

LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

ANA ALBERTI

I. INTRODUCCIÓN

En este ensayo me propongo analizar la normativa internacional aplicable en los conflictos armados y su relación con un grupo determinado: los niños como personas protegidas.

Efectuaré, en primer lugar, una breve reseña de la relación que existe entre la noción de soberanía de los Estados y el reciente desarrollo del Derecho Internacional. En este contexto, se advierte que tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Internacional Humanitario, han ocupado un rol central en la restricción del poder ilimitado que suponía concebir a los Estados nacionales como entidades autosuficientes sin sujeción a norma alguna. En este sentido, el Derecho Internacional Humanitario reviste fundamental importancia en la regulación y limitación de los métodos y medios para conducir las hostilidades, particularmente, su principal objetivo es la protección de las víctimas de los conflictos armados. Los niños como sujetos incluidos progresivamente han sido objeto de una especial protección, primero por los Convenios de Ginebra de 1949 y por sus Protocolos Adicionales y luego por la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta evolución se perfeccionó con la reciente entrada en vigor del Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.

Los documentos antes enumerados serán objeto de análisis y de crítica en el presente trabajo. En particular, me ocuparé del régimen para el reclutamiento de personas menores de edad en conflictos armados con el objeto de delinear límites precisos para evitar la participación de los niños en las hostilidades, debido a que mediante dicha intervención los niños se encuen-

tran más expuestos a sufrir lesiones irreversibles, y también porque, debido a la inexperiencia, su participación pone en peligro las vidas de las personas que se encuentran a su alrededor.

Efectuare dicho análisis a la luz de la consideración de los niños como sujetos titulares de derechos, tal como se estipula en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, estas reflexiones estarán guiadas por la idea de que, si bien existe una diferencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario a tener en cuenta, la distancia entre uno y otro debe tender a acortarse. Así, la aplicación del primero sólo en tiempos de paz debe extenderse progresivamente de manera que el reconocimiento de los derechos fundamentales no se limite exclusivamente a dicho contexto. En esta dirección, considero que la constante crítica de las normas internacionales en vigor es de vital importancia para lograr el pleno respeto de los derechos humanos hacia el interior de las fronteras estatales¹.

II. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA COMUNIDAD INTERNACIONAL, SUJETA A UN ORDEN JURÍDICO

Los teólogos españoles del siglo XVI —particularmente, Francisco de Victoria, Gabriel Vázquez de Menchaca, Baltasar de Ayala y Francisco Suárez— concibieron a los flamantes Estados nacionales como soberanos —es decir, sometidos a su propia ley—, iguales e independientes entre sí. El único límite a este poder absoluto era el derecho de gentes, concebido como un conjunto de normas derivadas del derecho natural. En este contexto, el uso de la fuerza se encontraba justificado por la transgresión a este orden supuestamente universal. En el siglo XVII, esta noción será cuestionada por filósofos como Hugo Grocio, Thomas Hobbes y John Locke quienes vislumbran una falta de coherencia entre la noción de soberanía estatal y la sujeción de los Estados nacionales a un orden jurídico internacional. Así, se hará prevalecer una idea de Estado como fuente jurídica suprema no derivada de otra norma superior y, por lo tanto, sólo sometido a sus propias normas. La *communitas orbis* concebida por de Victoria se transformará así en un conjunto de Estados sin norma alguna que rija sus relaciones, como "una sociedad salvaje en estado de naturaleza"².

¹ En este sentido, resulta relevante la decisión de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de guerra cometidos en la ex Yugoslavia en el caso de Dusko Tadić. En este caso se estableció que, en virtud de la consuetudine internacional, los derechos fundamentales, con la excepción con que se encuentran consagrados en los instrumentos internacionales, son plenamente aplicables en todos los conflictos armados. Cf. *Case 6105*, E. H. H. G. J., 14 de julio 1997.

² Paganos, *Legis. Dere. Int. y geográficas. A los del estado delib.*, 2ª ed., Trava. Madrid, 1993, p. 136.

La comunidad internacional esperará cuatro largos siglos para la limitación del uso de la fuerza por parte de los Estados. Será recién a principios del siglo XX, con el Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919³ y posteriormente con el Pacto Briand-Kellogg, firmado en 1928⁴, que se limitará el recurso al uso de la fuerza entre los Estados Partes de dichos tratados como método de solución de controversias. Sin embargo, el fortalecimiento de los compromisos estatales para intentar el mantenimiento de la paz mundial se acuerda mediante la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas, en 1945. En esta última se pacta la abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en relación con cualquier Estado —no solamente con aquellos miembros de la Organización de las Naciones Unidas— con tres únicas excepciones, a saber: el reconocimiento del monopolio del uso lícito de la fuerza del Consejo de Seguridad —art. 42—, la legítima defensa individual o colectiva de los Estados —art. 51— y el derecho de los pueblos a rebelarse contra la dominación colonial o extranjera⁵.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

No obstante los esfuerzos iniciados para arribar a la paz mundial, la idea de la reacción bélica en trasgresión a las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados no fue descartada. Por esta razón, se acuerdan mínimas pautas para reglar los conflictos armados suscitados entre los Estados; así nace el Derecho Internacional Humanitario, también denominado "derecho de la guerra" o "derecho de los conflictos armados". Sus disposiciones fueron ordenadas y codificadas por primera vez por el Convenio de Ginebra de 1864 —para aliviar la suerte de los soldados heridos en cam-

³Este tratado previó una instancia en el recurso a la guerra. Su art. 17 dispuso que en caso de controversia entre sus miembros debían someterse a un procedimiento de arbitraje (por amplio judicial o mediante la intervención del Consejo). De tal manera, antes del plazo de tres meses corridos a partir del dictado del fallo correspondiente, no podían recurrir al uso de la fuerza para solucionar tal divergencia. Además, se condenó al empleo de medios bélicos a una serie de procedimientos, previstos en el su art. 13, 15 y 16, cuyo incumplimiento ocasionó serios castigos. Cf. G. ROSSINI PIRELLA, *Historia D. T., Muchos derechos internacionales y regional latinoamericano*, Zacatlá, Buenos Aires, 1995.

⁴En su art. 17 dispuso que los Altos Partes Contratantes "declinan solemnemente que condicen al recurso de la guerra para la solución de los controversias internacionales y que renunciar a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas".

⁵Esta última excepción no se encuentra expresamente contemplada en la Carta, sin embargo, la práctica internacional —sustentada por diversas resoluciones de la Asamblea General y codificada posteriormente por la resolución 2621(XXV) de dicho órgano— ha derrota del principio de autodeterminación de los pueblos (art. 2.2 de la Carta) esta posibilidad. Para un análisis pormenorizado ver GROSS (Eduardo), "El uso de la fuerza en los recientes internacional", *Revista de Derecho Administrativo*, 1994, pp. 1429; y GIBLINER PONS, H. D. T., *Medios...*, cit.

pañía—. Este instrumento fue el resultado de una serie de ideas de Henry Dunant, un joven suizo que había presenciado los horrores de la batalla de Solferino, en Italia. Junto a dicha iniciativa, Dunant había creado un año antes el Comité Internacional de la Cruz Roja —CICR— y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. El CICR es una organización imparcial, neutral e independiente cuya misión es la de asistir y socorrer a las personas afectadas por conflictos armados internacionales y disturbios y tensiones de carácter interno, mediante la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Actualmente, los principales tratados multilaterales que forman parte del Derecho Internacional Humanitario son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁶ y sus dos Protocolos Adicionales⁷, en vigor desde 1977. Estos instrumentos internacionales han codificado estándares y reglas provenientes de la costumbre internacional y han desarrollado otros tantos con el objetivo de proteger a las víctimas de las guerras (personas que no participan o que ya no participan en la guerra) y limitar los medios y métodos usados en tiempos de guerra, y constituyen la principal regulación contemporánea del *ius in bello*. Así, dejando de lado el cuestionamiento acerca de la legalidad de la guerra, mediante estas reglas se intenta “aliviar lo más posible las calamidades de la guerra”⁸. Estándares como el de “proporcionalidad” en la elección de objetivos militares o el de “sufrimiento innecesario” respecto de la población civil, son utilizados para trazar la línea divisoria entre lo que se considera permitido y lo prohibido, sujeto a sanción.

Además de estos instrumentos, pueden enumerarse otros tantos, entre los que podemos nombrar a la Convención de La Haya (1954), dedicada a la protección de los bienes culturales en caso de conflictos armados, y sus Protocolos de 1954 y de 1999; la Convención de la ONU de 1980 sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y sus Protocolos sobre fragmentos no localizables, minas, armas trampa y otros artefactos, armas incendiarias y armas láser cegadoras; el Tratado de Ottawa,

⁶ El Convenio I, que protege a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio II, que protege a los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio III, que protege a los prisioneros de guerra; el Convenio IV, que protege a la población civil.

⁷ El Protocolo I refuerza la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y amplía la definición de los mismos a ciertos tipos de guerra de liberación nacional; y el Protocolo II refuerza la protección de las personas afectadas por conflictos armados internos.

⁸ Simons, Henry J. + Austin, Philip, *International human rights in context*, Paul, Oxford University Press, New York, 2000, p. 67.

que prohíbe el empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y su destrucción.

Las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario han contado con tal aceptación por parte de la comunidad de los Estados que actualmente muchas de ellas son consideradas derecho consuetudinario y de carácter imperativo.

IV. NORMAS RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y EN LOS PROTOCOLOS ADICIONALES

1. Principios Generales aplicables

En el contexto de los conflictos armados suscitados durante los últimos cincuenta años, la participación de los niños en éstos se ha ido incrementado, resultando ser las principales víctimas de las atrocidades de la guerra; paralelamente, diversos instrumentos internacionales han comenzado a reconocer una protección específica a los niños inmersos en situaciones de conflicto armado. Entre las primeras de estas normas se ubican el IV Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerras —en adelante, Convenio IV—¹, el Protocolo Adicional I Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales —en adelante, Protocolo I— y el Protocolo Adicional II Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional —en adelante, Protocolo II—².

¹ Sin perjuicio de la aplicación del Convenio III de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, en el que se otorga un trato privilegiado en razón de la edad en el caso de involucramiento dentro de las hostilidades (arts. II y 49). Además, debe mencionarse que los niños son protegidos en muchos casos mediante la previsión de medidas de protección específicas estipuladas o favorecidas de mayor puntaje que otras, art. 51, Convenio IV; de la madre de niño de corta edad (ejemplo de ello es el art. 74, Convenio IV) o directamente mediante que también a manera de niño el niño fallecido (por ejemplo, art. 42, Convenio IV).

² Se ha dicho que, aun cuando se prevé una protección especial en los documentos mencionados, dichos instrumentos normativos no alcanzan a considerar a los niños como verdaderos sujetos de derecho. Así, tanto la edad estipulada para beneficiar a las personas protegidas como también los sujetos de protección circunscriptos a determinadas situaciones surten cuenta de un concepto limitado de "protección" —con la adopción de estándares mínimos de protección— diferente al concebido por tratados específicos, como lo es la Convención sobre Derechos del Niño. Por ejemplo, la conceptualización del "interés superior del niño" como principio hermenéutico se ha tenido cabida en el Derecho Internacional Humanitario. De tal modo las normas en cuestión podrían más bien ser en la protección de la familia que en la de los niños. Cf. HANSEN, CARLÉN y AAR BUCHHE, *Talbot, Armed Conflict: The Protection of Children Under International Law*.

Así pues, según los tratados antes mencionados, los niños además de gozar de una protección general conferida a la población civil se encuentran especialmente protegidos por disposiciones específicas que tiene en cuenta su particular vulnerabilidad. Es así que el principio vector es el introducido por el art. 77, apart. 1, del Protocolo I¹²:

"Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra toda forma de atentado contra el pudor. Las partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón".

Asimismo, debe entenderse que la protección especial estipulada resulta extensiva a todos los niños que se encuentren en el territorio de los Estados en conflicto—incluido los territorios ocupados—, hallándose o no participando en el conflicto.

Los instrumentos antes mencionados no han establecido un límite etario específico a partir del cual una persona se encuentra protegida por sus preceptos. En contraposición se ha decidido fijar edades diferentes en atención al beneficio estipulado. Así, por ejemplo, se protege al *incurvus*—o foto—de forma indirecta a través de la protección de la madre encinta o parturienta, a los recién nacidos y bebés lactantes y a los menores de 7 años, cuya protección en general aparece ligada a la madre. Por otra parte, se fija la edad de 12¹³ o 15 años en algunos casos¹⁴ y en otros la de 18 años¹⁵ es, simplemente, no se establece una edad específica para gozar de la protección especialmente prevista¹⁶. Esta divergencia de criterios resulta entendible en tanto existe una diferencia reconocida por la psicología evolutiva—e incorporada por varias legislaciones nacionales— entre las personas incluidas en la franja de edad de 0 a 18 años: de acuerdo con ella, suele fijarse un límite entre niños (personas entre los 0 y los 12, 13 o 14 años) y adolescentes (mayores de 12, 13 o 14 años y menores de 18 años).

Por otra parte, el último criterio resulta acertado ya que, en razón del período por el que se atraviesa, entre las personas protegidas suelen existir

¹² Se refiere dicho artículo en el principio 8 de la Declaración de los Derechos del Niño (ODN), Art. Res. 11/356—ADN—: "El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciben protección y socorro".

¹³ Art. 24, párr. 3, Convenio IV.

¹⁴ Arts. 14, 23, 24, párr. 3, 18, 89, Convenio IV; art. 77, párr. 2° y 3°, Protocolo I; art. 47, ítem c) e i, Protocolo II.

¹⁵ Arts. 51, 68, Convenio IV; art. 77, párr. 3°, Protocolo I; art. 47, Protocolo II.

¹⁶ Arts. 17, 36, 36, 82, 94, 132, 136 o 140, Convenio IV; arts. 70, 77, párr. 1° y 4°, 76, Protocolo I; art. 47, Protocolo II.

diferencias importantes respecto del grado de desarrollo físico, psíquico y emocional. Dicha circunstancia advierte acerca de la conveniencia de adoptar un criterio flexible en ciertos casos, en estos casos, por lo demás, siempre la determinación de la edad debe decidirse considerando el interés de la persona protegida.

No obstante tal divergencia de criterios, la estipulación de una protección especial respecto de personas de corta edad se justifica por la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran los niños en los conflictos armados: ellos son los que más sufren. Así se ha pronunciado el CICR, advirtiendo que "...los grupos más vulnerables de la sociedad son las primeras víctimas de la violencia.

"Por lo tanto, los niños deben recibir, como las mujeres y los ancianos, una atención especial"¹⁶. Muestra de ello son las cifras reveladas por el CICR en relación a las víctimas de las minas y las municiones sin estallar: "casi tres cuartos de las víctimas de las minas son niños de entre cinco y quince años de edad"¹⁷. Además, esto se demuestra en las cifras: el Representante Especial del Secretario General encargado de la cuestión de los niños en los conflictos armados —en adelante, el Representante Especial— ha informado que el 90% de las víctimas de la lucha armada son civiles, especialmente niños y mujeres, y que en la actualidad hay más de 22 millones de niños desplazados por la guerra dentro y fuera de sus países, más 300.000 niños combatientes y 800.000 niños por mes mueren o son mutilados por minas terrestres; estas cifras, se previene, van en aumento¹⁸.

Por otra parte, dicha consideración especial se justifica por la condición de las personas en pleno desarrollo, lo que hace necesario brindar una atención adecuada (por ejemplo, mediante la provisión de alimentación suplementaria, la prioridad en la atención médica y la restricción de acceso a juegos en lugares en peligro de encontrarse minados).

Finalmente, es necesario incorporar un enfoque a largo plazo de las huellas que la guerra deja sobre la población en general y sobre la infancia, en particular. En este sentido, diversos estudios han podido comprobar la

¹⁶ "Los niños y la guerra", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 83, no. 842, junio 2001.

¹⁷ CICR, *Folleto Especial, Los niños y la guerra*, edición de Jitija Gaudin-Lattanz, CICR Producciones, Suiza, 1994, p. 6.

¹⁸ Informe abreviado de la gestión del Representante Especial, Otiara A. Okoroa, desde octubre 1999 hasta septiembre 2000, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución A/55/442, el 30/9/2000, párr. 7 y 8.

relación entre las vivencias de violencia y las decisiones futuras de las personas ²⁰.

Esta evidencia se presenta como particularmente decisiva si se considera que los niños de hoy serán las personas que en pocos años conformarán las sociedades futuras. Por esta razón, es evidente la necesidad de que se tomen los mayores recaudos tendientes a evitar el menor contacto posible de los niños con los horrores de la guerra.

2. La participación de los niños en los conflictos armados:

edad mínima. Reclutamiento forzoso o voluntario.

Participación directa o indirecta. Críticas.

En particular, resulta sumamente preocupante la situación de los niños soldados debido a que son ellos los que se encuentran más expuestos a los riesgos de la guerra ²¹. Además, debido a su inexperiencia, los niños que empuñan armas ponen en riesgo las vidas de las personas que se encuentran a su alrededor y pueden violar normas del Derecho Internacional Humanitario sin siquiera ser conscientes de ello. Por otra parte, las secuelas psicológicas que deja la guerra en la vida de los niños son frecuentemente irreversibles.

Estas circunstancias exigen prohibir en forma categórica la participación de los niños en dichos conflictos. De ello se ha ocupado el Protocolo I, en relación a los conflictos de carácter internacional; en su art. 77, apart. 2º, dispone:

“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”.

La primera crítica que cabe efectuarse respecto de la norma transcrita es que la exigencia que pesa sobre los Estados de adoptar “todas las medidas

²⁰ Entre otros, Cues, Benz - Gervasio-Coll, Guy S., *Child Soldiers*, Clarendon Press, Oxford, 1994. Los autores en dicho estudio advierten sobre la conexión entre la existencia del mundo constante en la miseria y la probabilidad de incorporarse más tarde a grupos terroristas o armados.

²¹ La Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio 182, definió al reclutamiento de niños como soldados como una de las peores formas de trabajo infantil y estableció como límite máximo al reclutamiento forzoso la edad de 18 años.

posibles²¹ tendientes a evitar la participación directa de las personas menores de 15 años, quita fuerza a la disposición en cuestión. Así, se ha estimado conveniente su reemplazo por la expresión "todas las medidas necesarias", utilizada en otras disposiciones del mismo tratado (por ejemplo, en aquellas que estipulan una protección especial a favor de las mujeres).

Por otra parte, respecto de la edad sugerida por la norma a partir de la cual se puede reclutar forzosamente a un niño, es inconveniente debido a que es probable que, de ocurrir un conflicto de tal naturaleza antes de arribar a la mayoría de edad, los niños a los que se les haya impartido instrucción militar serán incluidos en las fuerzas armadas. Además, el establecimiento de un límite en la edad más elevado —por ejemplo, de 18 años— evitaría el reclutamiento de personas de temprana edad ya que su aspecto físico impedirá abusos. También es importante recordar que de acuerdo con las normas internacionales vigentes los niños de entre 15 y 18 años reclutados ya no serán considerados miembros de la población civil y, por lo tanto, podrán ser atacados como cualquier otro combatiente.

Otras dos cuestiones que subyacen del análisis de la disposición incluida en el art. 77 son, por un lado, la exclusión de dicha prohibición del reclutamiento voluntario y, por otra, su limitación a la participación directa.

En punto al reclutamiento voluntario, no se incluye explícitamente en dicha norma²². Esta circunstancia resulta sumamente riesgosa debido a que los Estados, en general, justifican la participación de los niños en los conflictos armados sobre la base de que la misma fue decidida voluntariamente por la persona. Sin embargo, la experiencia nos dice que en muchos casos tal decisión se encuentra condicionada en gran medida por razones externas a la voluntad de las personas, incluidas las económicas (el alistamiento puede redundar en ventajas económicas y oportunidades laborales futuras); de seguridad física (seguridad brindada por pertenecer a un grupo armado); o vinculadas con el prestigio social y con ciertos atributos de virilidad. Es por estas circunstancias que resulta conveniente modificar este criterio a favor de la prohibición del reclutamiento voluntario, estableciéndose como límite una determinada edad (por ejemplo, los 15 o los 18 años) a partir de la cual una persona puede y debe hacerse responsable de las consecuencias de sus propios actos.

²¹ El caso así formulado responde a una objeción entre los Estados Parte del título. Se ha estimado que "en particular en los sectores ocupados y en los casos de guerra de liberación nacional, una prohibición total de la participación voluntaria de los niños menores de 15 años no es idónea a la realidad". Ver en Acta 89, CD/69/6370Ex. 1, p. 468.

Otro punto cuestionable de la disposición es que si bien se prohíbe la participación directa, no se veda la intervención indirecta de los niños en las hostilidades²². La expresión "participación directa" comprende "los actos de guerra que, por su naturaleza o por su propósito, estén destinados a causar daños concretos al personal o al material de las fuerzas armadas adversas"²³. Sin embargo, existen otras formas de participación no cubierta por la norma bajo análisis que pueden dejar en igual o mayor situación de indefensión a los niños, tales como los actos de "búsqueda y la transmisión de informaciones militares, el transporte de armas y municiones, el aprovisionamiento, etc."²⁴.

Esta circunstancia ha sido oportunamente advertida por algunas organizaciones humanitarias. La delegación del CICR, por ejemplo, afirmó que justamente éstas eran las misiones que frecuentemente se confían a los niños, "por lo tanto, para que la disposición cumpla plenamente su función, es importante prohibir también estas actividades, que son una forma de participación en las hostilidades, en particular porque a menudo son tan o más peligrosas como los propios combates"²⁵.

Además, se agrega que "...se ha podido comprobar que un niño que es miembro de las fuerzas armadas o de un grupo armado y que participa de las hostilidades es, en la práctica, difícilmente dissociable del resto de las fuerzas o grupos armados"²⁶ y como los mismos riesgos de alguien que participa directamente de ellas.

En este sentido, la protección que brinda el Protocolo II aplicable a los conflictos armados no internacionales resulta ser más amplia. En efecto, en su art. 4^o, apart. 3. c, se prohíbe la participación de los niños menores de 15 años en las hostilidades, sin distinguir entre hostilidades directas o indirectas. Por otra parte, dicho instrumento al regular los conflictos armados no internacionales incorpora en su reglamentación a los grupos armados. Éstos

²² Los instrumentos internacionales bajo análisis se refieren a "hostilidades" y no a "conflictos armados", pues este último alude a una situación de hecho, no jurídica, que además presenta cierta dificultad a la delimitación de los conflictos armados no internacionales en los que deben presentarse ciertos elementos para que podamos hablar de un conflicto de relevancia para el Derecho Internacional Humanitario. Otra particularidad es que en un conflicto armado pueden sucederse períodos de hostilidades y de tregua. Sin embargo, tal distinción no es óbice para restringir la parte, porción de los niños en dichos actos de guerra, pues la norma dejara vacía de contenido la protección estipulada.

²³ CICR, *Comentarios del Protocolo del 2 de junio de 1977 adjunto a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II)*, t. II, Piza y Jansz Editores, Bogotá, 2000, p. 364.

²⁴ CICR, *Comentarios...*, cit., p. 326.

²⁵ Proyecto de prohibición facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados, Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja, del 27/03/97, en *www.icrc.org*, párr. 24.

²⁶ *Id.*, párr. 32.

se encuentran en pie de igualdad respecto de las fuerzas armadas del Estado. Y es lógico que así sea debido a que, si bien los grupos armados no son sujetos de responsabilidad internacional, en el marco de conflicto no internacional es una de las "partes en el conflicto" y es por ello que deben respetar las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, atento a los fines por el que éste ha sido creado. Ello es así pues si bien la mayoría de los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario se refieren casi exclusivamente a los Estados, las partes obligadas en dichos tratados son las partes contendientes —es decir, aquellas que toman parte en la contienda— por lo tanto, a partir de una interpretación amplia de sus términos, los grupos armados podrían estar incluidos en su regulación. Por lo demás, es oportuno recordar aquí que los Protocolos I y II han extendido la obligación de aplicar las normas del Derecho Internacional Humanitario a los pueblos que luchan contra la dominación extranjera o regímenes racistas y a las fuerzas armadas disidentes y grupos armados organizados en caso de conflicto armado interno²⁷.

En caso de incumplimiento, la responsabilidad internacional recae sobre el Estado, es por esto que tanto los Estados como las organizaciones humanitarias deben ejercer la influencia necesaria por bregar para que tales reglas mínimas sean respetadas. Por otra parte, y en vista de la reciente entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional —en adelante, el Estatuto de Roma o el Estatuto—, los infractores podrían ser responsabilizados individualmente de la comisión de alguno de los crímenes que dicho cuerpo normativo tipifica.

V. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS: CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y PROTOCOLO FACULTATIVO RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

I. Introducción

En conmemoración del décimo aniversario del Año Internacional del Niño, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño —en adelante,

²⁷ Cf. COSSIO, José A. - VALLADARES, Gabriel, *Los instrumentos de paz de los Países Bajos. Una aproximación desde el Derecho Internacional Humanitario*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 1997, p. 113117.

CDN.— 28. Este tratado específico forma parte del conjunto de documentos que han positivizado los derechos humanos a lo largo de estos últimos cincuenta años y la consecución de un proceso de inclusión como parte de la ciudadanía de amplios sectores de la población 29. En este sentido, la refundación del concepto de ciudadanía —no limitado al ejercicio de los derechos políticos y abarcador de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados por los pactos internacionales de derechos humanos— contribuyó a la inclusión de los niños, a los que otrora se les negaba la titularidad y el ejercicio de tales derechos 30. En el ámbito que nos ocupa, la CDN es así una importante fuente normativa para reformular las normas que rigen los conflictos armados en relación con los niños. Ellos en tanto del reconocimiento de derechos tales como a la vida, a la educación, al esparcimiento, a la salud pueden derivarse diversas consecuencias, entre las que se cuentan una mayor protección de los niños en el marco de un conflicto armado.

2. Análisis

La CDN en su art. 1^o prescribe que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”. De este modo, dicha norma incorpora un límite de edad ya reconocido por la costumbre internacional. Sin embargo, al momento de regular la situación de los niños durante los conflictos armados reitera los parámetros establecidos por el Protocolo I, ya comentados 31, y además los extiende a los conflictos armados no internacionales, regulados por el Protocolo II, que limita la participación tanto directa como indirecta de los niños menores de 15 años 32. En este sentido

28 Este instrumento internacional viene a dar forma de tratado específico, con fuerza vinculante para los Estados Parte, a reservas que ya contenidas en otros documentos como la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1959, la Declaración de Derechos de los Derechos del Niño, del 28/3/1994, de la Sociedad de las Naciones; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

29 En 1974, con la adopción de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se reconoce la incorporación a los niños como sujetos de derechos.

30 Cfr. Guzmán Múzquiz, *Ética de los derechos y de la justicia*, Ediciones del Puerto, Bogotá, Aves, 1998, *id.*, “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: una propuesta para la construcción de una redonda mesa”, en *Justicia y derechos del niño*, UNICEF, Buenos Aires, 2001, pp. 45 y ss.

31 Art. 31, apartes 2 y 3.

32 Consideramos que en caso de conflictos armados no internacionales y siempre que el Estado en cuestión sea parte de ambos tratados debería ser de aplicación obligatoria el Protocolo en virtud del principio *pro desente*, incorporado a la CDN en el art. 41.

revista llamativo que la CDN. Luego de establecer que los niños son sujetos de derecho y que como tales son titulares de los mismos derechos que los adultos más un plus en atención a su condición de personas en desarrollo, restringe la protección de aquéllos en el marco de un conflicto armado, donde paradójicamente se requiere mayor protección⁵³. Así se da la incongruencia de que un niño de entre 15 y 18 años se encuentra protegido contra la imposición de la pena muerte (art. 37, inc. a)) o la sumisión a torturas y a otros tratos o penas crueles (art. 37, a)) pero puede ser forzado a participar directamente en un conflicto armado, circunstancia que acarrea consecuencias similares o peores que aquéllas⁵⁴.

Por otra parte, resulta un tanto incongruente la estipulación de la edad de 15 años —que deja fuera de protección a un segmento importante de niños— uento a los deberes que pesan sobre los Estados, establecidos en el mismo tratado. Así, los Estados tienen el deber de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo de todas las personas menores de 18 años (art. 6º, apart. 2, en concordancia con art. 1º) y reconocen el derecho de aquéllas al disfrute de un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27), entre lo que se incluye el derecho a recibir educación y a disfrutar del descanso y del esparcimiento (art. 31). Dichos objetivos no pueden ser logrados ni remotamente si se obliga a un niño a participar en la guerra o se permite su participación voluntaria a una edad temprana. La “protección integral del niño” es justamente el principio vector que guía las disposiciones de la Convención: ello implica impedir que los niños se vean privados del pleno disfrute de los derechos reconocidos por la CDN. Por lo tanto, para asegurar tal protección integral debería respetarse la edad genérica establecida por el art. 1º, en relación con la participación en conflictos armados.

Se ha esbozado como principal argumento, para no elevar la edad de reclutamiento, el hecho de que tal modificación no se ajustaría a la realidad y no podría ser cumplida debido a las características de los Estados en conflicto: es por ello que se convino en estipular un texto transaccional. Al res-

⁵³ En igual sentido, HALL, Daniel. “Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict to the Convention on the Rights of the Child”. *Revista Iberoamericana de la Cruz Roja*, (no. 109), septiembre 2000, pp. 787 y ss.

⁵⁴ Este aspecto fue particularmente controvertido durante las negociaciones del tratado por el CICR y por Amnistía Internacional respecto. E/CN.4/1998/48. Sin embargo, ninguna modificación finalmente fue efectuada debido a la resistencia de varios Estados que se negaban a que se hiciera referencia a todos los conflictos armados o la aplicación de los preceptos consuetudinos del Protocolo II y a que se modificaran los normas del Derecho Internacional Humanitario en vigor.

pecto considero que, sin desconocer la razonabilidad de aquella explicación, es importante a la vez reconocer el potencial que tienen las normas para modificar ciertas prácticas que atentan contra los derechos fundamentales, y para ello no cabe el argumento de que por tratarse de un conflicto armado todo vale.

El Derecho Internacional Humanitario debe, como lo viene haciendo a lo largo de su historia, restringir en la mayor medida posible los márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad de los Estados durante los conflictos armados. Por esta razón, la regulación de aquéllos debe dar continuamente pasos hacia delante, avanzando hacia una óptima protección de las personas involucradas.

En este sentido, es de destacar la importante labor que viene cumpliendo el Representante Especial ²⁵, quien interviene en la redacción de proyectos y realiza gestiones, en colaboración con organizaciones no gubernamentales dedicadas al tema, para poner fin a la participación de los niños en conflictos armados. Las organizaciones humanitarias también juegan un rol fundamental en este proceso. Particularmente valorable es la constante participación del CICR —en su condición de “guardián” y promotor del Derecho Internacional Humanitario— en la redacción de los proyectos de pactos internacionales, bregando por una restricción de la participación de los niños en los conflictos armados, y los diversos pronunciamientos efectuados al respecto, entre los que se destaca la reciente aprobación de Plan de Acción para los años 2000-2003 ²⁶. En ese último se propone, entre otras cosas, la adopción de medidas penales para poner término a la participación de las personas menores.

No obstante estos valiosos aportes, en la redacción de la CDN, como dijimos, se optó por una solución transaccional. La conclusión obligada es entonces que el texto definitivo de la CDN no ha sido consecuente con los postulados de “paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad” propuestos en su Preámbulo, en lo que respecta a la regulación del Derecho Internacional Humanitario.

²⁵ Actualmente, dicha función es ejercida por el señor Olan A. Gutman, quien sucedió en ese cargo a la señora Gracia Machol.

²⁶ Aprobado en la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra entre el 31 de octubre y el 6 de noviembre 1999, de 15 años en las hostilidades y la protección del principio de no reclutamiento y no participación de niños menores de 18 años en los conflictos armados.

VI. EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

Luego de seis largos años de negociaciones, el 25 de mayo 2000 fue aprobado por la Asamblea General⁷⁷ el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados —en adelante, el Protocolo Facultativo—, elaborado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, y el 5 de junio del mismo año se abrió a la firma y ratificación de los Estados. Este documento ha dado varios pasos hacia adelante en la protección de los niños en el marco de los conflictos armados. Particularmente, es el primer tratado de carácter universal que fija la edad de 18 años para el reclutamiento obligatorio en las fuerzas armadas de un Estado⁷⁸.

Sin embargo, al igual que el Protocolo I ya comentado, cabe efectuar algunas críticas al art. 1° del Protocolo Facultativo. En primer lugar, como bien advierte Helle, respecto de la prohibición de la participación directa de los niños menores de 18 años se estipula una obligación de medios y no de resultado. En este sentido, los Estados quedan obligados a realizar "las medidas posibles", lo que no supone un deber de asegurar la no participación directa de los niños. Por otra parte, este documento distingue —al igual que el Protocolo I— la participación directa de la indirecta, e incluye sólo a la primera de ellas como objeto de protección⁷⁹. Otra crítica que cabe efectuarse es que las disposiciones referentes al reclutamiento de niños en las fuerzas armadas nacionales son más restrictivas que la disposición aplicable a los grupos armados. En este sentido, la prohibición de reclutamiento antes de los 18 años sólo rige en caso de reclutamiento obligatorio, mientras que en el caso de los grupos armados el art. 4° prohíbe tanto el reclutamiento obligatorio o forzoso como el voluntario. A tal efecto tampoco distingue entre participación directa e indirecta. Si bien no existe una obligación directa de los grupos armados de cumplir con dicha norma, pues no se trata de sujetos de personalidad internacional, ante su infracción los Estados Partes se encuentran obligados a sancionar su incumplimiento (sin perjuicio de la responsabilidad penal individual que corresponde por la perpetración

⁷⁷ Resolución 54/063.

⁷⁸ La Corte Africana sobre Derechos Humanos —en vigor a partir de noviembre 1999— fue el primer tratado regional que establece la edad mínima de 18 años para el reclutamiento y la participación en las hostilidades.

⁷⁹ No obstante ello, entendemos que por aplicación del principio *pro homine*, respecto de los conflictos armados de naturaleza no internacional, debe aplicarse el Protocolo II en cuanto no distingue entre participación directa e indirecta.

de alguno de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma). Si bien el art. 4º representa un adelanto importante, debido a que en los casos de conflictos armados no internacionales los grupos armados son los que infringen con mayor frecuencia las normas del Derecho Internacional Humanitario⁴⁰, considero que los términos de dicha disposición deberían haberse hecho extensivos a las fuerzas armadas nacionales.

Por otra parte, respecto del reclutamiento voluntario el art. 3º establece que los Estados deben elevar la edad a más de 15 años; es decir que sólo los niños mayores de 16 años podrían tener la posibilidad de optar por reclutarse en las fuerzas armadas nacionales. Este criterio, en principio, resulta razonable en cuanto se considera que un adolescente tiene capacidad para decidir libremente ello no obstante las objeciones ya efectuadas respecto de la verdadera voluntariedad de esta decisión. Lo que resulta cuestionable es que en el mismo artículo se hace una salvedad a dicho criterio: el límite de 15 años para el reclutamiento voluntario no se aplica a las escuelas militares controladas por las fuerzas armadas nacionales. Esta excepción viene a tirar por la borda, en cierta medida, los avances reseñados. La redacción del texto se funda en la presión de varias delegaciones cuyo principal argumento fue la necesidad de asegurar un número mínimo de aspirantes a ingresar a dichos establecimientos y, por consiguiente, a las fuerzas armadas nacionales.

Para finalizar el análisis de este documento y no obstante las críticas formuladas, considero que el Protocolo Facultativo introdujo modificaciones importantes al régimen de reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y en los grupos armados, logrando de tal manera una protección más amplia de aquella prevista por los instrumentos ya analizados. El desafío de ahora en más —además de la ratificación del tratado por la mayor cantidad de Estados posible⁴¹— es que ese avance en materia normativa se refleje en la aplicación concreta de este instrumento en los campos de batalla.

VII. APOYOS DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante resolución 1201 (1999) instó a los Estados Miembros a que presten especial atención a

⁴⁰ Durante el año 2000, por ejemplo, el Representante Especial hizo varios llamamientos a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) para que cesaran con la práctica de reclutar niños menores de 15 años o más a que se hubieran recibido consensos y verificaciones.

⁴¹ Al día de hoy sólo 33 Estados son parte del Protocolo Facultativo —entre los que no se encuentra la Argentina—, mientras que los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño son 191.

la protección de los niños afectados por la guerra, pues entendió que la cuestión afectaba a la paz y a la seguridad internacional; y mediante resolución 1314 (2000) los exhortó a que los delitos graves contra los niños quedan excluidos de las disposiciones sobre amnistía.

Tal exhortación ha sido plasmada en el Estatuto de Roma, en vigor a partir del 17/7/2002. La importancia de este instrumento radica entre otras cosas en que prevé, por un lado, la creación de una corte penal permanente con jurisdicción universal y, por otro, fija su competencia material mediante la tipificación de ciertos hechos, considerados como graves crímenes contra la humanidad por la comunidad internacional. Hasta ahora los graves violaciones a los derechos humanos eran imputadas a los Estados, si es que tales hechos le eran atribuibles por acción o por omisión, lo que aparejaba la responsabilidad internacional de los mismos. Por otra parte, las personas físicas podían ser responsables individualmente de dichos hechos mediante el enjuiciamiento y sanción por parte de un tribunal interno. La regla, en estos casos, es la territorialidad —es decir que el tribunal competente es el del lugar del hecho—, sin embargo, excepcionalmente, se aplican otros criterios para establecer la competencia del juzgador, a saber: el de personalidad activa, el de personalidad pasiva o de protección o el de universalidad. Nuestro Código Penal en su art. 1º, apart. 2, por ejemplo, admite el principio de personalidad activa para los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados del Estado y la Constitución Nacional admite el principio de universalidad en el art. 118 ⁴². Por otra parte, la aplicación del principio de universalidad ha sido admitida para los casos en que los hechos a juzgar afectan bienes reconocidos por la comunidad universal ⁴³.

Además, y ante las atrocidades cometidas en casos específicos, se decidió crear tribunales *ad hoc* para juzgar a los responsables de genocidios, crímenes de lesa humanidad y de guerra. Inauguraron esta nueva forma de juzgamiento los tribunales de Núremberg y de Tokio. A éstos les siguieron el Tribunal de Ruanda y el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

A partir de los cuestionamientos de los que fueron objeto los procesos que se llevaron a cabo ante tales tribunales en el seno de las Naciones Unidas (básicamente, debido al carácter no permanente de estos tribunales, que

⁴² Para un análisis pormenorizado ver Bazzucchi, *Ensayo: Derecho Penal, Parte General*, Hamurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 182 y ss.; Zaccarelli, *Mad. E., Tractado de Derecho Penal*, Edib, Buenos Aires, 2001, ps. 188 y ss., entre otros.

⁴³ Existen varios pronunciamientos jurisdiccionales en el ámbito nacional, en este sentido. Particularmente interesante resulta el voto del juez Schaffrin en el fallo "S. Schaffnerberg, José F. L.", ED 1994-IV-613626.

ponían en tela de juicio la imparcialidad de los jueces, y por la falta de una tipificación específica de los hechos que eran motivo de juzgamiento, con la consecuente violación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, se comenzó a trabajar en la creación de una corte penal permanente con competencia universal para juzgar los más graves crímenes contra la humanidad. La Comisión de Derecho Internacional presentó finalmente en 1996 un Proyecto de Código. Luego de vastas negociaciones se consiguió el número de ratificaciones necesarias para que el Estatuto de Roma entrara en vigor y la Corte Penal Internacional comenzara a funcionar.⁴⁴

Ahora bien, la importancia que este tratado tiene respecto del tema que estamos analizando radica en que a partir de su entrada en vigor podrá ser declarada la responsabilidad individual de quienes infrinjan las normas del Derecho Internacional Humanitario en lo relativo al reclutamiento de niños menores. En este sentido, el Estatuto de Roma se hizo eco de las objeciones antes reseñadas con respecto al tópico en cuestión; como consecuencia de ello se incluyó en su articulado la sanción como crimen de guerra del reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales —o grupos armados, en caso de conflicto armado no internacional— o su utilización para participar activamente en las hostilidades, tanto en los conflictos armados de índole internacional (art. 8º, inc. b), apart. xvii) como en aquellos de orden no internacional (art. 8º, inc. c), apart. vii). La disposición del Estatuto resulta lo suficientemente amplia como para cubrir todos aquellos supuestos en que los niños puedan encontrarse expuestos a los riesgos de la guerra. No obstante ello su texto deja un vacío de punibilidad en los casos previstos por el Protocolo Facultativo en sus arts. 1º, 4º y 6º, ya que en estos artículos se extiende la protección de los niños a la edad de 18 años con lo que un Estado Parte del Protocolo podrá ser responsabilizado por el reclutamiento o la utilización de menores de 18 años; sin embargo, la Corte Penal Internacional no tendrá competencia para revisar la responsabilidad penal individual del infractor.

Por otra parte, entre los puntos cuestionables podemos señalar la utilización de la expresión “activamente”, lo que parece incluir dentro de su ámbito de protección solamente a la participación directa de los menores de 15 años, sin extenderse la misma a la participación indirecta. Si eso es así los miembros de las fuerzas armadas o de los grupos armados no encontrarán obstáculos para utilizar a los niños en acciones que no impliquen participación directa en las hostilidades.

⁴⁴ Cf. Antonio, *Kat. La nueva justicia penal internacional*, Fundación Mirta Mañé, Guatemala, 2000.

Entre los puntos destacables podemos advertir en primer lugar que el Estatuto prescribe directamente una obligación de resultado y no de medios —tal como se prescriba en los instrumentos internacionales que tratan el tema—. Ello significa que lo prohibido ya no será que se omita adoptar ciertas medidas tendientes a evitar el reclutamiento de niños, sino que el solo hecho de que se recluten o alisten niños será antecedente suficiente de la sanción prevista. Otro aspecto destacable es que no se hace diferencia entre el reclutamiento o alistamiento voluntario o forzoso, con lo que dicha conducta se encuentra prohibida en caso de menores de 15 años, con independencia de que sea producto de la decisión voluntaria de la persona protegida. Por otra parte, no se mencionan elementos típicos diferenciadores del crimen en caso de que los sujetos activos sean miembros de las fuerzas armadas o de los grupos armados: los antecedentes de la sanción prevista en uno y otro caso son los mismos. Estos puntos resaltan un avance significativo en la protección de los niños durante los conflictos armados.

En otro orden de ideas, cabe recordar que la CPI se rige por el principio de complementariedad y de subsidiariedad por lo que su intervención está vedada para el caso de que el hecho no sea de los tipificados en el Estatuto (los denominados *hard core crimes*, enumerados en su art. 5^o) o que esté siendo juzgado por un tribunal interno, salvo que el caso sea remitido por el Consejo de Seguridad. La Corte, entonces, podrá intervenir sólo en caso de que el proceso en el ámbito nacional no sea viable ni efectivo. Es decir que su intervención tendrá lugar cuando el proceso que se esté llevando a cabo en el Estado sea aparente para asegurar la impunidad del imputado; cuando, en palabras de la Comisión de Derecho Internacional, "se encuentre funcionando un sistema de administración de justicia que es utilizado como una pantalla..."⁴⁵.

Por esta razón, los Estados Parte del Estatuto de Roma se encuentran obligados a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los delitos tipificados por aquel instrumento internacional. A fin de cumplir tal obligación, los Estados Parte deben adoptar entre otras las medidas legislativas correspondientes para adecuar tales disposiciones a sus legislaciones internas. A tal efecto, la Argentina ha designado una Comisión Interministerial para la implementación del Estatuto de Roma. Esta Comisión ha elaborado un proyecto que actualmente se encuentra sometido a la consideración de los parlamentarios argentinos. En el citado proyecto, dentro del capítulo de-

⁴⁵ Informe del Comité ad hoc para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional Permanente, AG, Reuniones Oficiales, 59^a Sesión, Suplemento (I) (A/59/21), citado por Anaya, *Id. La corte judicial...*, cit.

dicado a los crímenes de guerra, se define como violación grave a las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales —y se castiga al infractor de este precepto con la pena de reclusión o prisión de 6 a 25 años— al reclutamiento o alistamiento de niños menores de 18 años en las fuerzas armadas nacionales o la utilización de ellos para participar activamente en las hostilidades (art. 17, apart. 3, inc. e)]. Igual pena se prevé para dichos actos en caso de conflicto armado no internacional (art. 19, apart. 3, inc. b)].

El texto del proyecto mantiene los términos utilizados en el Estatuto de Roma, con la importante modificación de la edad a partir de la que se prohíbe el reclutamiento de niños y la consecuente ampliación de la protección de estos (reafirmándose de esta manera la protección estipulada en el Protocolo Facultativo). Sin perjuicio de ello, resulta llamativo la omisión en el texto del proyecto de la mención de los grupos armados, en la regulación de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco de un conflicto armado no internacional. Allí sólo se mencionan a las fuerzas armadas como sujetos activos de dicho crimen. Tal omisión deberá ser remedada por el intérprete a la hora de dar aplicación a la norma.

Para finalizar debemos advertir que estos preceptos tienen a llenar un vacío legal, pues la punibilidad de tales hechos no se encontraba prevista en la legislación penal nacional. Por otra parte, la sanción prevista para la conducta descrita en la norma comentada resulta adecuada en tanto el monto de la pena es equivalente a aquella prevista para el delito de homicidio (art. 79, CPen.).

VIII. CONCLUSIONES

El avance en la regulación de los conflictos armados, en cuanto la protección de las víctimas y la limitación de los métodos y medios para conducir las hostilidades, ha sido notable en los últimos cincuenta años, gracias a la constante acción de las organizaciones humanitarias y de los Estados interesados en la reglamentación de los conflictos armados y la consecuente evitación en la mayor medida posible de las consecuencias atroces de aquéllos. La regulación en este sentido de la protección de uno de los sujetos más vulnerables ha sido progresivamente especificada en los instrumentos internacionales (en parte, por el aludido reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, independientes de los adultos).

La entrada en vigencia de los instrumentos internacionales que se ocupan de ampliar la protección de los niños en el marco de los conflictos armados respecto de sus precedentes, debe ser celebrada. Sin embargo, la tarea de los Estados no concluye con la ratificación de estos tratados, no es

suficiente el acto formal si éste no está acompañado del cumplimiento efectivo de dichas normas tendiente a impedir que esos hechos sean perpetrados. Tal afirmación se encuentra corroborada por diversas estadísticas que señalan que a pesar del avance en materia normativa internacional de los conflictos armados y la minuciosa y cada vez más específica redacción de sus disposiciones por parte de los expertos internacionales, la experiencia cotidiana demuestra que las atrocidades cometidas durante los conflictos armados contra los niños van en aumento y resaltan ser directamente proporcionales a las normas internacionales en vigor ⁴⁵. Esta circunstancia ha llevado al CICR a sentenciar que "nunca habían estado los niños tan poco protegidos [como en la actualidad]" ⁴⁶.

A este respecto la reciente entrada en vigencia del Estatuto de Roma contribuyó en gran medida a evitar la impunidad de los responsables individuales de tales conductas. No obstante ello, es necesario un compromiso firme por parte de los Estados en la instauración de tareas de prevención; de adiestramiento y formación de las fuerzas armadas en el respeto a los derechos humanos; de difusión y enseñanza de las normas del Derecho Internacional Humanitario; y de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario. A tal efecto es fundamental la continua intercomunicación y consulta entre los Estados y las organizaciones humanitarias que pejan por la progresiva ampliación del ámbito de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

⁴⁵ Un ejemplo de ello es la situación de los niños soldados en el conflicto de Sierra Leona. Tanto las fuerzas armadas nacionales como el Frente Unido Revolucionario (FUR) reclutaron a estos menores de 10 años. Muchas organizaciones humanitarias han documentado la práctica del FUR de reclutar a los niños bajo amenaza de muerte. Otras tantas fueron sueltas en manos de otro grupo por haberse negado a unirse a él o a dejar de drogarse que los inducían a participar de sus acciones. Los niños soldados, por otra parte, sufren habitualmente de abuso psicológico y sexual. Para un análisis de la situación de los niños soldados en Sierra Leona ver Zayas, Hilda, "Sierra Leone's Search for Justice and Accountability of Children Soldiers", *Human Rights Brief*, Washington College of Law, American University, 2001, pp. 18-21.

⁴⁶ CICR, *Política especial Los niños y la guerra*, cit., p. 5.