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>

²³⁹ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted version ...*op.cit.*, p.21, párr.52.

²⁴⁰ La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art.8); El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966 (art.9.5); la Convención contra la Tortura de 1984 (art. 14); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 (art.6).

²⁴¹ La Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950 (art.41); la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969 (art.63.1); la Carta Africana de los Derechos y los pueblos de 1981 (art.21.2).

²⁴² Los Principios y Directrices básicos de Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones de 2005; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985; las Directrices de justicia para niños víctimas y testigos de delitos de 2005; la Declaración de Nairobi de 2008; los Principios de Ciudad del Cabo sobre la prevención del reclutamiento de niños y niñas en las fuerzas armadas y desmovilización y reintegración social de los niños y niñas soldados en África de 1997 y los Principios de París de 2007.

violación, impedir futuras violaciones y contribuir a la efectiva reintegración de las víctimas²⁴³.

Es importante aclarar que esta sentencia de 7 de agosto no es una orden de reparación, ya que no decide realmente la reparación concreta a cada una de las víctimas, como sí sucede en los casos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ella sólo se establecen las bases que deben regir las reparaciones a realizar en un momento posterior, así como el procedimiento para ello²⁴⁴.

7.2. Los principios de reparación.

Los principios recogidos en la sentencia de 7 de agosto de 2012 pueden sintetizarse en los siguientes:

1. Derecho aplicable: el derecho a la reparación es un derecho humano establecido en los tratados internacionales de derechos humanos.²⁴⁵
2. Dignidad, no discriminación y no estigmatización²⁴⁶: las víctimas deben ser tratadas de forma justa y equitativa, hayan o no participado en el proceso. Las necesidades de todas las víctimas deben ser tenidas en cuenta y, particularmente, la de los niños, personas de edad avanzada, discapacitados y víctimas de violencia sexual o sexista. Las víctimas deben ser tratadas de forma digna y respetuosa. Las medidas de reparación deben evitar tanto la estigmatización de las víctimas, como su discriminación por sus familiares y comunidades.
3. Beneficiarios de las reparaciones²⁴⁷: las reparaciones pueden ser acordadas tanto a las víctimas directas como a las indirectas. En las víctimas indirectas se encuentran incluidas: las familias de las víctimas directas, las personas que han intervenido para ayudar a la víctima directa, entidades jurídicas, ONGs u hospitales. En cualquier caso, la víctima indirecta debe probar la existencia de una relación personal estrecha con la víctima directa.
4. Accesibilidad de las reparaciones²⁴⁸: las reparaciones deben ser accesibles para todas las víctimas. Las víctimas, sus familiares y su comunidad deben poder participar en el proceso de reparación y recibir un apoyo adecuado para que su participación sea efectiva. Además, es preciso el consentimiento informado del receptor de la reparación.
5. Víctimas de violencia sexual²⁴⁹: las medidas de reparación deben tener en cuenta la violencia sexual y de género que haya podido sufrir la víctima. Asimismo, se deben implementar medidas de sensibilización para vencer los obstáculos de estas víctimas a la hora de acceder a la justicia y, así, puedan participar en los programas de reparación.

²⁴³ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles... *op.cit.*, pp. 64-65, párr. 179.

²⁴⁴ LÓPEZ MARTÍN, "Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional ...*op.cit.*, pp.214-215.

²⁴⁵ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles... *op.cit.*, p. 66, párr. 185.

²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 67-69, párr.187-193.

²⁴⁷ *Ibid.* pp. 69-71, párr. 194-201.

²⁴⁸ *Ibid.*, pp.71 y 72, párr. 202-206.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 72, párr. 207 y 208.

6. Víctimas menores²⁵⁰: las reparaciones deben tener en cuenta la edad de las víctimas, así como la necesidad de rehabilitar y reinsertar en sus antiguas comunidades a los antiguos niños soldado. Para ello, debe seguirse lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de interés superior del niño. Por otro lado, los programas de reparación de niños soldado deben garantizar el desarrollo de su personalidad, aptitudes y habilidades y favorecer el aprendizaje del respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales. De este modo, la rehabilitación y reintegración de los niños soldado en la sociedad se hace con el fin de terminar con los ciclos de violencia que en buena parte han impulsado los conflictos armados.
7. Alcance de las reparaciones²⁵¹: las reparaciones pueden ser individuales o colectivas. Las individuales no deben generar tensiones en el seno de las comunidades; las colectivas deben abarcar tanto los perjuicios individuales como los colectivos y atender a las víctimas aún no identificadas, cuando el número de víctimas sea incierto.
8. Modalidades de reparación: las reparaciones deben adoptar la forma de: restitución, indemnización, rehabilitación u otras formas más simbólicas. La restitución implica el restablecimiento de la víctima en su situación anterior al crimen, es decir, el regreso con sus familias, a su educación o trabajo y la devolución de aquellos bienes y propiedades que les hubiesen sido quitados.²⁵² La indemnización debe ser tenida en cuenta cuando el daño económico sea cuantificable, la cuantía pueda ser adecuada y proporcional y la disponibilidad de fondos lo permita. La indemnización debe englobar: daños físicos, morales, materiales, oportunidades perdidas y derechos legales y costes desembolsados.²⁵³ En la rehabilitación se incluyen: servicios médicos, escolarización u ofertas de trabajo.²⁵⁴ La reparación simbólica implica conmemoraciones y homenajes, publicidad de la sentencia, campañas para la mejora del estatus de víctima, certificados en que se reconozca el perjuicio sufrido, actividades de información o programas de educación²⁵⁵.
9. Suficiencia y proporcionalidad de las reparaciones²⁵⁶: las víctimas deben recibir reparaciones suficientes, rápidas y proporcionales a los perjuicios, al sufrimiento, a las pérdidas y al daño resultante de los crímenes, y debe buscarse la reconciliación de las víctimas con sus familias y las comunidades afectadas. Las reparaciones deben reflejar en la medida de lo posible las prácticas culturales y costumbres locales, excepto que éstas sean discriminatorias o impidan a la víctima el ejercicio de sus derechos.
10. Causalidad²⁵⁷: el daño, pérdida o perjuicio que constituya la base de una demanda de reparación debe haber sido resultado de los crímenes de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños soldado imputable a Thomas Lubanga; sin embargo, las medidas de reparación no deben estar limitadas al

²⁵⁰ *Ibid.*, pp.73 y 74, párr. 210-213 y 216.

²⁵¹ *Ibid.*, pp.74 y 74, párr. 217-221.

²⁵² *Ibid.*, p.76, párr. 223-225.

²⁵³ *Ibid.*, pp.76-78, párr. 226 y 230.

²⁵⁴ *Ibid.*, p.79, párr. 233 y 234.

²⁵⁵ *Ibid.*, p.80, párr. 239.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp.81 y 82, párr. 243-245.

²⁵⁷ *Ibid.*, pp.82 y 83, párr. 247-250.

daño directo o efectos inmediatos de estos crímenes, sino que deben también tener en cuenta el principio de *but for test* o causa próxima.

11. Valor y carga de la prueba²⁵⁸: los hechos que sean pertinentes para una orden de reparación deben probarse sobre la base de la <<preponderancia de probabilidades>>²⁵⁹. Cuando las reparaciones se realicen a cargo del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas o cualquier otra entidad, la flexibilidad en la determinación de las cuestiones de hecho es el enfoque más adecuado, dada la naturaleza sistemática de los crímenes y el número de víctimas implicadas.
12. Derecho a la defensa²⁶⁰: ninguno de estos principios debe afectar o ser incompatible con los derechos del condenado a un juicio justo.
13. Cooperación de los Estados²⁶¹: los Estados deben cooperar plenamente en la ejecución de las órdenes de reparación; además, las reparaciones que se otorguen a la luz del Estatuto de Roma no deben interferir con aquellas que deban ser establecidas a razón del derecho nacional.
14. Publicidad²⁶²: estos principios y todos los procesos de reparación que lleve a cabo la CPI deben ser públicos y comprender actividades de sensibilización con las autoridades nacionales, las comunidades locales y las poblaciones afectadas.

7.3. El proceso de reparación.

Una de las peculiaridades más reseñables de la sentencia de 7 de agosto de 2012 es el hecho de que no vaya a ser la Sala que ha conocido el caso Lubanga de sus inicios quien se encargue de las reparaciones²⁶³, sino que quien va a conocer de las solicitudes y decidir las medidas concretas de reparación va a ser el <<Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas>>, bajo la supervisión de una nueva Sala de la CPI²⁶⁴. El Fondo Fiduciario es un órgano independiente de la CPI, introducido por el art. 79 del Estatuto de Roma.

La Sala ha delegado en el Fondo Fiduciario la creación de un equipo multidisciplinar de expertos²⁶⁵ que asistan en²⁶⁶:

- a) la evaluación del daño sufrido;
- b) la evaluación del efecto que han tenido los crímenes de alistamiento y reclutamiento de niños menores de quince años para utilizarlos en las hostilidades para sus familias y comunidades;

²⁵⁸ *Ibid.*, p.84, párr. 253 y 254.

²⁵⁹ Téngase en cuenta que aquí, para las reparaciones, se establece un estándar de prueba más bajo que para el caso de las condenas. Las condenas se basan en hechos de los que no hay duda alguna. La fijación para las reparaciones de un patrón menos estricto se debe principalmente a la dificultad para las víctimas de obtener evidencias que apoyen su reclamación por haber sido destruidas o no estar a su disposición. Véase *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles...* *op.cit.*, p. 83, párr. 251 y 252.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 84, párr. 255.

²⁶¹ *Ibid.* p.85, párr. 256 y 257.

²⁶² *Ibid.*, p.85, párr. 258.

²⁶³ LÓPEZ MARTÍN, “Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional ...*op.cit.*”, p.218.

²⁶⁴ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles...* *op.cit.*, p. 86, párr. 261.

²⁶⁵ *Ibid.*, p.87, párr. 265.

²⁶⁶ *Ibid.*, p.86, párr. 263.

- c) la identificación de la forma más apropiada de reparación, a través de consultas con las víctimas y sus comunidades;
- d) la decisión de a qué individuos, órganos, grupos o comunidades se les debe otorgar reparación; y
- e) el acceso a los fondos necesarios para cumplir con este propósito.

Además, la Sala respalda el <<Plan de cinco pasos>> para implementar las reparaciones sugerido por el Fondo Fiduciario. Éste se llevará a cabo por el equipo de expertos del Fondo Fiduciario en colaboración con la Secretaria de la CPI y la Oficina Pública para las Víctimas²⁶⁷. Los pasos a seguir son los siguientes²⁶⁸:

1. identificar las localidades que deben involucrarse en el proceso de reparación, centrándose principalmente en los lugares donde se cometieron los crímenes;
2. realizar un proceso de consulta en las localidades identificadas;
3. valorar el daño sufrido por las víctimas;
4. realizar debates públicos en cada localidad, explicando los principios y el proceso de reparaciones; y
5. recoger las propuestas de reparaciones colectivas a desarrollarse en cada localidad.

La nueva Sala de la CPI que se constituya para la supervisión del proceso de reparación debe ser informada regularmente sobre la implementación de este Plan de cinco pasos²⁶⁹; no obstante, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 64.2 y 64.3 a) del Estatuto de Roma, la Sala puede hacerse cargo de cualquier asunto que se impugne a consecuencia del trabajo o las decisiones del Fondo Fiduciario²⁷⁰.

En este caso, ya que Thomas Lubanga se ha declarado indigente, las reparaciones serán financiadas por el Fondo Fiduciario²⁷¹; por ello, la Sala pide que todos los Estados colaboren, sean o no parte del Estatuto de Roma²⁷².

7.4. Aspectos problemáticos.

La sentencia de reparaciones, aunque refuerza el papel de las víctimas en el Derecho Penal Internacional, ha suscitado serias críticas.

En primer lugar, resulta chocante que la CPI el establezca de unos principios generales de reparación y al mismo tiempo afirme que éstos no van a generar jurisprudencia²⁷³. Esta rotunda afirmación contradice lo dispuesto en el artículo 21.2 en el que se dice que “la Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Es decir, de conformidad con el artículo 21.2 del Estatuto, los principios establecidos en esta sentencia podrían ser aplicables a decisiones futuras de la CPI sobre reparaciones.

En segundo lugar, el establecimiento de la causa próxima o *but for test*, puede llegar a extender la causalidad de una forma demasiado amplia. La causa próxima es aquella sin la cual no hubiese ocurrido el daño, aún cuando no fuese la causa exclusiva o la primera. Al respecto, LÓPEZ MARTÍN considera que, aunque este test de causalidad

²⁶⁷ *Ibid.* p.91, párr.281.

²⁶⁸ *Ibid.* p.91, párr.282.

²⁶⁹ *Ibid.* p.92, párr.286.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*, p.88, párr. 269 y 270.

²⁷² *Ibid.*, p. 89, párr. 275.

²⁷³ *Ibid.*, p.65, párr. 181.

favorece la reparación a las víctimas, su aplicación excesiva puede generar una responsabilidad ilimitada. Como ejemplo, señala que en el marco de dicha causalidad estarían cubiertos los daños derivados de la esclavitud sexual de las niñas, ya que éstos no habrían tenido lugar de no haberse reclutado y utilizado a las mismas²⁷⁴.

En tercer lugar, la Sala no se ha preocupado por determinar qué modalidad de reparación es más adecuada al caso, sino que recoge todas las posibles, lo cual no sólo puede resultar poco eficaz, sino que además se ha hecho tomando como referente las medidas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que están pensadas para ser aplicadas por Estados que han cometido violaciones de derechos humanos y no por un individuo, como es aquí el caso²⁷⁵. Esto supone un problema, ya que todas aquellas medidas distintas de la indemnización van a precisar de la cooperación de los Estados para su implementación y el Estatuto de Roma excluye en su artículo 25.1 la corresponsabilidad del Estado por los crímenes de sus nacionales²⁷⁶.

El último y más criticable de todos los aspectos de la sentencia de reparaciones es el relativo al proceso a seguir, ya que éste en ningún momento va a ser seguido por la Sala que se encargó de conocer del caso del que las reparaciones traen causa. En la sentencia de reparaciones de 7 de agosto de 2012, como ya se ha visto, la CPI toma la decisión de reenviar la materia de la reparación a las víctimas a un órgano de carácter político, el Fondo Fiduciario, que será supervisado por una nueva Sala. Esto supone una novedad que no cuenta con precedente alguno en ninguna instancia internacional; por lo que para LÓPEZ MARTÍN esta innovación resulta, “absolutamente declinable, siendo el aspecto más desafortunado”²⁷⁷.

8. CONCLUSIONES.

8.1 Primer problema: La primacía de los intereses estatales frente al principio de interés superior del menor en la regulación de los instrumentos internacionales de protección.

El primero de los problemas que plantea la protección de los menores que participan en los conflictos armados es que nos encontramos ante una serie de instrumentos jurídicos internacionales cuya regulación sobre la materia se viene caracterizando por la primacía de los intereses estatales frente al principio de interés superior del niño. La preponderancia del primero sobre el segundo es fruto de la necesidad de consenso de todos los Estados que participan en las negociaciones para la adopción de las disposiciones. Es frecuente que, en los puntos más controvertidos, donde entran en juego los intereses militares y soberanos de muchos de los Estados, se acoja el estándar más bajo de protección en aras del consenso.

Las principales consecuencias de esta situación en el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, el último, y más protector, de los instrumentos adoptados hasta el momento son la permisón del reclutamiento voluntario de menores de dieciocho años por las fuerzas armadas y la admisión de formas de participación indirecta en las fuerzas armadas.

²⁷⁴ LÓPEZ MARTÍN, “Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional ...*op.cit.*, pp.222 y 223

²⁷⁵ *Ibid.*, p.223.

²⁷⁶ *Ibid.*, p.224.

²⁷⁷ *Ibid.*, p.225.

A pesar de que el Protocolo Facultativo cumplió en cierto modo con la gran expectativa de elevar el límite de edad para el reclutamiento obligatorio a los dieciocho años y acoge el más elevado estándar de protección para evitar cualquier tipo de reclutamiento por parte de grupos armados no gubernamentales, sigue teniendo debilidades. En el futuro, las medidas que se adopte deben en ir un paso más allá y lograr:

Primero, que se eleve el límite de edad para el reclutamiento voluntario a los dieciocho años, ya que en la actualidad el sistema de declaraciones vinculantes deja un amplio margen de maniobra a los Estados. Asimismo, no tiene sentido que existan regímenes de protección distintos cuando hay estudios que prueban que los niños que se alistán “voluntariamente” no tienen más alternativas²⁷⁸. Algunos de los factores que hacen que se vean obligados a unirse a fuerzas o grupos armados son: la supervivencia en tiempos de guerra, la pobreza y la falta de acceso a la educación o el empleo, vengar la muerte de familiares o miembros de la comunidad, la adquisición de un estatus social y reconocimiento, presiones familiares o de grupo, razones ideológicas o políticas, honrar la tradición familiar, etc.²⁷⁹ Por tanto, cabe concluir que estos niños en cierta manera acceden bajo coacción y deben ser protegidos del mismo modo que lo son aquellos que se unen a fuerzas o grupos armados por haber sido secuestrados o físicamente forzados.

Segundo, que se prohíba no sólo la participación directa, sino también todas aquellas formas de participación indirecta. La experiencia práctica demuestra que lo que a menudo comienza siendo una participación indirecta desemboca, intencionadamente o por necesidad, en la participación directa de los niños. Por lo que un partícipe indirecto es un potencial partícipe directo²⁸⁰. Además, en una situación de emergencia o durante un ataque no es posible distinguir entre unos partícipes y otros, es decir, ambos corren los mismos riesgos²⁸¹. Por tanto, la mejor protección del niño sólo se va a ver garantizada mediante la prohibición absoluta de participación en las hostilidades.

8.2 Segundo problema: La posibilidad de procesar a niños excombatientes para exigir su responsabilidad criminal.

Como se ha visto, no es pacífica la cuestión de la responsabilidad penal de los menores por los crímenes cometidos. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40, permite que se procese a menores si el proceso es justo y tiene en cuenta las necesidades y vulnerabilidades de los menores y, además, deja al arbitrio de los Estados Parte el establecer una edad mínima a partir de la cual debe presumirse que los niños no tienen capacidad para infringir normas penales. Sin embargo, el Protocolo Facultativo no contiene ninguna disposición específica sobre esta materia.

El Tribunal Especial de Sierra Leona, en el artículo 7 de su Estatuto contemplaba la posibilidad de procesar a los acusados que en el momento de comisión del delito tuvieran entre quince y dieciocho años. Esta previsión no llegó a ponerse en práctica, ya que el Primer Fiscal tomó la decisión de no acusar a aquellos que hubiesen cometido crímenes de guerra siendo niños, sino a los adultos reclutadores y comandantes de estos niños. No obstante, la posibilidad de que fuesen procesados niños soldado en el

²⁷⁸ BRETT, “Adolescent Volunteering ...*op.cit.*”

²⁷⁹ WILLIAMS, “The International campaign to prohibit child soldiers: a critical evaluation”, *The International Journal of Human Rights*, 2010, pp.1074 y 1075.

²⁸⁰ Informe sobre el segundo período de sesiones...*op. cit.*, p.6, párr.28.

²⁸¹ Informe sobre el segundo período de sesiones...*op. cit.*, p.9, párr. 40

Tribunal Especial de Sierra Leona tuvo tanto partidarios como detractores; entre los primeros se encontraba Amnistía Internacional, que consideraba indispensable la redición de cuentas en aquellos casos en que las personas menores de dieciocho años habían actuado de forma totalmente voluntaria.

En este punto, es importante señalar que la responsabilidad por los crímenes de guerra, como acertadamente puso de manifiesto el primer Fiscal del Tribunal Especial para Sierra Leona, debe ser en todo caso jerárquica. Con base al principio de responsabilidad jerárquica²⁸², y teniéndose también en cuenta que en la mayoría de los casos el reclutamiento forzoso o voluntario de estos sujetos es ilegal por su minoría de edad, la responsabilidad por los crímenes cometidos por los menores debe ser siempre de los superiores al mando o reclutadores, tanto si ordenan los crímenes como si tienen conocimiento de ellos. Además, la postura de aquellos que están a favor del procesamiento de menores en los casos del reclutamiento “voluntario” es del todo equivocada máxime si, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, la distinción entre uno y otro tipo de reclutamiento no ha lugar. En palabras de la Representante Especial del Secretario General, “en cualquier caso, si el niño se alista o es reclutado, la línea entre lo voluntario y lo involuntario es jurídicamente irrelevante y prácticamente superficial en el contexto de un conflicto armado”.²⁸³

Asimismo, hay estudios²⁸⁴ que demuestran que para que un niño excombatiente pueda desarrollarse psicosocialmente y reintegrarse en su comunidad es fundamental que comprenda y acepte el pasado. Para favorecer la reconciliación con su comunidad, con sus víctimas y consigo mismo, el procesamiento de los menores no parece ser el mejor mecanismo, sino aquellos otros que se basan en enfoques restaurativos y no estigmatizadores.

Por tanto, teniéndose en cuenta el principio de responsabilidad jerárquica y la importancia de la reconciliación del niño con su comunidad para así evitar nuevos conflictos, cabe concluir que un niño no debe ser procesado por su participación en las hostilidades, aunque cometa crímenes de guerra.

8.3 Tercer problema: La protección de los derechos de los niños soldado en situaciones de conflicto armado en África.

A lo largo del análisis realizado por los distintos países del continente africano en los que a día de hoy se reclutan y utilizan niños para que participen en las hostilidades, se pone de manifiesto que, en la mayoría de ocasiones, las dificultades de acceso a las zonas bajo control de grupos armados hace que sea complicado para los grupos de trabajo de Naciones Unidas y ONGs obtener información de la medida en que las disposiciones protectoras de los niños están siendo violadas. Si el hecho de obtener información es problemático, más aún lo es la adopción de medidas sobre el terreno para que estos grupos respeten los derechos de los niños.

²⁸² La validez de éste principio ha sido confirmada en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²⁸³ UN, OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY-GENERAL FOR CHILDREN AND ARMED CONFLICT, Working Paper n°3, “Children and Justice...”, *op.cit.*, p.28.

²⁸⁴ DUTHIE and SPECHT, “DDR, Transitional justice, and the Reintegration of former child combatants” en SOCIAL SCIENCE RESEARCH COUNCIL, *Disarming the Past. Transitional Justice and Excombatants*, Nueva York, 2009, pp.190-220.

Para conseguir mejoras sobre el terreno a la hora de que se apliquen las medidas protectoras de los niños vinculados con fuerzas o grupos armados, se precisa:

Primero, un mayor apoyo a las labores de la Oficina del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para los Niños y los Conflictos Armados. El Representante Especial actualmente se encarga de la coordinación de las actividades de todos los órganos competentes y agencias especializadas de Naciones Unidas en relación con la protección de los niños en los conflictos armados, así como de la cooperación de éstas con otras de ámbito regional (como la Unión Africana), y ONGs. No obstante, su función más importante y trascendente es la de promoción de acuerdos con las Partes en conflicto. La implementación de Planes de Acción con las partes reclutadoras que figuran en el Anexo I del Informe Anual del Secretario General es a día de hoy uno de los mecanismos más efectivos, sino el que más, para la progresiva desmovilización, rehabilitación y reinserción de niños soldado.

Segundo, la difusión de las normas de Derecho Internacional Humanitario relativas a la protección de los niños soldado entre las fuerzas armadas y todos los sectores de la sociedad. De tal manera, se favorece la creación de una obligación no sólo jurídica, sino también moral, de respetar a los niños y mantenerlos al margen de las hostilidades. Quienes deben encontrar las vías para llevar a cabo esta difusión no sólo son órganos internacionales competentes, sino también los Estados, quienes deben conocer las mejores vías para ello.

Tercero, la mayor publicidad posible tanto de los informes recibidos por el Comité de los Derechos del Niño, como de los Informes del Secretario General, para así crear una opinión pública mundial que se avergüence del uso de niños soldado y tenga capacidad de presionar para poner fin a esta práctica.

8.4 Cuarto problema: El futuro incierto del sistema de reparación a las víctimas de la CPI.

Para aquellos niños que han sido reclutados por fuerzas o grupos armados y han participado en conflictos armados la justicia punitiva no es suficiente. La justicia punitiva tiene como finalidad la condena de quien ha cometido el crimen en violación de la ley. Sin embargo, en el crimen de guerra de reclutamiento de menores, el infractor no sólo viola lo dispuesto en el Estatuto de Roma, sino que también lesiona a los niños reclutados, a sus familias y a la comunidad. La justicia restauradora brinda a estos sujetos oportunidades que no ofrece la justicia punitiva: las víctimas, dejan constancia de los daños sufridos, y el condenado, además de conocer de las consecuencias de sus actos, asume su responsabilidad y la obligación de reparar el daño causado.

La primera sentencia de reparaciones dictada por la CPI el 7 de agosto de 2012, que tiene por objeto la reparación a las víctimas de Thomas Lubanga Dyilo, sienta los principios de reparación y el proceso a seguir para ello. En un primer momento, un pronunciamiento de tal magnitud hace pensar que ésta no es sino la primera de las decisiones en materia de reparación de víctimas, sin embargo la sentencia, al señalar que lo que en ella se dispone no va a generar jurisprudencia, genera una gran incertidumbre sobre el camino a seguir por las víctimas de otros condenados por la CPI.

En este caso Lubanga se ha declarado indigente. Por ello, las reparaciones de sus víctimas van a ser financiadas a través del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas. Este Fondo depende de contribuciones voluntarias y de donaciones privadas, su presupuesto para reparaciones en abril de 2013, era de 1.8 millones de euros. Gracias

a las contribuciones de Alemania y Finlandia para el caso Lubanga, este presupuesto ha aumentado en casi medio millón de euros, si se compara con el del año anterior ²⁸⁵. Pese a esta subida, si se comprueba la gráfica del Anexo III, se aprecia que desde 2011 las contribuciones de los Estados Parte han descendido de 3.245.900€ a 611.000€; por tanto, vista las dificultades de financiación del Fondo Fiduciario y su escasez de recursos, no queda claro que las víctimas de Lubanga, y las futuras víctimas de aquellos que se declaren sin recursos, vayan a verse reparadas de forma proporcional a los perjuicios, al sufrimiento, a las pérdidas y al daño resultante de los crímenes, tal y como uno de los principios enunciados por la CPI prevé.

La reparación a las víctimas de los más graves crímenes es totalmente legítima y necesaria, y que la CPI haya iniciado la vía para ello debe valorarse de forma positiva. Son muchas las debilidades que muestra el sistema de reparaciones, tal y como propone la CPI en su sentencia de 7 de agosto de 2012; no obstante, es importante que este mismo sistema, u otro, se ponga en marcha y vaya corrigiendo sus deficiencias progresivamente.

²⁸⁵ Véase <http://www.trustfundforvictims.org/financial-info>, consultado a 4 de junio de 2014

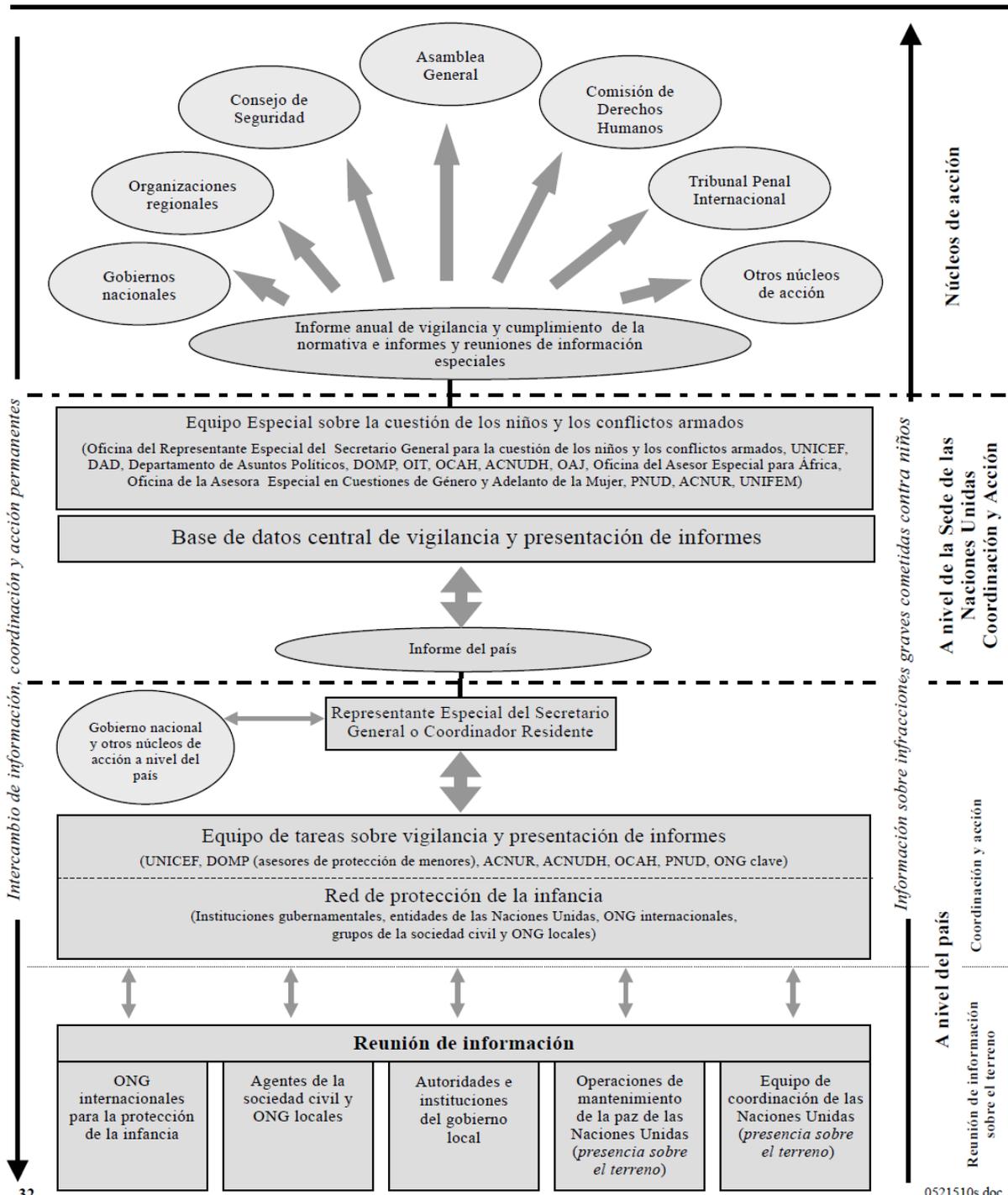
ANEXO I

Cuadro-resumen del marco de protección jurídico internacional de los niños soldado.

	Límite edad reclutamiento forzoso	Límite edad reclutamiento voluntario	Tipo de participación prohibida
Protocolo Adicional I	15	Según interpretación: a) Límite 15 años. b) No se prohíbe.	Directa
Protocolo Adicional II	15	15	Directa e indirecta.
CRC	15	Según interpretación: a) Límite 15. b) No se prohíbe.	Directa.
Carta Africana	18	18	Directa.
Estatuto Roma	15	15	Directa e indirecta.
Convención núm.182 OIT	18	No se prohíbe.	Directa e indirecta.
OP-CRC-AC (estándar para las fuerzas armadas)	18	Cláusula <i>opt-in</i> : según declaración vinculante	Directa.
OP-CRC-AC (estándar grupos armados no gubernamentales)	18	18	Directa e indirecta.

ANEXO II

Diagrama del sistema de vigilancia y presentación de informes sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados



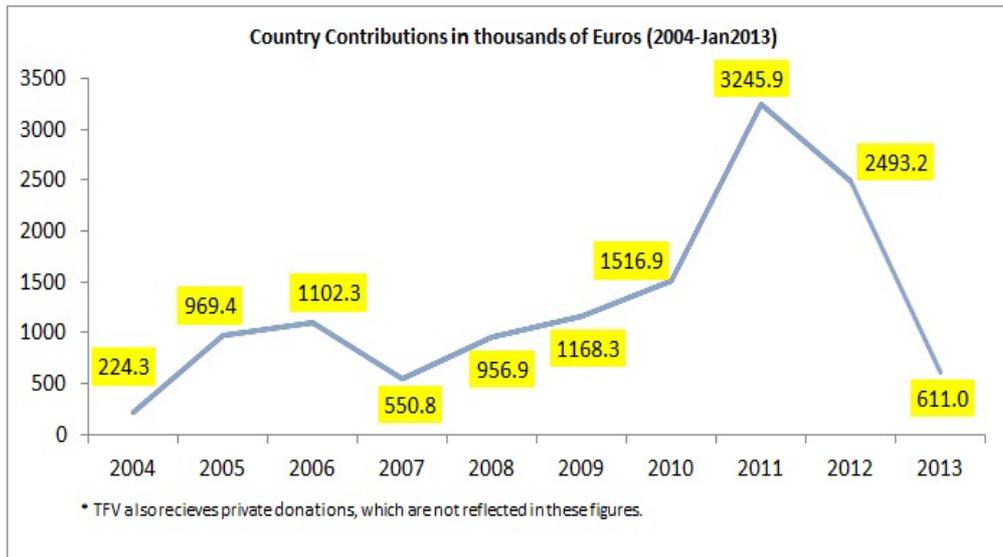
32

0521510s.doc

Fuente: Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre los niños y los conflictos armados, de 10 de noviembre de 2003, A/59/695-S/2005/72, p.32.

ANEXO III

Gráfica de las contribuciones de los Estados Parte de la CPI al Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas.



Fuente: Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas

<http://www.trustfundforvictims.org/financial-info>

BIBLIOGRAFÍA:

Fuentes doctrinales:

AMBOS, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (*Prosecutor v. Lubanga*): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, Barcelona, 2012. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>, consultado el 31 de diciembre de 2012.

BRETT, “Adolescent Volunteering for Armed Forces o Armed Groups”, *International Review of the Red Cross*, 2003. Disponible en: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_852_brett.pdf, consultado el 1 de junio de 2014.

CICR, “Commentaire des Protocoles Additionels du 8 juin aux Conventions de Genève du 12 août 1949”, Ginerbra, 1986.

DETRICK, “The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the travaux préparatoires”, Dordrecht, Boston, Londres, 1992.

DULTI, “Niños combatientes prisioneros”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1990.

DUTHIE and SPECHT, “DDR, Transitional justice, and the Reintegration of former child combatants” en SOCIAL SCIENCE RESEARCH COUNCIL, *Disarming the Past. Transitional Justice and Excombatants*, Nueva York, 2009.

GÓMEZ ISA, “La protección jurídica internacional de las niñas y niños soldado”, en ALDECOA LUZÁRRAGA y FORNER DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010.

HAPPOLD, “Child Soldiers in International Law: the legal regulation of children’s participation in hostilities”, *Netherland International Law Review*, 2000.

HENCKAERTS y DOSWALD-BECK “El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas”.

HERNÁNDEZ PRADAS “La protección especial del Niño”, en RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coord.), *El Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, 2002.

HERNÁNDEZ PRADAS, “El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional”, Valencia, 2001.

JEAN-MARC DE LA SABLIERE, “Security Council Engagement on the Protection of Children in Armed Conflict: progress achieved and the way forward”, 2012. Disponible en: http://childrenandarmedconflict.un.org/publications/Delasabliereport_en.pdf, consultado a 17 de diciembre de 2013.

LÓPEZ MARTÍN, “Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013.

MANN, “International Law and the Child Soldier”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1987

MARIS GONZÁLEZ, “La Protección de la Infancia en el marco del Derecho Internacional”, Madrid, 1991.

MCBRIDE, “The war crime of child soldier recruitment”, La Haya, 2014.

ORIHUELA CALATAYUD, “¿Justicia restaurativa para las víctimas? El papel de la Corte Penal Internacional”, en SOROETA LICERAS (dir.), *Nuevos Colonialismos y Derechos Humanos de una Sociedad Internacional en crisis. Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen XIII*, Pamplona, 2014.

PAJA BURGOA, “La Convención de los Derechos del Niño”, Madrid, 1998.

SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “El problema de los niños soldado”, en CALVO GARCÍA y FERÁNDEZ SOLA (coords.), *Los derechos de la infancia y la adolescencia. Primeras Jornadas sobre Derechos humanos y libertades fundamentales*, Zaragoza, 2000.

VAN BUEREN, “The International Law of the Rights of the Child”, La Haya, 1998.

VAN BUEREN, “The international Protection of Children in Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1994.

WILLIAMS, “The International campaign to prohibit child soldiers: a critical evaluation”, *The International Journal of Human Rights*, 2010.

Fuentes documentales y otras fuentes de conocimiento:

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Niños soldados, ¿criminales o víctimas?”, Londres, 2000. Disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Texto%20completo%20del%20Informe?CMD=VEROBJ&MLKOB=24883115858>, consultado el 23 de marzo de 2014.

CHILD SOLDIERS INTERNATIONAL, “Chad: Briefing on the status of implementation of the June 2011 Action Plan on children associated with armed forces and groups and its 10-Point Roadmap”, 2014. Disponible en: http://www.child-soldiers.org/research_report_reader.php?id=748, consultado el 1 de junio de 2014.

CHILD SOLDIERS INTERNATIONAL, “Más que mil palabras. Una agenda para la acción para acabar con el uso estatal de los niños como soldados”, Reino Unido, 2012.

DUTHIE and SPECHT, “DDR, Transitional justice, and the Reintegration of former child combatants” en SOCIAL SCIENCE RESEARCH COUNCIL, *Disarming the Past. Transitional Justice and Excombatants*, Nueva York, 2009.

UN, OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY-GENERAL FOR CHILDREN AND ARMED CONFLICT, Working Paper nº3, “Children and Justice During and in the Aftermath of Armed Conflict”, septiembre 2011. Disponible en: http://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper-3_Children-and-Justice.pdf, consultado el 17 de diciembre de 2013.

UN, OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY-GENERAL FOR CHILDREN AND ARMED CONFLICT, Working Paper nº1, “The Six Grave Violations Against Children During Armed Conflict: The Legal Foundation”, octubre 2009, (actualizado a noviembre de 2013). Disponible en: http://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper-1_SixGraveViolationsLegalFoundation.pdf, consultado el 17 de diciembre de 2013.

Informes y resoluciones:

Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1261, de 25 de agosto de 1999, S/RES/1261(1999).

Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1314, de 11 de agosto de 2000, S/RES/1314 (2000).

Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1379, de 20 de noviembre de 2001, S/RES/1379 (2001).

Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1460, de 30 de enero de 2003, S/RES/1460 (2003).

Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1539, de 22 de abril de 2004, S/RES/1539 (2004).

Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1612, de 26 de julio de 2005, S/RES/1612 (2005).

Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1882, de 4 de agosto de 2009, S/RES/1882 (2009).

Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1998, de 12 de julio de 2011, S/RES/1998 (2011).

Resolución Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 2068, de 19 de septiembre de 2012, S/RES/2068 (2012).

Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 2143, de 7 de marzo de 2014, S/RES/2143 (2014).

Informe del primer periodo de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 10 de febrero de 1995, E/CN.4/1995/96.

Informe del segundo periodo de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 21 de marzo de 1996, E/CN.4/1996/102.

Informe del tercer periodo de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 13 de marzo de 1997, E/CN.4/1997/96.

Informe del cuarto periodo de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 23 de marzo de 1998, E/CN.4/1998/102.

Informe del quinto periodo de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 24 de marzo de 1999, E/CN.4/1999/73.

Informe del sexto periodo de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño

relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 27 de marzo de 2000, E/CN.4/2000/74.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/157, de 7 de marzo de 1995, A/RES/48/157

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 51/306, de 26 de agosto de 1996, A/51/306.

Informe Anual del Secretario General de Naciones Unidas sobre los niños y los conflictos armados, de 15 de mayo de 2013, A/67/845–S/2013/245.

Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, de 5 de agosto de 2013, A/68/267.

Informe del Secretario General sobre la República Centroafricana presentado en cumplimiento del párrafo 48 de la resolución 2127 (2013) del Consejo de Seguridad, de 3 de marzo de 2014, S/2014/142.

Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 2127, de 5 de diciembre de 2013, S/RES/2127 (2013).

Informe del Secretario General sobre la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, de 15 de febrero de 2013, S/2013/96.

Informe del Secretario General sobre la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, de 28 de junio de 2013, S/2013/388.

Informe del Secretario General sobre la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, de 30 de septiembre de 2013, S/2013/581.

Informe del Secretario General sobre la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, de 17 de diciembre de 2012, S/2013/757.

Informe del Secretario General sobre los niños y el conflicto armado en Malí, de 14 de abril de 2014, S/2014/267.

Informe del Secretario General sobre Somalia, de 31 de mayo de 2013, S/2013/326.

Informe del Secretario General sobre Somalia, de 3 de septiembre de 2013, S/2013/521.

Informe del Secretario General sobre Somalia, de 2 de diciembre de 2013, S/2013/709.

Informe del Secretario General sobre Somalia, de 3 de marzo de 2014, S/2014/140.

Informe del Secretario General sobre Somalia, de 12 de mayo de 2014, S/2014/330.

Informe del Secretario General sobre la Misión de las Naciones Unidas en Sudán del Sur, de 8 de marzo de 2013, S/2013/140.

Informe del Secretario General sobre Sudán del Sur, de 20 de junio de 2013, S/2013/366.

Informe del Secretario General sobre Sudán del Sur, de 8 de noviembre de 2013, S/2013/651.

Informe del Secretario General sobre Sudán del Sur, de 6 de marzo de 2014, S/2014/158.

Informe del Secretario General sobre la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur, de 15 de enero de 2013, S/2013/22.

Informe del Secretario General sobre la Misión de las Naciones Unidas en Sudán del Sur, de 8 de marzo de 2013, S/2013/140.

Informe del Secretario General sobre la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur, de 14 de octubre de 2013, S/2013/607.

Convenciones y otros instrumentos:

IV Convención de Ginebra relativa a la protección de civiles en tiempos de guerra de 1949.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999. BOE núm. 118, de 17 de mayo de 2001

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000. BOE núm. 92, de 17 de abril de 2002.

Principios y Directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados de 2007.

Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia de 1993

Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda de 1994.

Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona de 2000.

Jurisprudencia:

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, de 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06-2842.

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, de 10 de julio de 2012, ICC-01/04-01/06-2901.

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, de 7 de agosto de 2012, ICC-01/04-01/06-2904.

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted version of “Decision on ‘indirect victims’”, de 8 de abril de 2009, ICC-01/04-01/06-1813.