

decir, la participación en ellos de niños de menos de 15 años. El CICR desea recordar que ésta es una violación flagrante de las normas internacionales existentes, tanto de las contenidas en los instrumentos de derecho internacional humanitario como de las estipuladas en la Convención sobre los Derechos del Niño. Para que se castiguen dichos actos con toda la severidad que merecen, el CICR propone que, en la lista de crímenes de guerra que figura en el estatuto del futuro tribunal penal internacional, se incluyan el reclutamiento en las fuerzas armadas y la participación en las hostilidades de los niños de menos de 15 años.

No obstante, conviene recordar que la aprobación de nuevas normas jurídicas nunca es, en sí, una respuesta a un problema de aplicación de las normas vigentes. Por ello, el CICR apoya totalmente la toma de medidas prácticas, tanto preventivas como curativas, para resolver la cuestión de los niños soldados.

Stéphane Jeannot
Joël Mermet

Protocolo facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por lo que atañe a la participación de niños en los conflictos armados

Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja

Ginebra, 27 de octubre de 1997

1. El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR) apoya plenamente la aprobación de un protocolo facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. La finalidad de ese protocolo facultativo es prohibir el reclutamiento de menores de dieciocho años en las fuerzas armadas y los grupos armados, así como su participación en las hostilidades.

2. Como los años anteriores, el CICR participó activamente, el mes de enero de 1997, en el tercer período de sesiones del grupo de trabajo

Stéphane Jeannot y **Joël Mermet** son colaboradores de la Dirección de Derecho Internacional y Doctrina del CICR.

encargado de elaborar el proyecto del protocolo facultativo. Expuso entonces sus puntos de vista, basándose, para ello, en una reflexión, constante, desde hace varios años, en el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (en adelante, «Movimiento»)⁷, y más particularmente en el CICR.

3. Este documento es un resumen analítico de las principales cuestiones, que tienen especial importancia para nuestra Institución y, a las que ha procurado responder los últimos años, es decir, edad mínima para el reclutamiento, edad mínima para la participación en las hostilidades, nociones de participación directa e indirecta, nociones de conflicto armado y de hostilidades, reclutamiento obligatorio o alistamiento voluntario y grupos armados.

I. Edad mínima para el reclutamiento

Posición del CICR: *los menores de dieciocho años no deben ser reclutados por las fuerzas armadas o los grupos armados.*

A. Argumentos jurídicos

4. Los argumentos en favor del reclutamiento a los dieciocho años se basan tanto en el derecho internacional humanitario como en los derechos humanos.

a. Derecho internacional humanitario

5. Durante la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados de 1974-1977, Brasil propuso la prohibición de reclutar a las personas menores de dieciocho años en las fuerzas armadas⁸. Sin embargo, esa enmienda no fue aceptada y el párrafo 2 del artículo 77 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo

⁷ Se entiende por «Movimiento» todas las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el CICR y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

⁸ *Actas de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados*, Ginebra, 1974-1977 (en adelante, «Actas»), Berna, Departamento Político Federal, 1978, vol. III, p. 297.

a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del 8 de junio de 1977 (en adelante, «Protocolo I») es, pues, un compromiso. Según los términos de este artículo «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». Aunque esta disposición parezca poco limitativa, fue, hace veinte años, el signo de una toma de conciencia por los Estados de la necesidad de tratar de elevar a dieciocho años el límite de edad para el reclutamiento.

6. Por lo demás, también en el marco de los conflictos armados internacionales, cabe señalar que, de conformidad con el Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra del 12 de agosto de 1949 (en adelante, «IV Convenio») y con el Protocolo I, una persona de entre quince y dieciocho años reclutada por las fuerzas armadas ya no está protegida contra los efectos de las hostilidades como miembro de la población civil. De hecho, será considerada como combatiente en el sentido del artículo 43 de Protocolo I y, por consiguiente, podrá ser objeto de ataques.

7. En el marco de los conflictos armados no internacionales, ni en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ni en el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, del 8 de junio de 1977 (en adelante, Protocolo II) se prevé disposición similar a la del párrafo 2 del artículo 77 del Protocolo I. Sin embargo, durante los debates, algunas delegaciones ya eran partidarias del límite de edad de dieciocho años para el reclutamiento. Así pues, la decisión de fijar la edad mínima en quince años se tomó bajo la presión del consenso; pero, no refleja, en absoluto, una oposición masiva a elevar la edad límite para el reclutamiento⁹. Ello es tanto más importante cuanto que el menor de entre quince y dieciocho años, reclutado durante conflictos armados no internacionales, muy a menudo, tiene que participar en las hostilidades, lo que, en términos de protección, lo deja en una situación aun más crítica¹⁰.

b. Derechos humanos

8. Fuera del ámbito del derecho internacional humanitario, en el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos

⁹ Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (ed.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Ginebra, 1986 (en adelante, «*Commentaire des Protocoles additionnels*»), p. 1401.

¹⁰ Véase, más adelante, la sección II, A.a.

del Niño, reproducido en el preámbulo del proyecto de protocolo facultativo, se estipula: «*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*». Hay una sola restricción en cuanto a ese principio: en el artículo 38, relativo especialmente al reclutamiento de niños y a su participación en las hostilidades. Esta restricción es paradójica, ya que el reclutamiento y la participación en las hostilidades implican riesgos graves para los niños.

9. Asimismo se comprueba que, en la comunidad internacional, hay cierta propensión a fijar la mayoría en los dieciocho años. Por consiguiente, la derogación prevista en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño será, a largo plazo, caduca. Como ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en su interpretación del artículo 10 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, mencionó que la mayoría en el plano penal habría de fijarse en dieciocho años¹¹. También en la reunión de expertos acerca de los niños y los adolescentes en detención, celebrada en Viena del 30 de octubre al 4 de noviembre de 1994, se instó a los Estados a «velar por que las disposiciones sobre la mayoría de edad penal, la mayoría de edad civil o la pubertad legal no tengan por efecto privar a ningún niño del pleno disfrute de los derechos que le reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño¹²».

10. Dieciocho años es la edad de la mayoría por la que se optó en los dos textos zonales más recientes relativos al niño, es decir, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño¹³ del 26 de enero de 1996, aprobada por el Consejo de Europa, y la Carta Africana de los Derechos y del Bienestar del Niño de 1990¹⁴, aprobada por la Organización de la Unidad Africana.

B. Argumentos fundamentados en la práctica

11. Hace varios años, el CICR comunicó su voluntad de que la edad mínima para el reclutamiento se eleve de quince a dieciocho años, y ello

¹¹ Informe del Comité de Derechos Humanos, 9 de octubre de 1992 (doc. ONU A/47/40, párr. 13).

¹² Documento ONU E/CN.4/1995/100, párr. 28 a de las Recomendaciones.

¹³ Documento Série des traités européens STE/169, art. 1.1.

¹⁴ Documento OUA CAB/LEG/153/Rev. 2. art. 2.

especialmente en el marco del Plan de Acción del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en favor de los niños afectados por los conflictos armados (en adelante, «Plan de Acción»). Así pues, en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1995), resolución 2, C, f), toma nota de «los esfuerzos desplegados por el Movimiento para promover un principio de no reclutamiento y no participación en conflictos armados de los niños menores de dieciocho años...»¹⁵. Asimismo, el Consejo de Delegados (Ginebra, 1995), en su resolución 5, número 2, «hace suyo el Plan de Acción sobre la función del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, (...) encaminado a promover el principio de no reclutamiento y no participación (en los conflictos armados) de los niños menores de 18 años (...)»¹⁶.

12. Es evidente que un niño que haya sido reclutado por las fuerzas armadas o por un grupo armado antes de cumplir dieciocho años corre más riesgos de participar luego en hostilidades, si éstas comienzan antes de que el menor tenga esa edad. De hecho, se le habrá impartido una formación militar, que se podría tener la tentación de utilizar en una situación de conflicto armado. Esto es tanto más cierto cuanto que podría haber penuria de tropas. Efectivamente, en ese caso, la movilización es, a menudo, más amplia y concierne particularmente a los más jóvenes.

13. Cabe abordar también la cuestión del reclutamiento de menores de dieciocho años en establecimientos de enseñanza o de formación profesional administrados o controlados por las fuerzas armadas. Puede plantearse un doble problema. En primer lugar, esos estudiantes pueden ser considerados como miembros de las fuerzas armadas, ya que tales establecimientos dependen administrativamente de las fuerzas armadas y, pueden ser así objeto de ataques. Luego, el tipo de enseñanza impartida en tales establecimientos también puede dar lugar a problemas. Si hay un aspecto de «formación militar», es de temer que esos estudiantes, que aún no han cumplido los dieciocho años, serán, después, alistados para participar en las hostilidades, ya que han recibido la formación necesaria.

14. Por último, cuando la edad mínima para el reclutamiento está fijada en quince años en los Protocolos adicionales (artículo 77, párrafo 2, del Protocolo I y artículo 4, párrafo 3 c del Protocolo II), así como en la

¹⁵ *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, n° 133, enero-febrero de 1996, p. 66.

¹⁶ *Ibid.*, p. 159. —En el Consejo de Delegados se reúnen los representantes de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, del CICR y de la Federación Internacional.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (artículo 38, párrafo 3), se comprueba, en los hechos, que personas aun menores son reclutadas por las fuerzas armadas o los grupos armados. En algunas situaciones, esos menores no tienen partida de nacimiento y es fácil para sus superiores hacerlos pasar por mayores. En cambio, si se fija en dieciocho años la edad límite inferior, se evitará, ciertamente, el reclutamiento de personas muy jóvenes, ya que la apariencia física impide los abusos.

15. En un análisis de las legislaciones nacionales¹⁷ se demuestra que una gran mayoría (un 70%) de los Estados concernidos aprobó la edad mínima de dieciocho años, una edad aun más elevada, para el reclutamiento obligatorio. Conviene tener en cuenta debidamente ese elemento en el marco del protocolo facultativo.

II. Edad mínima para la participación en las hostilidades

Posición del CICR: *los menores de dieciocho años no deben participar en las hostilidades.*

A. Argumentos jurídicos

16. Una vez más, en el derecho internacional humanitario y en los derechos humanos se demuestra que la participación de los menores de dieciocho años es contraria al interés superior del niño.

a. Derecho internacional humanitario

17. De conformidad con el derecho internacional humanitario, en los conflictos armados internacionales, las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles en la práctica, a fin de que los menores de quince años no participen directamente en las hostilidades (artículo 77, párrafo 2 del Protocolo I). Por lo demás, tratándose de conflictos armados no internacionales, los menores de quince años no deben estar autorizados para participar en las hostilidades (artículo 4, párrafo 3 c, del Protocolo II)¹⁸.

¹⁷ Véanse los cuadros recapitulativos en G. Goodwin-Gill y I. Cohn, *Enfants soldats — Le rôle des enfants dans les conflits armés*, Éditions du Méridien, Montreal, 1995, pp. 231-254; R. Brett y M. McCallin, *Children — The invisible soldiers*, Rädda Barnen (Swedish Save the Children), Estocolmo, 1996, pp. 53-64.

¹⁸ Para más información acerca de la protección de los niños combatientes en derecho internacional humanitario, véase M.T. Dutli, «Niños-combatientes prisioneros», *RICR*, n° 101, septiembre octubre de 1990, pp. 452-466.

18. Una elevación del límite de edad de quince a dieciocho años para la participación en las hostilidades tendría varias ventajas para los niños concernidos. En los conflictos armados internacionales, les garantizaría gozar de la protección debida a la población civil, como se ha puesto de relieve con respecto al reclutamiento. En los conflictos armados no internacionales, esta elevación del límite de edad sería un logro importante en derecho. De hecho, de conformidad con el artículo 4, párrafo 3 d, de Protocolo II, los menores de quince años que participan directamente en las hostilidades, a pesar de las disposiciones del artículo 4, párrafo 3 c, del mismo Protocolo y que son capturados se benefician, no obstante, de la protección especial que les es aplicable de conformidad con el artículo 4, párrafo 3. En cambio, por lo que atañe a los menores de entre quince y dieciocho años, no se estipula de manera expresa esta protección. Sin embargo, cabe observar que, en el artículo, tal y como está formulado, no se excluye la protección especial prevista para los mayores de quince años que estén privados de libertad¹⁹. Además, se benefician de la protección aplicable a todas las personas que no participan, o ya no participan, en las hostilidades²⁰.

También se les presta protección si son heridos, enfermos o náufragos²¹. Por último, se benefician siempre de la disposición según la cual la pena de muerte no debe dictarse contra las personas menores de dieciocho años en el momento de la infracción²². No obstante, el conjunto de las disposiciones aplicables en los conflictos armados no internacionales no garantiza una protección muy amplia al menor de quince a dieciocho años; ello es tanto más preocupante cuanto que los más de los conflictos armados actuales son de índole no internacional.

b. Derechos humanos

19. Según la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, los menores se benefician de derechos particulares hasta la edad de dieciocho años, que es la edad límite superior fijada en esa Convención. En cambio, se fija en quince años la edad mínima para la participación de los niños en las hostilidades. Por ello, es inadecuado que los niños se

¹⁹ *Commentaire des Protocoles additionnels*, p. 1402.

²⁰ Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

²¹ Título III del Protocolo II.

²² Artículo 6, párrafo 4, del Protocolo II.

beneficien de una protección más limitada en las situaciones de conflicto armado que, por definición, ponen aun más en peligro sus derechos.

20. Asimismo, las observaciones hechas anteriormente por lo que atañe a la tendencia de la comunidad internacional de fijar la mayoría en los dieciocho años se aplican por lo que respecta a la participación en las hostilidades²³.

B. Argumentos fundamentados en la práctica

21. Queda bien sentado que los niños que hayan participado en las hostilidades sufren mucho más que los adultos, tanto psicológica como físicamente. De hecho, en numerosos informes se demuestra que los menores de dieciocho años no han llegado a la madurez física e intelectual que les permita afrontar la crueldad de los conflictos armados.

22. Esos niños, a causa de las violencias que hayan cometido o de las que hayan sido testigos, tienen desequilibrios psicológicos o psíquicos a veces graves, ya que la adolescencia es el período de la vida en que cada individuo incorpora las normas y los valores de la sociedad. Por lo demás, los niños que participan en las hostilidades y que resultan heridos durante los combates sufren tanto más cuanto que no se benefician de los cuidados y la asistencia a los que tienen derecho. Además, se ha comprobado que, con frecuencia, para mejorar su rendimiento militar, esos niños son drogados antes de los combates²⁴. A ello se añaden el adoctrinamiento, las obligaciones y las amenazas.

23. Además, por más aberrante que parezca, el niño tiende más que el adulto a cometer atrocidades. De hecho, dada su inmadurez, no siempre se da cuenta de las consecuencias de sus actos y, sin saberlo²⁵, puede violar las normas del derecho internacional humanitario. Ello es tanto más cierto

²³ Véase más adelante la sección I, A, b.

²⁴ Se hallarán ejemplos de esas lesiones físicas y psicológicas especialmente en las obras siguientes: Goodwin-Gill/Cohn, *op. cit.* (nota 11), pp. 138-147; K. Hedlund Thulin (ed.), *Children in armed conflict — Background document to the Plan of Action concerning Children in Armed Conflict*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1995, pp. 35-41; doc. ONU A/51/306: Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graça Machel, párr. 162-165; *Children's Rights Project, Easy prey — Child Soldiers in Liberia*, Human Rights Watch, New York/Washington/Los Angeles/London/Brussels, 1994, pp. 35-38.

²⁵ Véase, por ejemplo, *Easy prey — Child Soldiers in Liberia*, *op. cit.* (nota 18), pp. 31-33.

cuanto que el niño puede hallarse bajo los efectos de drogas. En ese caso, es una amenaza para la población civil.

24. Cabe destacar que la participación de niños en las hostilidades hace correr un gran riesgo a los demás niños, puesto que las partes en conflicto pueden legítimamente sospechar que éstos están implicados en las hostilidades y, por consiguiente, lanzar un ataque preventivo contra ellos.

25. Por lo demás, la participación de niños en las hostilidades puede tener, a largo plazo, una influencia nefasta para la sociedad. De hecho, la reinserción de los niños soldados en la sociedad es siempre difícil y, éstos conservan, con frecuencia, actitudes violentas, de las cuales otras personas pueden ser víctimas. De manera indirecta, los recursos financieros y humanos necesarios para la reinserción de esos niños son otros tantos medios a los que no se puede recurrir para otros programas necesarios después de un conflicto armado.

26. Por último, cabe recordar que el CICR, en el Movimiento, en las resoluciones del Consejo de Delegados y de la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ha tomado posición por la edad de dieciocho años como edad mínima para la participación en las hostilidades.

III. Participación directa/indirecta en las hostilidades

Posición del CICR: hay que prohibir la participación directa e indirecta en las hostilidades. Por ningún motivo, los niños deben estar implicados en las hostilidades.

A. Argumentos jurídicos

27. En derecho internacional humanitario, una vez más, es necesario distinguir entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales. Se trata, respectivamente, de la participación directa en las hostilidades de los menores de quince años y de su participación —sin calificarla— en las hostilidades²⁶. En la Conferencia Diplomática de 1974-1977, el CICR sugirió suprimir el término «directamente» en el Protocolo I. Desafortunadamente, esa propuesta no fue aceptada²⁷.

²⁶ Artículo 77, número 2, del Protocolo I y artículo 4, número 3, letra c, del Protocolo II.

²⁷ Actas XV, CDDH/III/SR.45, pp. 63-71.

28. Asimismo, el párrafo 2 del artículo 38, de la Convención sobre los Derechos del Niño suscitó debates durante su redacción, especialmente por lo que atañe a la prohibición de la participación en las hostilidades de los menores de quince años. A pesar de que el CICR y numerosas delegaciones deseaban que esta prohibición se aplique también a toda participación en las hostilidades, para este artículo²⁸ sólo se tuvo en cuenta la participación directa. Por lo demás, el artículo 38 fue aprobado en medio de una gran confusión²⁹. Varias veces, el CICR dijo que, en el plano de la protección de los menores de quince años, ese artículo es una regresión con respecto al derecho internacional humanitario vigente³⁰.

29. De hecho, la expresión «participación directa» debilita mucho la protección del niño. Así pues, no está en el punto de mira la participación en las hostilidades de por sí, sino únicamente cierto tipo de participación. Se trata, pues, de determinar lo que abarca la participación directa. Esta fórmula se utiliza, en diferentes oportunidades, en el derecho internacional humanitario³¹. Según el *Commentaire des Protocoles additionnelles*, «la participación directa en las hostilidades implica un vínculo directo de causa a efecto entre la actividad ejercida y las bajas que se hacen sufrir al enemigo, en el momento y el lugar en que se ejerce esta actividad». Dicho de otro modo, se entiende por ello «los actos de guerra que por su índole o finalidad están destinados a atacar concretamente al personal y el material de las fuerzas armadas adversarias³²». Asimismo, «se ha de distinguir entre la participación directa en las hostilidades y la participación en el esfuerzo de guerra, que, con frecuencia, se requiere, en diferentes grados, de la población³³. Ha de ponerse de relieve que la participación directa no incluye actos como la búsqueda y la transmisión de información militar, el transporte de armas y municiones, el avituallamiento, etc.³⁴ Ahora bien, con mucha

²⁸ Documento ONU E/CN.4/1988/28, párrs. 72-74.

²⁹ Documento ONU E/CN.4/1989/48 párrs. 611-616.

³⁰ F. Krill, «Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño — Controvertido artículo 38», en *Difusión*, n° 12, agosto de 1989, p. 11; M.T. Dutli, *op cit.*, p. 457; F. Krill, «The Protection of Children in Armed Conflicts», en M. Freeman y P. Veerman (ed.), *The Ideologies of Children's Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, p. 353.

³¹ Artículos 43.2 y 51.3 del Protocolo I.

³² *Commentaire des Protocoles additionnels*, pp. 522 y 633.

³³ *Commentaire des Protocoles additionnels*, p. 633. El esfuerzo de guerra ha sido definido como «todas las actividades nacionales que, por su carácter o finalidad contribuyan a la derrota militar del adversario» (Actas XIV, CDDH/III/SR 2, p. 16).

³⁴ *Commentaire des Protocoles additionnels*, p. 925.

frecuencia, se encargan esas misiones a los niños, ya que, por su tamaño, resultan más difícil localizarlos y, por lo tanto, son más eficaces que los adultos. Por consiguiente, es importante que esas actividades, que son una forma de participación en las hostilidades, también sean prohibidas, a fin de que esa disposición desempeñe cabalmente su cometido, tanto más cuanto que esas actividades son, a menudo, tan peligrosas como los combates en sí.

B. Argumentos fundamentados en la práctica

30. En la práctica, se puede comprobar rápidamente que la sutil distinción entre participación directa y participación indirecta plantea graves problemas. Ya en las reuniones de la Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, en el marco de los debates para la elaboración de los Protocolos adicionales, esta distinción dio lugar a divergencias de interpretación. Un experto declaró, particularmente, que sería apropiado dar ejemplos precisos después de la expresión «participación directa», en el marco de otro artículo no relativo a los niños. Propuso citar el espionaje, el reclutamiento, la propaganda, el transporte de armas y de personal militares³⁵. Esta toma de posición ilustra bien las dificultades con que se tropezó en el intento de delimitar cada tipo de participación. Así pues, se puede deducir fácilmente que las fuerzas armadas o los grupos armados tenderán a adoptar definiciones que no sean las de la participación directa, haciendo carecer de sentido a este artículo.

31. Además, se ha demostrado que los niños que participan en las hostilidades son, con frecuencia, explotados por los militares. Especialmente, pueden ser objeto de explotación sexual o sometidos a trabajos forzados.

32. Por lo demás, se ha comprobado que un niño que es miembro de las fuerzas armadas o de un grupo armado y que participa indirectamente en las hostilidades es, en la práctica, difícilmente dissociable de las fuerzas o de los grupos armados. No está, pues, protegido contra un ataque del enemigo y corre los mismos riesgos que otro niño (o adulto) que participe directamente en las hostilidades. Por último, se ha observado que, si se

³⁵ Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados — Informe sobre los trabajos de la Conferencia, vol. I, Ginebra, CICR, 1972, pp. 151.

encargan a un niño únicamente tareas subalternas, éste es, muy pronto, asociado completamente a las hostilidades en sí.

IV. Conflictos armados/hostilidades

Posición del CICR: *debe prohibirse la participación de los niños en las «hostilidades».*

33. Habida cuenta de los textos ya existentes y, a fin de evitar todo riesgo de confusión en la interpretación de las disposiciones del futuro protocolo facultativo, es necesario mencionar la prohibición de la participación en las «hostilidades», y no en los «conflictos armados».

34. Así pues, en el derecho internacional humanitario, varias veces se hace referencia al concepto de «participación en las hostilidades» o «participación directa en las hostilidades», pero no al de «participación en los conflictos armados»³⁶. Con objeto de explicar mejor esas diferencias, cabría definir lo que es un conflicto armado, a fin de comprender por qué la prohibición sí es aplicable a la participación en las hostilidades.

35. El derecho internacional humanitario se aplica en las situaciones de conflicto armado, pero ni en los Convenios de Ginebra ni en sus Protocolos adicionales figura una definición de ese concepto³⁷. Hay que señalar que en muchos estudios se ha intentado definir la índole internacional o interna de un conflicto, pero casi nunca el aspecto armado. Desde el punto de vista del CICR, la noción de conflicto armado no es un término jurídico, sino, más bien, una situación de hecho³⁸.

36. La noción de conflicto armado no es la misma si se trata de un conflicto armado internacional o de un conflicto armado no internacional. En el primer caso (según el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra), se entiende por «conflicto» todo litigio entre dos o varios Estados y que da lugar a la intervención de las fuerzas armadas. Poco importan la duración del conflicto o su índole más o menos mortífera³⁹. Incluso un

³⁶ Como ejemplo, véanse los artículos 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, 43, párr. 2; 45, 47, párr. 2; 51, párr. 3; 67, párr. 1; 77, párr. 2 y 77, párr. 3 del Protocolo I, 4, párr. 3; 13, párr. 3 del Protocolo II.

³⁷ H. Haug — *Humanité pour tous — le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Instituto Henry Dunant, ediciones Paul Haupt, Ginebra/Berna/Stuttgart/Viena, 1993, pp. 515-516.

³⁸ *Commentaire — La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* (en adelante, «*Commentaire de la IV^e Convention*»), publicada bajo la dirección de Jean S. Pictet, CICR, Ginebra, 1956, pp. 515-516.

³⁹ *Commentaire de la IV^e Convention*, p. 26.

incidente fronterizo menor es suficiente para que una situación sea calificada de conflicto armado⁴⁰.

37. En el caso de un conflicto armado no internacional, cambia y es más compleja la noción de conflicto armado. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra tiene un ámbito de aplicación autónomo con respecto al Protocolo II, que, sin embargo, lo completa. Aunque se retuvieron algunos criterios durante su redacción, en dicho artículo 3 no se define con precisión la noción de conflicto⁴¹. El CICR sostiene la idea de que debe haber un ámbito de aplicación, lo más amplio posible, ya que las normas que en él figuran «eran reconocidas como esenciales en todos los países civilizados y ya estaban promulgadas en la respectiva legislación interna de esos Estados...», mucho antes de la firma de los Convenios de Ginebra⁴². Por lo tanto, este artículo puede aplicarse en caso de conflicto armado de poca intensidad.

38. En cambio, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo II, deben reunirse diferentes condiciones para que se pueda hablar de un conflicto armado⁴³, es decir:

- existencia de un verdadero enfrentamiento entre fuerzas armadas gubernamentales y fuerzas armadas disidentes;
- existencia de un mando responsable de los grupos armados organizados o de las fuerzas armadas disidentes;
- control de una parte del territorio;
- índole sostenida y concertada de las operaciones militares;
- capacidad de los disidentes para aplicar el Protocolo II.

39. Se menciona expresamente en el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo II que «las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos...» no son conflictos armados.

⁴⁰ D. Schindler, «The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1979, vol. 163, p. 131.

⁴¹ *Commentaire de la IV^e Convention*, pp. 40-41.

⁴² *Ídem*, p. 41.

⁴³ *Commentaire des Protocoles additionnels*, pp. 1375-1378.

40. El término «hostilidades» fue definido en la Conferencia Diplomática de 1974-1977. Así pues, los actos hostiles son «actos de guerra que por su índole o finalidad están destinados a atacar al personal y al material de las fuerzas armadas del adversario⁴⁴». Para algunas delegaciones, el término «hostilidades» se aplica también a los preparativos para el combate y al regreso del combate⁴⁵. En el marco de los debates relativos a las personas que han tomado parte en las hostilidades⁴⁶, se puso de relieve que ese término no cubre sólo el tiempo en que la persona civil se sirve de un arma, sino también, por ejemplo, el período en que la porta, así como las situaciones en que la persona civil realiza actos hostiles sin servirse de un arma⁴⁷. Por último, en el artículo 118 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, del 12 de agosto de 1949 (en adelante, «III Convenio»), se mencionan las «hostilidades activas». Resulta que esta expresión ha de entenderse en el mismo sentido que el término «hostilidades», empleado, acerca del mismo tema, en el artículo 133 del IV Convenio⁴⁸.

41. Por último, el artículo 38, párrafo 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño, versa sobre la participación directa en las hostilidades, y no en los conflictos armados.

42. De estas definiciones se infiere que se debe prohibir la «participación en las hostilidades», sin que ello signifique —en términos no jurídicos— que el niño pueda participar en los conflictos armados. Por lo demás, si se considera el caso de los conflictos armados internacionales, tal conflicto puede dar lugar a muy pocas hostilidades, como los años 1939-1940, entre Francia y Alemania. Por lo general, en un conflicto armado, se suceden los períodos de hostilidades y los de tregua. Ahora bien, queda claro que lo que traumatiza al niño es el hecho de participar en actos bélicos. Sin embargo, los argumentos más arriba esgrimidos no deben ser interpretados, de manera alguna, como favorables a una participación de los niños en los conflictos armados en general.

⁴⁴ Actas XIV, CDDH/III/SR.2, p. 16.

⁴⁵ Actas XV, CDDH/III/224, p. 332.

⁴⁶ Artículo 45 del Protocolo I.

⁴⁷ *Commentaire des Protocoles additionnels*, p. 633, párr. 1943.

⁴⁸ *Commentaire de la IV^e Convention*, p. 549.

V. Reclutamiento obligatorio/alistamiento voluntario

Posición del CICR: *hay que prohibir tanto el reclutamiento⁴⁹ obligatorio como el alistamiento voluntario de menores de dieciocho años.*

A. Argumentos jurídicos

43. En el artículo 77, párrafo 2, del Protocolo I se prohíbe reclutar a menores de quince años, y no se puntualiza si se trata del reclutamiento forzoso o del alistamiento voluntario. Durante los debates relativos a este artículo, desapareció la referencia al alistamiento voluntario y, según el relator, este artículo es un texto de compromiso, en el que la prohibición absoluta de reclutar a menores de quince años va acompañada de una restricción más flexible, en caso de aceptación de servicio voluntario. De hecho, se mencionó que «... algunas veces, en particular 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 realidad⁵⁰». El CICR siempre se opuso a la posibilidad de que los menores de quince años se alistaran voluntariamente. Por lo demás, en su proyecto de artículo se mencionaba la prohibición del alistamiento voluntario por lo que respecta a los niños de esa edad⁵¹. Así pues, el CICR mantuvo la interpretación del párrafo 2 del artículo 77, según la cual el alistamiento voluntario está incluido en la prohibición estipulada en esa disposición⁵².

44. Durante los debates relativos al artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el CICR volvió a plantear esta cuestión del alistamiento voluntario, manteniendo que el término «reclutar» abarca tanto el reclutamiento obligatorio como el alistamiento voluntario. Ello se comprende fácilmente por el hecho de que, a pesar de la índole voluntaria del alistamiento, el acto formal del reclutamiento y, luego, la incorpora-

⁴⁹ Se entiende por «reclutamiento» no sólo el reclutamiento formal, sino también todo reclutamiento de hecho que no implique formalidad alguna. El aspecto que procede es la presencia física del niño en las fuerzas o en los grupos armados.

⁵⁰ Actas XV, CDDH/407/Rev., p. 468.

⁵¹ Actas I, 3era parte, pp. 23-24.

⁵² Véase M. T. Dutli, *op. cit.* (nota 12), p. 458, y *Commentaire des Protocoles additionnels*, p. 925.

ción, por las fuerzas o los grupos armados es necesario, y precisamente ese acto está prohibido en virtud del derecho internacional humanitario.

B. Argumentos fundamentados en la práctica

45. En la práctica, el alistamiento voluntario raramente se basa en la mera voluntad del niño, sino que, más bien, está condicionado por elementos exteriores a su intención⁵³. De hecho, el niño se alistará en fuerzas armadas o grupos armados por razones diversas:

- razones económicas: el niño optará por alistarse, a fin de poder vivir en mejores condiciones. Con frecuencia, es alentado por sus padres, que, a veces, no disponen de los medios para garantizar el mantenimiento de toda la familia. Además, se incita al niño a enrolarse, si sabe qué ventajas financieras podría obtener. Por lo demás, el alistamiento puede ser para el niño una oportunidad profesional y el medio de ganarse la vida. Se entiende aun más esta situación cuando el niño no dispone de otra posibilidad para sobrevivir;
- razones relacionadas con la seguridad física del niño: aunque, según varios estudios, el deseo de venganza es raramente mencionado por el niño para explicar su alistamiento voluntario, la idea de estar protegido es más clara. Efectivamente, los niños que han sido testigos de asesinatos o matanzas tienden más a incorporarse en las fuerzas o en los grupos armados, en los que piensan encontrar más seguridad frente a los peligros;
- razones relacionadas con la cultura o el medio ambiente: a veces, el niño se alista porque, en su país, la vida militar está considerada como un medio de ascenso social y para obtener cierto renombre. Asimismo, en algunas sociedades, es el medio para demostrar su virilidad. También, el niño puede ser incitado a alistarse por amigos que ya han sido reclutados;
- razones relacionadas con una convicción: en este caso, el alistamiento del niño puede considerarse realmente voluntario. Esas convicciones pueden ser políticas, religiosas o sociales. Sin embargo, se debe hacer

⁵³ Véase, por ejemplo, K. Hedlund Thulin, «Child soldiers — The role of the Red Cross and Red Crescent Movement», en *Humanitäres Völkerrecht*, n° 3, 1992, p. 143; estudio Machel, *op. cit.* (nota 18), párrs. 38-43; Bret/McCallin, *op. cit.* (nota 11), pp. 91-102.

una distinción entre esos casos y los casos en que el niño ha sido influenciado, manipulado, incluso adoctrinado por adultos.

VI. Los grupos armados

Posición del CICR: *cada parte en un conflicto tiene la obligación de aplicar las disposiciones de los artículos 1 y 2 del protocolo facultativo. La aplicación de esas disposiciones no surte efectos en el estatuto jurídico de las partes en conflicto.*

A. Argumentos jurídicos

46. Ante todo, se debe poner de relieve que las obligaciones dimanantes de ese protocolo facultativo deberán ser las mismas para todas las partes en conflicto. Así pues, no se deben prever obligaciones más estrictas para los grupos armados que para las fuerzas armadas. De hecho, hay una norma en derecho internacional humanitario, según la cual se considera a las partes en conflicto en un mismo pie de igualdad. Debe respetarse esta igualdad entre las partes, incluso si no hay reciprocidad en la aplicación del derecho internacional humanitario. Por lo tanto, no está permitido que una parte en conflicto no aplique el derecho internacional humanitario so pretexto de que la parte contraria no lo respeta⁵⁴. Una de las consecuencias directas de ese principio es la ausencia de efectos de la aplicación del derecho internacional humanitario en el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

a. Definición de grupo armado

47. En primer lugar, es importante definir una «parte en conflicto». Para ello, ha de hacerse la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales.

48. En los conflictos armados internacionales, las partes en conflicto son principalmente las «Altas Partes Contratantes» en el sentido de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales⁵⁵. Las fuerzas armadas

⁵⁴ *Commentaire — La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, publicado bajo la dirección de Jean S. Pictet, Ginebra, 1952, p. 26; véase también el artículo 60, párr. 5 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, en *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1.155, p. 331.

⁵⁵ El término «parte» se entiende en el sentido del artículo 2, párrafo 1, g, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, es decir «un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor».

de esas partes están definidas en varias disposiciones del derecho internacional humanitario, relativas a las fuerzas armadas en sí, a los prisioneros de guerra o a los combatientes⁵⁶. Por lo demás, en el Protocolo I se amplía el concepto de «parte en conflicto» a los pueblos que luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación⁵⁷. Por lo general, las partes en un conflicto armado internacional deben ser los Estados y los combatientes han de ser miembros de formaciones orgánicamente dependientes de un Estado⁵⁸.

49. En los conflictos armados no internacionales, todas las «partes en conflicto» no son sujetos de derecho internacional. En el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, se mencionan, sin más precisiones, esas partes en conflicto. Ello implica que ese artículo se aplica también en los casos en que no haya fuerza armada gubernamental alguna que sea parte el conflicto, es decir, cuando se enfrentan varias facciones⁵⁹. En el Protocolo II, aplicable a los conflictos armados no internacionales, hay más precisión. De hecho, esos conflictos tienen lugar entre las fuerzas armadas de una Alta Parte Contratante y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados⁶⁰. En la definición de conflicto armado⁶¹, se mencionan las condiciones requeridas para la calificación de un conflicto armado no internacional, condiciones que han de recordarse y hay que desarrollar, a fin de definir las «fuerzas armadas disidentes» y los «grupos armados».

50. Las fuerzas armadas disidentes reúnen a las fuerzas armadas que se sublevan contra las que son fieles al Gobierno. Los grupos armados —suelen ser, muy a menudo, insurgentes— deben reunir, como las fuerzas disidentes, diferentes criterios objetivos que figuran en el Protocolo II⁶²:

⁵⁶ Artículo 2 común a los Convenios de Ginebra; artículo 4, letra A, párrs. 1-3; del III Convenio; artículos 43, párr. 1 y 43, párr. 3 del Protocolo I.

⁵⁷ Artículos 1, párr. 4 y 96, párr. 3 del Protocolo I.

⁵⁸ K. Ipsen, «Kombattanten und Kriegsgefangene», en H. Schöttler y B. Hoffmann (ed.), *Die Genfer Zusatzprotokolle — Kommentare und Analysen*, Osang Verlag, Bonn, 1993, p. 156.

⁵⁹ *Commentaire des Protocoles additionnels*, pp. 1373-1374.

⁶⁰ Artículo 1, párr. 1, del Protocolo I. Se entiende por «fuerzas armadas de una Alta Parte Contratante» «todas las fuerzas armadas —inclusive las que en algunos sistemas nacionales no pueden calificarse de fuerzas regulares— que están constituidas de conformidad con la legislación nacional...» (Actas X, CDDH/I/238/Rev. 1, p. 96).

⁶¹ Véase, más arriba, la sección IV.

⁶² Artículo 1, párr. 1 del Protocolo II.

- mando responsable: implica cierta organización del grupo armado o de las fuerzas disidentes. Sin ser similar al sistema jerárquico de las fuerzas regulares, esta organización debe ser suficiente para desplegar operaciones militares concertadas y continuas, así como para imponer una disciplina;
- control de una parte del territorio: se entiende por «control» el «dominio» sobre una parte del territorio, sin que por ello pueda ser cuantificado. Sin embargo, cabe relacionar este criterio con el anterior, ya que el control debe ser suficiente para poder desplegar operaciones militares continuas y concertadas, así como para aplicar el Protocolo;
- continuidad y concertación de las operaciones militares: se trata de un criterio objetivo, para el que no se tiene en cuenta la duración ni la intensidad de esas operaciones. En cambio, se ha de entender que éstas no deben ser esporádicas y que están concebidas o han sido preparadas por grupos armados organizados que, así, podrán actuar de concierto;
- capacidad de aplicar el Protocolo: se trata del criterio fundamental que justifica los demás elementos de la definición. El límite de aplicación de este criterio parece elevado, pero es lo que cabe esperar de grupos que reúnen las condiciones ya mencionadas⁶³.

b. Estatuto jurídico

51. En el derecho internacional humanitario se prevé que su aplicación por las diferentes partes en conflicto no surtirá efecto alguno en el estatuto jurídico de las mismas. Aunque esta disposición se estipula en los Convenios de Ginebra sólo por lo que atañe a los conflictos armados no internacionales⁶⁴, durante las negociaciones acerca de los Protocolos adicionales, estaba prevista expresamente para los conflictos armados internacionales⁶⁵. Así pues, la aplicación del derecho internacional humanitario nada modifica el estatuto jurídico —impugnado o no por la parte adversaria— que tenía otra parte cuando el conflicto armado comenzó, y no crea ni potencia una calidad que no existía.

⁶³ Para más precisiones acerca de esos diferentes criterios, véase *Commentaire des Protocoles additionnels*, pp. 1375-1378.

⁶⁴ Artículo 3, párr. 2 común a los Convenios de Ginebra.

⁶⁵ Artículo 4 del Protocolo I. Esta disposición no se tomó expresamente en el Protocolo II, pero es implícita, ya que en el artículo 1 se precisa que «el presente Protocolo (...) desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación...».

B. Argumentos fundamentados en la práctica

52. Cabe destacar que los más de los conflictos armados actuales son conflictos armados no internacionales. Por consiguiente, es muy importante incluir una disposición que obligue a los grupos armados.

53. Como recordó, muy justamente, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en 28 conflictos armados que tenían lugar en enero de 1997, «grupos no gubernamentales estaban utilizando profusamente en las hostilidades a menores de 18 años, tanto directa como indirectamente. Era, por lo tanto, de la mayor importancia que el protocolo facultativo tratara de esta cuestión y obligara a los Estados Partes a adoptar todas las medidas posibles para evitar el reclutamiento de niños por esos grupos insurgentes en su territorio. Se recomendó asimismo que el protocolo facultativo no utilizara más terminología que la contenida en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949»⁶⁶.

54. El hecho de no incluir a los grupos armados suele explicarse por la imposibilidad de aplicar disposiciones que atañen a grupos que, por definición, no pueden ser formalmente parte contratante en tratados de derecho internacional. Sin embargo, en varias oportunidades, la práctica ha demostrado que los Gobiernos y las organizaciones internacionales o no gubernamentales pueden ejercer una influencia ante esos grupos para hacerles admitir que tienen obligaciones de índole humanitaria que han de respetar, a fin de salvaguardar y proteger a la población que se encuentra bajo su control⁶⁷. El CICR despliega esfuerzos a este respecto, y desde hace mucho tiempo, por lo que atañe a las normas del derecho internacional humanitario.

Comité Internacional de la Cruz Roja

⁶⁶ Documento ONU E/CN.4/1997/96, párr. 45.

⁶⁷ Para más ejemplos, véase *estudio Machel, op. cit.* (nota 18), párr. 61.