

## LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS, EN PARTICULAR LA PROHIBICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN LAS HOSTILIDADES Y EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

MARÍA TERESA DUTLI \*

El creciente número de niños implicados en conflictos armados y los inmensos sufrimientos que ellos sobrellevan, es sumamente alarmante. La gravedad y la amplitud de las consecuencias a largo plazo de los conflictos armados sobre los niños son sin duda causa de honda preocupación. Es primordial proteger a los niños de los conflictos armados y encontrar métodos de rehabilitación física y psicológica *de los niños afectados por los conflictos*, objetivos que deberían guiar la acción de los gobiernos y de las instituciones especializadas.

Una de las principales causas de los importantes sufrimientos de los niños se fundamenta en el hecho de que las formas de violencia que caracterizan a los conflictos armados actuales tienen por resultado el aumento del número de víctimas entre la población civil, especialmente los niños que, a causa de su vulnerabilidad, son los más afectados. Su participación en las hostilidades es, asimismo, un fenómeno inquietante, cuya gravedad justifica la creciente preocupación de la comunidad internacional.

Anteriormente en los conflictos se enfrentaban sobre todo los ejércitos regulares. Desde la aparición de los nuevos tipos de conflicto, en los que se enfrentan ejércitos regulares y la guerrilla, los niños han desempeñado un papel en los movimientos de resistencia. Ellos han sido deportados, detenidos o enviados a campos de concentración. Vemos demasiado a menudo, en los escenarios de las hostilidades, a muchachos que apenas han salido de la niñez llevando armas y dispuestos a utilizarlas sin discernimiento. Están en peligro de muerte no sólo el niño que participa en las hostilidades, sino también las personas que son su blanco, a causa de su comportamiento inmaduro y emotivo. Es

\* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctora en Ciencias Políticas por la Universidad de Ginebra (Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales IUHEI). Jefa del Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

cierto que tal vez sean los niños las víctimas más pequeñas de un conflicto armado, pero no por ello los más insignificantes. Intentar protegerlos en tal circunstancia es una ingente tarea.

Desde comienzos de este siglo, se hacen muchos esfuerzos en el ámbito jurídico para proteger a los niños en tiempo de guerra. En los últimos decenios, los gobiernos y las instituciones han hecho declaraciones, firmado Convenios y promulgado otros textos jurídicos para garantizar los derechos de los niños en las peores circunstancias.

En el año 1924, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), cuyo mandato es proteger y prestar asistencia a las víctimas de los conflictos armados, presta una atención especial a la protección de los niños en esas circunstancias. Es así como el CICR participó activamente en la preparación de esa Declaración.

En colaboración con la Unión Internacional de Socorro en favor de los Niños, el CICR también elaboró, en 1939, un proyecto de Convenio para la protección de los niños en caso de conflicto armado<sup>1</sup>. Desafortunadamente, el inicio de las hostilidades impidió su aprobación. A pesar de ello, el CICR emprendió numerosas gestiones en favor de los niños durante la Segunda Guerra Mundial, particularmente a fin de favorecer la reunión de familiares.

Tras el conflicto, el CICR reanudó sus trabajos con el fin de elaborar disposiciones especiales relativas a la protección de los niños. Esas disposiciones se incluyeron en el Convenio IV de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, en el que se confiere la protección general en favor de los niños como personas civiles que no participan en las hostilidades, así como una protección especial en su favor, incluida en nada menos que diecisiete de sus disposiciones.

Señalando un progreso importante en la protección del niño en tiempo de conflicto armado, en los protocolos de 1977 adicionales<sup>2</sup> a los Convenios de Ginebra de 1949 no sólo se estipula para los niños una protección mayor contra los efectos de las hostilidades, sino que, también, se reglamenta, por primera vez, su participación en las hostilidades, realidad inquietante de los conflictos modernos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> DURAND, André. *Histoire du Comité International de la Croix-Rouge - De Sarajevo a Hiroshima*, vol. 2, Instituto Henry Dunant, 1978, ps. 133/136.

<sup>2</sup> Protocolo Adicional I aplicable en situación de conflicto armado internacional y Protocolo Adicional II aplicable en situación de conflicto armado sin carácter internacional.

<sup>3</sup> Sobre la protección debida a los niños en período de conflicto armado véase PLATTNER, Denise. "La protección del niño en el derecho internacional humanitario", RICR, nro. 63, mayo-junio 1984, ps. 148/161 y SINGER, Sandra "La protección de los niños en los conflictos armados", RICR, nro. 75, mayo-junio 1986, ps. 135/172.

La protección debida a los niños, reconocida en el derecho internacional humanitario, fue reafirmada en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Esa Convención, casi universal, es la coronación de una larga negociación iniciada por el gobierno polaco en 1978. En ella se protegen la dignidad, la igualdad y los derechos fundamentales de los niños. La Convención consta de 54 artículos, que abarcan el conjunto de los derechos humanos del niño, es decir, sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Según la definición general de la Convención, niño es toda persona de menos de dieciocho años. Sin embargo, en relación con la participación en las hostilidades, el art. 38 que se refiere a los niños en los conflictos armados, remite a las normas del derecho internacional humanitario que protegen a los niños en tales situaciones<sup>4</sup>, y fija así en quince años la edad mínima requerida para ser reclutado en el marco de hostilidades. A pesar de los intentos de varios gobiernos y organizaciones durante el transcurso de la negociación de esta Convención, no fue posible en ese momento aumentar la edad mínima para la participación en las hostilidades a dieciocho años, como hubiese sido deseado.

El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, fue aprobado el 25 de mayo de 2000 y entró en vigor el 12 de febrero de 2002. Ese instrumento, del cual 46 Estados son parte al 7 de enero de 2003, refuerza la protección debida a los niños en caso de conflicto armado, aumentando la edad de reclutamiento y enmendando así la anomalía que se había querido mejorar durante la negociación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aunque este Protocolo es un considerable progreso, es de lamentar que la edad mínima de reclutamiento voluntario en las fuerzas gubernamentales no haya podido fijarse en dieciocho años, como lo ha sido para el reclutamiento obligatorio.

## I. LOS NIÑOS Y EL ACCESO A LOS BIENES INDISPENSABLES: VÍVERES Y AGUA, ROPA Y HABITACIÓN

Con demasiada frecuencia no hay suficientes recursos en tiempo de guerra y se da la preferencia a otras necesidades o la inseguridad limita el acceso a los servicios públicos. Es, sin embargo, responsabilidad de todos que en esas situaciones los niños reciban lo indispensable para su subsistencia. Diversas normas del derecho internacional humanitario se refieren a la protección especial de la que se benefician los niños en razón de su mayor vulnerabilidad. Esa

<sup>4</sup> Para más detalles, véase KRILL, Françoise, "Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Controvertido art. 38", *Difusión*, nro. 12, agosto 1989, ps. 11/12 y, de la misma autora *The United Nations Convention on the Rights of the Child and its protection in armed conflicts*, vol. 4, nro. 3, Mennesker og Rettigheter, Oslo, 1986.

protección especial va más allá de la general de la cual se benefician los niños en tanto que son personas civiles y miembros de la población civil. El principio de la protección general de los civiles permite que los niños, como civiles y miembros de la población civil, se beneficien del derecho al respeto de la vida y a la integridad corporal y moral; no puedan ser objeto de coacción o tortura; no puedan recibir penas corporales o colectivas ni ser objeto de represalias ni de ataques <sup>5</sup>.

En relación con las normas de protección especial cabe referirse, en particular en materia de supervivencia, a aquellas que establecen las obligaciones relativas a la evacuación de los niños de zonas de combate <sup>6</sup>; a la asistencia y cuidados especiales de los cuales deben ser objeto, en particular el derecho a recibir la asistencia humanitaria y la prioridad en la distribución de envíos de socorro <sup>7</sup>; su derecho a recibir asistencia médica <sup>8</sup>; así como su derecho a la educación y al mantenimiento de su entorno familiar <sup>9</sup>.

Los niños separados de sus familias corren graves peligros. Ellos pueden ser víctimas de personas sin escrúpulos, que los utilizan como mano de obra barata, a menudo con malos tratos, y hasta les pueden enseñar a manejar armas para alistarlos como soldados. Es por ello de primordial importancia que esos niños puedan ser protegidos. Esa protección implica que los niños puedan ser identificados, que sean colocados bajo custodia temporal de un adulto y la toma de medidas concretas para buscar a sus padres con la finalidad de restablecer el contacto familiar. Diversas normas jurídicas han sido adoptadas con la finalidad de garantizar la posibilidad de reunir a los niños con sus familiares <sup>10</sup>.

## II. PROHIBICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN LAS HOSTILIDADES

### 1. En derecho internacional humanitario

En el derecho internacional humanitario no se da una definición precisa de niño <sup>11</sup>. Sin embargo, se menciona en repetidas ocasiones la edad de quince años como edad límite bajo la cual el niño debe beneficiarse de una protección

<sup>5</sup> Arts. 27 a 34, Convenio IV de Ginebra; art. 75, Protocolo I y art. 4, Protocolo II.

<sup>6</sup> Arts. 14, 17, 24, 49 y 132, Convenio IV de Ginebra; arts. 48, 51 y 75, Protocolo I y arts. 4, párr. 2 (e) y 13, Protocolo II.

<sup>7</sup> Art. 23, Convenio IV de Ginebra y art. 70, párr. 1, Protocolo I.

<sup>8</sup> Arts. 14 y 17, Convenio IV de Ginebra.

<sup>9</sup> Arts. 24, 50 y 94, Convenio IV de Ginebra; art. 78, párr. 2, Protocolo I y art. 4, párr. 3 a), Protocolo II.

<sup>10</sup> Arts. 24 y 50, Convenio IV de Ginebra.

<sup>11</sup> En la Convención de las Naciones Unidas se define al niño como "...todo ser humano, menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (art. 1).

especial. Por lo general, se admite que a menos de quince años, el desarrollo de las facultades del niño son tales que no se imponen sistemáticamente medidas especiales con la misma necesidad <sup>12</sup>. La edad de quince años es, no obstante, un mínimo, a partir del cual, de conformidad con el tipo de actos o de intereses que han de protegerse, en ciertas disposiciones se requiere o se insta a que se tome en consideración una edad superior.

### *1.1. En situación de conflicto armado internacional*

En el art. 77, párr. 2, del Protocolo Adicional I se fija el límite en quince años, instando a los Estados, en caso de reclutamiento de personas entre quince y dieciocho años, a comenzar por los de más edad.

De conformidad con esta disposición:

“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 formulación “Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles...” resulta menos obligatoria que la propuesta sugerida por el CICR: que las Partes en conflicto “tomen todas las medidas necesarias”. Si los gobiernos que negociaron este artículo optaron por la formulación actual fue porque no querían contraer obligaciones absolutas respecto de la participación espontánea de los niños en las hostilidades.

En el art. 77, párr. 2, del Protocolo I figura, en cambio, una obligación muy importante impuesta a los Estados Parte de no reclutar para sus fuerzas armadas a niños menores de quince años. El texto en inglés es más explícito que la formulación en francés: “...they shall refrain from recruiting them into their armed forces...”. Se entiende por reclutamiento, no sólo el enrolamiento obligatorio, sino también el enrolamiento voluntario. En esas condiciones reclutar significa también incorporar, lo que implica que las partes deben abstenerse de enrolar a niños menores de quince años que voluntariamente quisieran formar parte de las fuerzas armadas.

La formulación de ese párrafo tiene también la ventaja de fomentar una elevación del límite de edad a partir de la cual los niños pueden ser reclutados. Durante la negociación de esta disposición, una delegación propuso que el límite del no reclutamiento fuese elevado de quince a dieciocho años. La mayoría se opuso a extender la prohibición de reclutamiento a más de quince años;

<sup>12</sup> Véase también SANDOZ, Yves - SWINARSKI, Christophe - ZIMMERMANN, Bruno (eds.), *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Geneva du 12 août 1949*, CICR, Geneva, 1986 (en adelante, *Commentaire des Protocoles Additionnels*), p. 924, párr. 3179.

sin embargo, para tener en cuenta esta propuesta, se previó que, en caso de reclutamiento de personas de entre quince y dieciocho años, se comenzaría por las de mayor edad <sup>13</sup>. Este compromiso es muy importante, puesto que demuestra el deseo de ciertos gobiernos de aumentar la protección reconocida a los niños.

### *1.2. En situación de conflicto armado no internacional*

En el art. 4, párr. 3 c, del Protocolo II se hace referencia a la edad bajo la cual los niños no tienen derecho a participar en las hostilidades. De conformidad con esta disposición:

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

Se trata aquí de una prohibición absoluta, referente a una participación directa o indirecta en las hostilidades, tal como obtener informaciones, transmitir órdenes, el transporte de municiones y de víveres, o incluso actos de sabotaje <sup>14</sup>. La obligación impuesta a los Estados Parte es, entonces, más estricta que en los conflictos armados internacionales.

## **2. El art. 38, Convención sobre los Derechos del Niño**

A pesar de los esfuerzos desplegados por numerosos Estados a fin de elevar de quince a dieciocho la edad bajo la cual los niños no deben participar en las hostilidades, en el art. 38, Convención sobre los Derechos del Niño, no se registra progreso alguno, ya que se vuelve a formular el art. 77, párr. 2, del Protocolo I <sup>15</sup>.

<sup>13</sup> *Commentaire des Protocoles Additionnels*, cit., ps. 925/926, párr. 3188; *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés* (Genève, 1974-1977), Departamento Político Federal, Berna, 1978, vol. III, p. 314, CDDH/III/325, 30 de abril de 1976.

<sup>14</sup> *Commentaire des Protocoles additionnels*, cit., ps. 1403/1404, párrs. 4555-4558. Véase también KRILL, Françoise, “The United...”, cit., p. 42.

<sup>15</sup> Se estipula en el art. 38, Convención sobre los Derechos del Niño lo siguiente: 1. Los Estados Parte se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. 2. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. 3. Los Estados Parte se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan a personas que hayan cumplido los 15 años de edad, pero que sean menores de 18, los Estados Parte procurarán dar prioridad a los de más edad. 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Parte adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado”. Cabe destacar que, durante la negociación de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados adujeron los mismos argumentos que durante la CDDH sobre las cuestiones de la edad y las medidas “posibles”, en vez de “necesarias”, que han de tomarse en caso de participación en las hostilidades.

En esta disposición se prohíbe, así, la participación directa en las hostilidades de los niños menores de quince años. Así pues, es más débil que el derecho existente, en la medida en que, como acabamos de ver, en el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales se prohíbe toda participación directa e “indirecta” de esos niños en las hostilidades <sup>16</sup>.

El art. 38, párr. 1, contiene, sin embargo, una cláusula en la que se remite a las normas de derecho internacional humanitario, cuya protección se extiende a los niños. Por razón de esta cláusula, así como de la índole de *lex specialis* del derecho internacional humanitario, se aplica, en caso de duda, el art. 4, párr. 3 c, del Protocolo II. Esta última disposición confiere al niño, como más arriba hemos visto, una protección mayor.

### 3. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño

El Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados refuerza la protección que les es debida en caso de conflicto armado. En virtud de sus disposiciones los Estados Parte se comprometen a tomar todas las medidas posibles para que los miembros de las fuerzas armadas de menos de dieciocho años no participen directamente en las hostilidades <sup>17</sup>.

Ese instrumento prohíbe además el reclutamiento obligatorio de los niños de menos de dieciocho años <sup>18</sup> y establece que los Estados deben elevar la edad del reclutamiento voluntario a más de quince años, siendo ésta la edad mínima; sin embargo, esto no se aplica a las escuelas militares <sup>19</sup>.

En situación de conflicto armado sin carácter internacional, los grupos armados que no sean fuerzas armadas nacionales, no deberían reclutar nunca, de modo obligatorio o voluntario, a niños de menos de dieciocho años, ni hacer que participen en las hostilidades.

Para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los Estados Parte se comprometen a sancionar penalmente el reclutamiento de los niños en las fuerzas o grupos armados que sea contrario a las prescripciones de ese Protocolo <sup>20</sup>.

### 4. Estatuto de la Corte Penal Internacional

El Estatuto adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, incluye en la lista de crímenes de guerra que son de competencia de la Corte el hecho de hacer par-

<sup>16</sup> Véase KRILL, Françoise, “The United...”, cit.

<sup>17</sup> Art. 1. Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

<sup>18</sup> Art. 2. *Idem*.

<sup>19</sup> Art. 3. *Idem*.

<sup>20</sup> Art. 4. *Idem*.

ticipar activamente en las hostilidades a niños menores de quince años, su reclutamiento en las fuerzas armadas nacionales en caso de conflicto armado internacional <sup>21</sup>, y en las fuerzas armadas nacionales y otros grupos armados en situación de conflicto armado no internacional <sup>22</sup>.

Según el principio de la complementariedad, la competencia de la Corte se ejerce, excepto en los casos que remita el Consejo de Seguridad, cuando un Estado no puede llevar a cabo un enjuiciamiento o no esté dispuesto a hacerlo. Por lo tanto, para garantizar la represión a nivel nacional, los Estado deberían dotarse de una legislación que les permita enjuiciar a los autores de esos crímenes.

### III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS NIÑOS COMBATIENTES CAPTURADOS EN UN CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

#### 1. Niños combatientes prisioneros de guerra

##### 1.1. Estatuto

Los niños que tengan entre quince y dieciocho años. A pesar de la recomendación de enrolar prioritariamente a los de más edad, lo que demuestra que en derecho humanitario es anormal su participación en las hostilidades, los niños que tengan entre quince y dieciocho años, enrolados en las fuerzas armadas o que participen en una sublevación de masa tienen la condición jurídica de combatientes <sup>23</sup>. Se benefician, de pleno derecho, en caso de captura, del estatuto de prisionero de guerra <sup>24</sup>.

Los niños menores de quince años que, a pesar de las exhortaciones contenidas en el arts. 77, párr. 2, del Protocolo I son reclutados o enrolados voluntariamente en las fuerzas armadas, tendrán también la condición jurídica de combatientes y se benefician, en caso de captura, del estatuto de prisionero de guerra. Aunque esté prohibida la participación de esos niños en las hostilidades, fue necesario velar por que se les confiera una protección en caso de captura. Por lo demás, no hay límite alguno para beneficiarse del estatuto de prisionero de guerra <sup>25</sup>, siendo la edad únicamente un factor justificativo para un trato privilegiado. Los niños combatientes capturados menores de quince años no podrán, sin embargo, ser condenados por haber tomado las armas. Su participación en las hostilidades no implica falta alguna de su parte, puesto que la

<sup>21</sup> Art. 8.2, b) xxvi), Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>22</sup> Art. 8.2, e) vii), Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>23</sup> De conformidad con el art. 43, párr. 2, Protocolo I para los miembros de las fuerzas armadas y de conformidad con el art. 2, Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907, relativo a la leva de tropas.

<sup>24</sup> Se les confiere este estatuto de conformidad con el art. 4 A, aps. 1 y 6, Convenio III de Ginebra.

<sup>25</sup> Véase *Commentaire des Protocoles Additionnels*, cit., p. 926, párr. 3194.

prohibición a la que se refiere el art. 77, párr. 2, del Protocolo I se dirige a las partes en conflicto y no a los niños. La responsabilidad de tal violación incumbe a las autoridades de la parte en conflicto que haya reclutado y enrolado a los niños.

### *1.2. Trato*

El trato debido a los niños combatientes debe ser privilegiado, por razón de su edad. Este trato privilegiado, al que se refiere el párr. 1 del art. 77, Protocolo I, está inscripto en las disposiciones del derecho internacional humanitario en las que se estipula una protección especial para los niños <sup>26</sup>.

### *1.3. Responsabilidad*

Como ocurre con todos los otros prisioneros de guerra, el estatuto no prohíbe las diligencias penales por las infracciones graves contra el derecho internacional humanitario, especialmente los crímenes de guerra o las infracciones contra la legislación nacional de la potencia detenedora, cometidas por esos niños. En tales circunstancias, su responsabilidad debe, no obstante, apreciarse en función de su edad y, por regla general, se impondrán medidas educativas, y no castigos. Aunque se pueden aplicar varias sanciones penales, la pena de muerte no podrá dictarse contra una persona menor de dieciocho años en el momento de la infracción, y en ningún caso podrá ser ejecutada <sup>27</sup>.

## **2. Niños-combatientes internados civiles**

Los niños que participan en las hostilidades, sin ser combatientes de conformidad con el derecho internacional humanitario, están sometidos a la legislación nacional del país del cual son súbditos.

En caso de captura por la potencia enemiga, si están incluidos en la categoría de personas protegidas por el Convenio IV de Ginebra <sup>28</sup>, esos niños son considerados "internados civiles". Como tales, tienen especialmente el derecho a estar reunidos con sus padres en el mismo lugar de internamiento, a beneficiarse de condiciones materiales de internamiento apropiadas a su edad, a recibir suplementos de alimentación proporcionales a sus necesidades fisiológicas, a recibir una instrucción, a poder hacer ejercicio físico <sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Arts. 16, 49, párr. 1, Convenio III y art. 77, párrs. 4 y 5, Protocolo I. Véase también PLATTNER, Denise, "La protección...", cit.

<sup>27</sup> Art. 68, párr. 4, Convenio IV y art. 77, párr. 5, Protocolo I.

<sup>28</sup> Bajo reserva de su art. 5.

<sup>29</sup> Arts. 82, 85, párr. 2, 89, párr. 5 y 94, Convenio IV respectivamente.

En el caso de que se le apliquen castigos disciplinarios se tendrá en cuenta su edad <sup>30</sup>. Sólo pueden ser castigados por su participación directa en las hostilidades, si en el momento de la infracción su capacidad de discernimiento era suficiente para comprender las consecuencias de su acto. No se puede dictar ni ejecutar en su contra una condena a muerte.

### 3. Protección mínima

En todo caso, aunque los niños que hayan participado en las hostilidades no tienen derecho a un estatuto particular, de conformidad con el art. 45, párr. 3, del Protocolo I, deben, por los menos, beneficiarse de la protección general reconocida en el art. 75 del mismo instrumento. Esta disposición se refiere a todas las personas que estén en poder de una parte en conflicto y que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de los Convenios y del Protocolo. Se enuncia en la misma un mínimo de normas humanitarias reconocidas en favor de todas las personas afectadas por un conflicto armado, incluidos los niños.

## IV. RÉGIMEN DE REPATRIACIÓN

### 1. Repatriación

Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 no contienen disposiciones específicas relativas a la repatriación de los niños capturados en conflictos armados. Así pues, es aplicable el régimen general sobre la repatriación.

#### *1.1. Niños combatientes prisioneros de guerra*

##### *1.1.1. Repatriación durante las hostilidades*

Ya se trate de niños combatientes prisioneros de guerra que tengan entre quince y dieciocho años o de menores de quince años, su repatriación durante las hostilidades no ha sido prevista expresamente. No obstante, se podría, teniendo en cuenta su edad, intentar llegar a acuerdos entre las partes en conflicto con miras a una repatriación anticipada, aplicándoles por analogía las normas de las que se benefician los heridos y los enfermos graves, así como los prisioneros de guerra cuya aptitud intelectual y física está gravemente amenazada por el cautiverio.

En caso de repatriación anticipada, según la edad y la capacidad de discernimiento del niño, se requiere, llegado el caso, su consentimiento. Efectiva-

<sup>30</sup> Art. 119. Convenio IV.

mente, en el art. 109, párr. 3, del Convenio III de Ginebra se estipula que los prisioneros no podrán ser repatriados contra su voluntad durante las hostilidades.

La capacidad de discernimiento limitada de los niños podría inducir a las autoridades detenedoras a eludir sistemáticamente la obligación de tener en cuenta su opinión. Esto sería, sin lugar a dudas abusivo respecto de niños que tengan entre quince y dieciocho años, particularmente si son considerados mayores en la legislación de su país de origen. En cambio, la necesidad del consentimiento sería más fácilmente eludible en los casos de niños menores de quince años, cuyo interés, salvo certeza de lo contrario, es regresar a su hogar.

Así pues, la aplicación de esta medida sólo será razonable en la proporción en que la potencia de origen garantice que esos niños no volverán a ser enviados al frente. La potencia detenedora también puede pedir a la potencia de origen garantías sobre el no regreso al combate de los niños. La solicitud podría fundarse en el art. 117, Convenio III, en el que se estatuye que “a ningún repatriado se podrá asignar un servicio militar activo” y se justifica en razón del interés de la potencia que ha detenido, que vería amenazada su propia seguridad si los niños así repatriados son nuevamente enrolados.

### *1.1.2. Repatriación al final de las hostilidades*

Los niños combatientes prisioneros de guerra deben ser, como todos los otros prisioneros de guerra, repatriados finalizadas las hostilidades activas<sup>31</sup> bajo reserva de diligencias penales incoadas en su contra<sup>32</sup>. La voluntad de los niños de ser repatriados ha de apreciarse en función de su edad en el momento de la repatriación.

## *1.2. Niños combatientes*

Puesto que el internamiento es una medida excepcional que puede ser necesaria únicamente por imperiosas razones de seguridad, se estatuye en el Convenio IV que toda persona internada (incluidos los niños) debe ser liberada tan pronto como ya no existan las causas que motivaron su internamiento.

Exceptuados los casos en que los niños deben cumplir un castigo debido a su participación en las hostilidades, eventualidad en que podrían ser retenidos, los niños deben poder reunirse con sus familiares, a más tardar y “lo más rápidamente posible”, apenas finalizadas las hostilidades<sup>33</sup>.

Además, en el Convenio IV de Ginebra, se prevé que las partes en conflicto harán gestiones para concertar, incluso durante las hostilidades, acuerdos

<sup>31</sup> Art. 118, Convenio III.

<sup>32</sup> Art. 119, párr. 5, Convenio III.

<sup>33</sup> Art. 133, Convenio IV.

con miras a la liberación y a la repatriación de algunas categorías de personas, de las cuales los niños son parte <sup>34</sup>. Aunque no es una obligación, es una acuciante recomendación hecha a los Estados en conflicto debido a la calidad de seres particularmente vulnerables que son los niños.

## V. INTERNAMIENTO EN PAÍS NEUTRAL

Hay una posibilidad de derogar el sistema tradicional del cautiverio de los prisioneros de guerra, tal como se prevé en el Convenio III de Ginebra, recurriendo al internamiento en un país neutral.

El internamiento en país neutral de prisioneros de guerra puede tener lugar únicamente sobre la base de un acuerdo tripartito entre la potencia detenedora, la potencia de origen y la potencia neutral. En el art. 111, Convenio III se prevé el internamiento de los prisioneros de guerra en países neutrales y no se limita a autorizar a las potencias la aprobación de esa solución, sino que también se las alienta a concertar tales acuerdos.

En el caso de los internados civiles, no se prevé expresamente tal acuerdo en el Convenio IV, pero no hay que excluir la posibilidad. Podría concertarse en la medida en que responde a los intereses mismos de los niños, sin poner en peligro las garantías que se le reconocen en el derecho humanitario.

En el Convenio IV figura, sin embargo, una disposición que podría equipararse al art. 111, Convenio III. Se trata del art. 24, en el que se estipula que:

“Las Partes en conflicto favorecerán la acogida de esos niños (los niños menores de quince años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra), en país neutral mientras dure el conflicto, con el consentimiento de la Potencia protectora, si la hubiere, y si tienen garantías de que serán respetados los principios enunciados en el párrafo primero (mantención, la práctica de su religión y la educación confiada, si es posible, a personas de la misma tradición cultural)”.

No obstante, hay que entender esta última norma como destinada únicamente a la protección del niño. No se habla aquí de internamiento, sino de “acogida”. No figura aquí el componente “seguridad del detenedor”, propio de la noción del combatiente.

Se han de conciliar esas dos disposiciones con lo dispuesto en el art. 78, Protocolo I. La legitimidad de la evacuación a toda costa fue cuestionada en la Conferencia sobre el Desarrollo del Derecho Humanitario. Así pues, se prevé, en el art. 78, lo siguiente:

“Ninguna Parte en conflicto dispondrá la evacuación a un país extranjero de niños que no sean nacionales suyos, salvo en caso de evacuación temporal

<sup>34</sup> Art. 132, párr. 2, Convenio IV.

cuando así lo requieran razones imperiosas relacionadas con la salud del niño, su tratamiento médico o, excepto en territorio ocupado, su seguridad...”.

Por lo tanto, puede tener lugar el internamiento en país neutral únicamente por razones vinculadas con la seguridad o con la salud del niño y siempre que cuente con el acuerdo de todas las partes, incluido el representante legal del niño en caso de tratarse de niños huérfanos o separados de su familia a causa del conflicto.

A este respecto es indispensable la concertación de un acuerdo *ad hoc* entre las partes. En el marco de tal acuerdo, el CICR puede intervenir como intermediario neutral y debe velar para que el interés del niño sea respetado. Han de tenerse en cuenta los elementos psicosociales necesarios para su desarrollo. Particularmente, cerciorarse de que la potencia neutral que haya aceptado recibir a los niños tenga la posibilidad de garantizar su mantenimiento y su educación, en la medida de lo posible, por personas de la misma tradición cultural.

La hospitalización, en país neutral durante las hostilidades, de los niños enfermos también está prevista en los Convenios de Ginebra<sup>35</sup>. Aquí también, el texto comporta si no una obligación, por lo menos una acuciante recomendación hecha a las partes en conflicto, y debería asimismo ser objeto de acuerdos tripartitos precisos.

## VI. NIÑOS DETENIDOS EN UN CONFLICTO ARMADO SIN CARÁCTER INTERNACIONAL

Conviene recordar que en los conflictos armados sin carácter internacional no existe estatuto del combatiente ni el que resulta de éste, es decir, el estatuto del prisionero de guerra. Tampoco hay categorías de personas civiles protegidas ni internados civiles.

Así pues, el niño combatiente, forme parte o no de las fuerzas armadas, puede ser castigado de conformidad con la legislación interna del país concernido por el solo hecho de haber participado en las hostilidades. El alcance de su responsabilidad debe, sin embargo, apreciarse teniendo en cuenta su capacidad limitada de discernimiento, propia de su corta edad. Además, deberían imponerse medidas educativas y no verdaderos castigos.

Un niño-combatiente capturado en un conflicto armado no internacional se beneficia, sin embargo, de la protección reconocida en el art. 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949 para todas las personas que no participan o ya no participan, en las hostilidades.

Esos niños se benefician, además, de la protección que se les reconoce en el art. 4, párr. 3, Protocolo II, en el que se puntualiza la asistencia y la ayuda de

<sup>35</sup> Art. 132, inc. 2. Convenio IV.

las que se benefician los niños en ese conflicto, es decir: educación, facilitar la reunión de familiares, evacuación temporal. Puesto que esta lista no es limitativa, no implica, en absoluto, otras medidas que deberían tomarse en su favor<sup>36</sup>.

En el art. 6, párr. 4, del Protocolo II se prohíbe también dictar pena de muerte contra una persona de menos de dieciocho años en el momento de la infracción. Aquí también, como en el caso del límite de edad bajo el cual los niños no pueden participar en las hostilidades, la obligación va más allá de la aplicable a los conflictos armados internacionales, que tiene por finalidad únicamente la prohibición de ejecutar tal condena en contra de éstos.

## VII. APLICACIÓN A NIVEL NACIONAL

Con el fin de asegurar el cumplimiento de las normas establecidas por el derecho internacional, los Estados deben tomar medidas de aplicación a nivel nacional. Esas medidas dependerán de sus obligaciones internacionales, o sea, de los tratados de los cuales son parte. Los temas principales que deben considerarse al respecto y las medidas nacionales a adoptar son:

### 1. Participación en las hostilidades

Un Estado Parte en el Protocolo Facultativo de 2000 deberá tomar medidas legislativas por las que se prohíba y sancione,

— El reclutamiento obligatorio de los menores de dieciocho años en sus fuerzas armadas<sup>37</sup>.

— El reclutamiento obligatorio o voluntario así como toda utilización de los menores de dieciocho años por los grupos armados que no sean las fuerzas armadas del Estado<sup>38</sup>.

Un Estado Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>39</sup> o parte en el Protocolo Adicional I<sup>40</sup> deberá tomar todas las medidas legislativas necesarias para prohibir el reclutamiento o el alistamiento de los niños de menos de quince años en sus fuerzas armadas, así como medidas que garanticen, respecto de niños de quince a dieciocho años, que se dará preferencia al reclutamiento de los de más edad.

Un Estado Parte en el Protocolo Adicional II tomará aquellas medidas legislativas por las que se prohíba el reclutamiento y toda forma de participación de los niños de menos de quince años en los conflictos armados<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> *Commentaire des Protocoles Additionnels*, cit., p. 1401, párr. 4545.

<sup>37</sup> Arts. 2 y 6.

<sup>38</sup> Art. 4.

<sup>39</sup> Art. 38, párr. 3.

<sup>40</sup> Art. 77, párr. 2.

<sup>41</sup> Art. 4, párr. 3(c).

Finalmente, un Estado Parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional deberá velar, a fin de beneficiarse del principio de complementariedad, para que su legislación penal permita el enjuiciamiento de las personas que hayan reclutado o hayan hecho participar activamente en las hostilidades a niños de menos de quince años <sup>42</sup>.

## **2. Detención y privación de libertad**

Un Estado Parte en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra <sup>43</sup> deberá tomar medidas legislativas o de otra índole, a fin de garantizar que los niños de menos de quince años que sean arrestados, detenidos o internados, por razones relacionadas con el conflicto, se beneficien de la protección especial prevista en el derecho internacional humanitario.

## **3. Condena a muerte**

Un Estado Parte en el Convenio IV de Ginebra relativo a la protección de personas civiles <sup>44</sup> y en los Protocolos Adicionales <sup>45</sup> deberá tomar medidas legislativas, penales y militares, para prohibir que se dicte o se ejecute una condena a muerte contra una persona de menos de dieciocho años en el momento de la infracción.

## **4. Difusión y enseñanza**

Es asimismo mediante una amplia difusión que se logrará un respeto real del niño. La difusión es, por lo demás, una obligación de los Estados en virtud del derecho internacional humanitario <sup>46</sup>. El Protocolo Facultativo de 2000 se refiere también a la difusión en su art. 6.

Por lo tanto, los Estados deberán, ya en tiempo de paz, integrar la noción de la protección especial debida a los niños en los programas de formación e instrucción de las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad nacionales, en todos los niveles jerárquicos, y planificar la inclusión de este tema como materia en los planes de estudio de universidades e instituciones especializadas, así como la realización de campañas de sensibilización de la población y, más exactamente, de los niños y los adolescentes.

<sup>42</sup> Art. 8.2, b), xxvi y e), vii.

<sup>43</sup> Art. 77, Protocolo I, párr. 3, y art. 4, Protocolo II, párr. 3 d).

<sup>44</sup> Art. 68, párr. 4.

<sup>45</sup> Art. 77, Protocolo I, párr. 5, y art. 6, Protocolo II, párr. 4.

<sup>46</sup> Convenios de Ginebra I, II, III y IV, arts. 47, 48, 127 y 144, respectivamente; art. 83, Protocolo I y art. 19, Protocolo II.

### VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho internacional contiene disposiciones de gran alcance para proteger a los niños en tiempo de guerra. Ese derecho, y en particular el derecho internacional humanitario, estipula una protección amplia del niño que, primeramente está protegido como persona civil que no participa en las hostilidades y, en segundo lugar, por su calidad particular de niño y, en consecuencia, por el hecho de ser especialmente vulnerable. Esta protección especial está contenida en no menos de veinticinco disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977.

El derecho humanitario reglamenta también, mediante los Protocolos Adicionales de 1977, la participación de los niños en las hostilidades. Está prohibida la participación en los combates de niños menores de quince años. En el Protocolo I se insta a las partes en conflicto a enrolar solamente a los de más edad, si enrolan a personas de más de quince años pero menores de dieciocho. Esa protección ha sido considerablemente mejorada tras la adopción del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño que aumenta a dieciocho años la edad para la participación de los niños en las hostilidades. El reclutamiento obligatorio debajo de los dieciocho años queda prohibido a través de ese instrumento, que sólo autoriza el voluntario en las fuerzas armadas de niños mayores de quince años.

Pero las leyes sólo protegen en la medida en que se respeten y se apliquen. Cabe lamentablemente comprobar que, a pesar de las prohibiciones escritas en el derecho, los niños continúan participando en las hostilidades y siendo víctimas inocentes de los conflictos armados. A fin de que terminen sus sufrimientos, es indispensable que la comunidad internacional vele por el respeto de las disposiciones en vigor. Incumbe, en primer lugar, a los Estados Parte en los tratados del derecho internacional respetar y hacer respetar esas normas. Las organizaciones humanitarias deben asimismo contribuir a socorrer a los niños. Su obligación es la de ayudar primero y antes que nada a las víctimas más vulnerables. Hay que dar a los niños la oportunidad de sobrevivir y desempeñar su papel en la sociedad; es en sus manos que está el futuro de la humanidad.