



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2016/2017

Convocatoria: Julio

# **EL PROTOCOLO FACULTATIVO A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989 RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS**

Optional Protocol to the 1989 Convention on the Rights of  
the Child on the involvement of children in armed conflict

Realizado por la alumna Laura Martín Baute

Tutorizado por la Profesora Ruth Martinon Quintero

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

**RESUMEN**

Cada vez que existe una situación de conflicto armado los niños son víctimas especialmente vulnerables que necesitan de una protección especial ya que estas situaciones hacen que los niños puedan verse obligados a participar en las hostilidades o reclutados en las fuerzas armadas. Es por ello, que la protección del niño en los conflictos armados ha adquirido una gran trascendencia hasta la actualidad y el Derecho Internacional ha ofrecido varias respuestas a través de sus dos ramas: el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de Derechos Humanos. No obstante, el objeto principal de este trabajo es el Protocolo Facultativo sobre la Convención de los Derechos del Niño de 1989 relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, instrumento internacional que hasta el momento es el que ofrece una mayor protección jurídica internacional con respecto a los niños que se encuentran en situaciones de conflicto armado.

**ABSTRACT**

Whenever there is a situation of armed conflict, children are particularly vulnerable victims who need special protection because these situations make children forced to participate in hostilities or recruited into the armed forces. It is for this reason that the protection of the child in armed conflicts has acquired a great significance until the present time and International Law has offered several answers through its two branches: International Humanitarian Law and International Human Rights Law. The main object of this work, however, is the Optional Protocol to the 1989 Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, an international instrument that has so far provided the greatest international



legal protection With respect to children in situations of armed conflict.

## ÍNDICE

<b>I. Introducción.....</b>	<b>6</b>
<b>II. Los niños en el Derecho Internacional.....</b>	<b>7</b>
2.1 Los niños en el Derecho Internacional Humanitario.....	10
2.2 Los niños en el Derecho Internacional de Derechos Humanos.....	13
<b>III. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la participación de los niños en los conflictos armados.....</b>	<b>16</b>
3.1 Antecedentes a la Convención sobre los Derechos del Niño.....	16
3.2 La Convención sobre los Derechos del Niño.....	20
3.3 Problemas que plantea el artículo 38 de la Convención sobre los derechos del niño relativo a los niños en los conflictos armados.....	22
<b>IV. Especial consideración al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.....</b>	<b>26</b>
4.1 Antecedentes y elaboración del Protocolo Facultativo.....	26
4.2 La Firma y ratificación del Protocolo Facultativo.....	30
4.3 La cuestión de las reservas en el Protocolo Facultativo.....	32
4.4 El contenido del Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.....	33
4.4.1 La edad mínima de participación en los conflictos armados.....	33
4.4.2 La participación directa e indirecta en las hostilidades.....	35
4.4.3 El reclutamiento forzoso y el reclutamiento voluntario.....	36

4.4.4 La participación de los niños en los grupos armados no gubernamentales.....	40
<b>V. Mecanismos para el seguimiento del Protocolo Facultativo por parte de Naciones Unidas.....</b>	<b>42</b>
5.1 El Comité de los Derechos del Niño.....	42
5.2 El Consejo de Seguridad.....	45
5.3 El Representante Especial del Secretario General para los niños y los conflictos armados.....	45
<b>VI. Conclusiones.....</b>	<b>50</b>
<b>VII. Bibliografía.....</b>	<b>52</b>

## I. Introducción

A lo largo de la historia los derechos de los niños se han visto vulnerados. La guerra ha supuesto la más brutal violación de estos derechos. Además de amenazar el derecho a la vida, amenaza otros derechos como pueden ser la educación, la salud, nivel adecuado de vida y la protección a la discriminación, la explotación, el abandono y el reclutamiento por los ejércitos. Es por ello, que desde el ámbito del Derecho Internacional se ha ido ampliando y fortaleciendo la protección jurídica hacia los niños.

No obstante, es después de la Segunda Guerra Mundial cuando se lleva a cabo una respuesta por parte de ONGS, Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales. Esta guerra, fue una guerra indiscriminada donde surgió la preocupación de las violaciones que los niños estaban sufriendo con respecto a sus derechos. Por esa razón se comenzaron a elaborar y adoptar una serie de instrumentos internacionales tanto de Derecho Internacional Humanitario como Derecho Internacional de Derechos Humanos, que regularan la protección de los derechos del niño.

Pero es con la Convención de Derechos del Niño de 1989, uno de los instrumentos internacionales más ratificado hasta el momento<sup>1</sup>, donde se ha establecido todos los derechos humanos que deberían gozar todos los niños del mundo y representando de esta manera el régimen más amplio hasta el momento de protección jurídica del niño.

Sin embargo, esta Convención de Derechos del Niño de 1989 no fue suficiente para abordar algunos temas como podrían ser las consecuencias directas de la guerra como el reclutamiento en las fuerzas armadas, muertes, desplazamientos o pérdidas familiares, explotación sexual y laboral, abusos sexuales entre otros, en la que se ven inmersos algunos países.

---

<sup>1</sup> Firmada y ratificada por 196 países, únicamente no lo ha ratificado Estados Unidos. Fuente: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (20 de junio de 2016) Mapa sobre la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño de 1989. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR\\_Map\\_CRC.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR_Map_CRC.pdf) [Consultado el día 2 de julio de 2017]

Estas situaciones han marcado el panorama internacional y en el seno de Naciones Unidas ante la insuficiencia de la Convención sobre los Derechos del Niño para conseguir regular estas situaciones se formó un Grupo de Trabajo en el año 1994 con el fin de poder darles una respuesta adecuada. Las dos cuestiones más relevantes fueron las relativas a la participación de los niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptándose por este Grupo de Trabajo dos proyectos de Protocolos Facultativos relativos a estas cuestiones.

En este trabajo nos vamos a centrar en la regulación y desarrollo del Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, el cual tras un proceso largo de negociaciones debido a las diferencias existentes entre las diversas delegaciones en el Grupo de Trabajo, se adoptó finalmente en el año 2000<sup>2</sup>.

Desde la entrada en vigor del Protocolo este ha quedado abierto a la firma y ratificación por parte de todos los Estados de la comunidad internacional, estando en la actualidad ratificado por la mayor parte de los países.

En este trabajo serán objeto especial de estudio las cuestiones más importantes que regula el Protocolo como es la edad mínima, el reclutamiento y la participación de los niños en las hostilidades ya que son las controversias más importantes del efecto que ha tenido la guerra en los países que se ven afectados por los conflictos armados.

## **II. Los niños en el Derecho Internacional.**

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional ha llevado a cabo una labor de protección de la persona humana y el reconocimiento de sus derechos inherentes, principalmente a través del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este estudio vamos a hacer referencia a ambos derechos porque los dos ofrecen una protección jurídica internacional tanto a la persona humana dentro de la cual se

---

<sup>2</sup> Fue aprobado el 21 de enero del 2000, adoptándose por la Asamblea General el 25 de mayo del 2000 y entrando en vigor el 12 de febrero del 2002.

encuentra el niño, como al tema que nos ocupa en este trabajo que es el niño en situaciones de conflicto armado.

Primeramente, antes de abordar el tratamiento del Derecho Internacional Humanitario hacia los niños, según HDEZ PRADAS (2001), siguiendo la línea de Pictet, observamos que no todo son diferencias entre los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, ya que según este autor hay tres principios comunes a ambas esferas del ordenamiento jurídico internacional:

**a) Principio de inviolabilidad:** aparece reconocido en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949<sup>3</sup> y dice que:

*“A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:*

*a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios.”*

El artículo 75 del Protocolo Adicional I<sup>4</sup> a los Convenios de Ginebra de 1949, reúne una serie de garantías fundamentales y en su apartado 2 reconoce que:

*“Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares:*

*a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular:*

---

<sup>3</sup> Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor el 21 de octubre de 1950. Hay cuatro Convenios de Ginebra que son:

I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949.

II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949.

III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.

<sup>4</sup> Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977. Entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978.



- i. el homicidio;
- ii. la tortura de cualquier clase, tanto física como mental;
- iii. las penas corporales; y
- iv. las mutilaciones.”

**b) Principio de no discriminación:** aparece recogido en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, cuando dice que:

*“Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.”*

Por otro lado, el artículo 75.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, que establece que:

*“Cuando se encuentren en una de las situaciones a que hace referencia el artículo 1 del presente Protocolo, las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos.”*

Lo establecido en estos dos artículos, no impide que se hagan diferencias de trato en favor de aquellas personas que sean consideradas especialmente vulnerables, debido a sus necesidades o penurias. Esta diferencia se hace con una finalidad y queda justificada, que es subsanar las diferencias que producen esa especial vulneración (Hdez. Pradas, 2001).

**c) Principio de seguridad personal:** recogido en las garantías mínimas del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 75 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 y en todas aquellas disposiciones de Derecho Internacional Humanitario. Este principio de seguridad personal hace mención a la prohibición de represalias, a las penas colectivas, toma de rehenes, la no imputación a responsabilidad de actos que no se hayan realizado, garantías judiciales y el carácter irrenunciable que tienen los derechos fundamentales (Hdez Pradas, 2001).

No obstante, hay más diferencias que puntos en común entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las cuales nos vamos a referir a continuación.

## **2.1 El niño en el Derecho Internacional Humanitario.**

El Derecho Internacional Humanitario es definido como:

*“el conjunto de normas jurídicas internacionales, convencionales y consuetudinarias que tienen por objeto limitar el uso de la violencia en los conflictos armados internacionales o internos, regular la conducción de las hostilidades, y salvaguardar a las personas que no participan en los combates”*(Arellano Velasco, 2008: 145).

Las normas de Derecho Internacional Humanitario, se encuentran recogidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a conflictos internacionales, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, el cual se aplica en conflictos armados internacionales, entre Estados y protege a la población civil en situaciones de guerra y el Protocolo Adicional II<sup>5</sup> a los Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a los conflictos armados no internacionales, y dirigido especialmente a los conflictos internos de cada Estado. Estos cuatro Convenios y los Protocolos Adicionales solo se aplicarán en aquellos Estados que lo hayan ratificado (Sedky, 1999).

---

<sup>5</sup> Protocolo Adicional (II) a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977. Entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978.

Además, para completar lo establecido en este Protocolo Adicional II hay que citar el artículo 3<sup>6</sup> común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Respecto a la protección de los niños el Derecho Internacional Humanitario, sin embargo, tiene un ámbito de aplicación limitado ya que solo es aplicable cuando el niño no participe en los conflictos armados. De esto podemos deducir que el niño podrá estar protegido por dichas normas cuando haya dejado de ser parte en las fuerzas armadas o incluso cuando no esté presente en el combate ya sea por cualquier causa (Arellano Velasco, 2008).

Los Convenios de Ginebra de 1949 no establecen una prohibición con respecto a la participación del niño en los conflictos armados. Únicamente, hacen alusión a ello estableciendo un límite de edad en los Protocolos Adicionales. Así el artículo 77.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra establece que:

*“Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente*

---

<sup>6</sup>**Art. 3:**

*“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:*

*1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.*

*A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:*

*a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*

*b) la toma de rehenes;*

*c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*

*d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

*2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.*

*Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.*

*Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.*

*La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.*

*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”.*

De la interpretación de este artículo podemos decir en primer lugar que es una obligación de comportamiento, es decir, no se establece una prohibición absoluta para que los niños menores de quince años participen en las hostilidades, simplemente se dice que los Estados podrán tomar todas las medidas que ellos crean convenientes, dejándoles así un margen de libertad para evitar que los niños participen en los conflictos armados. Es por ello, que el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) quiso introducir en vez de la expresión “*todas las medidas posibles*” la expresión “*todas las medidas necesarias*”, lo cual se rechazó debido al llamado principio de necesidad militar. Este principio supone que los Estados cuando hubiera circunstancias militares que así lo justificasen, los niños menores de quince años podrían participar en los conflictos armados (Gómez Isa, 2000).

En segundo lugar, con respecto a la participación, dicho artículo solo se refiere a la participación directa manifestándolo así en su frase “*no participen directamente*” y por lo tanto, permitiendo la participación indirecta de los niños en las hostilidades (Gómez Isa, 2000).

La Convención IV de Ginebra relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, distingue entre el llamado reclutamiento forzoso y aislamiento voluntario por lo que a la hora de determinar a qué tipo de reclutamiento se refiere este artículo con la frase “*especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas*”, cabe decir que se refiere al llamado reclutamiento forzoso permitiéndose el voluntario ya que no se dice nada al respecto (no se cubre los dos tipos). No obstante, hay algunos autores que defienden la interpretación que ha hecho el Comité Internacional de la Cruz Roja, el cual entiende que la palabra reclutar incluye tanto el reclutamiento forzoso como el aislamiento voluntario (Gómez Isa, 2000). Esto es así porque se entiende que:

*“...pese a la naturaleza voluntaria del aislamiento, el acto formal del reclutamiento y la incorporación a las fuerzas armadas sigue siendo necesario y es precisamente ese acto el que está prohibido por el derecho internacional” (Arellano Velasco, 2008: 150).*

Con respecto a la última frase de dicho artículo, cabe decir que recomienda a los Estados que a la hora del reclutamiento se tenga como prioridad a los niños que sean menores de quince años y no tanta a los de entre quince y dieciocho años. Esto es producto de aquellos países que querían que se elevara a los dieciocho años la edad mínima de reclutamiento, como Brasil o el Vaticano (Arellano Velasco, 2008).

Por otro lado, el artículo 4.3 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra establece que:

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

Dicho artículo, constituye una obligación de resultado, una prohibición absoluta en relación a la participación y reclutamiento de los menores de quince años que no deja a los Estados Parte una libre apreciación. Además, a diferencia del mencionado artículo 77.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, este se refiere a los conflictos armados internos y no internacionales y se aplica a las dos formas de participación, voluntaria y forzosa, al no referirse este artículo 4.3 a una en particular (Gómez Isa, 2000).

## **2.2 El niño en el Derecho Internacional de Derechos Humanos.**

El Derecho Internacional de Derechos Humanos es una rama del Derecho Internacional y es entendido como un conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, establecidas para proteger los derechos humanos ya que estos son derechos inherentes a todas las personas por su condición de seres humanos (Arellano Velasco, 2008).

En cuanto a las características del Derecho Internacional de Derechos Humanos hay que señalar según dice Swinarski, que se aplicará en situaciones de paz aunque hay una serie de derechos que se tienen que acatar siempre, inclusive en situaciones de conflicto armado (Hdez. Pradas, 2001).

Con respecto a la normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos, existen muchos instrumentos internacionales, pero en este trabajo solo nos centraremos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>7</sup> y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados<sup>8</sup>, que desarrollaremos más adelante.

Sin embargo, esta Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo, como hemos dicho, no son los únicos instrumentos internacionales que regulan la participación de los niños en los conflictos armados. Al hablar de los antecedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño haremos referencia a otros instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos que regulan los derechos del niño en general.

Pero volviendo a lo que aquí nos ocupa, uno de los instrumentos internacionales es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998<sup>9</sup>, tratado internacional, que en su artículo 8.2. b) xxvi) establece que se entiende por crímenes de guerra:

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

Con respecto a este artículo, debemos decir que tipificar el reclutamiento de los menores de 15 años para que participen en los conflictos armados como crimen de guerra ha ayudado a que pueda disminuir el números de niños que participan. Además, la Corte Penal Internacional ha podido imputar estos reclutamientos (Gómez Isa, 2000).

---

<sup>7</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

<sup>8</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002.

<sup>9</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998. Entrada en vigor el 1 de julio del 2002.

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) adoptó en junio de 1999 la Convención núm. 182 sobre la Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la inmediata acción para su eliminación<sup>10</sup>. El artículo 2 de esta Convención dice que: *“a los efectos del presente Convenio, el término niño designa a toda persona menor de 18 años”*. Y así, el artículo 3.a) incorpora a las *“peores formas de trabajo infantil”*:

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

Esta Convención supone el primer instrumento internacional, que establece como edad mínima para el reclutamiento forzoso la de 18 años aunque no se regula el reclutamiento voluntario (Gómez Isa, 2000).

Además de estos instrumentos, hay otros, pero que tienen un alcance regional. Uno de ellos, es la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990<sup>11</sup> que en su artículo 2 establece que: *“a los efectos de la presente Carta, se entenderá por niño todo ser humano menor de dieciocho años”*, y en concreto a los niños en conflictos armados, su artículo 22 dispone que:

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

Esta Carta es el primer texto jurídico internacional regional que se refiere a los 18 años como la edad límite para la participación y el reclutamiento de los niños, además de que a diferencia de otros instrumentos los Estados tienen que adoptar *“todas las medidas necesarias”* para asegurar la no participación directa de los niños en los conflictos

---

<sup>10</sup> Convenio núm. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, de 17 de junio de 1999. Entrada en vigor el 19 de noviembre del 2000.

<sup>11</sup> Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 11 de julio de 1990. Entrada en vigor el 29 de noviembre de 1999.

armados. Esta participación directa, es el único inconveniente que posee esta Carta ya que no se regula la participación indirecta (Gómez Isa, 2000).

Por último, hay que hacer referencia a tres instrumentos regionales que regulan la participación de los niños en los conflictos armados y son, la Declaración de Maputo sobre la Utilización de los Niños como Soldados, adoptada en la Conferencia Africana sobre la utilización de los niños como soldados en 1999, la Declaración de Montevideo sobre el Uso de los Niños como Soldados en 1999 y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos<sup>12</sup>. La primera establece que el uso de niños menores de 18 años en las fuerzas o grupos armados es inadmisibles, incluso si es voluntario y la segunda pide a las fuerzas o grupos armados nacionales que se abstengan de reclutar menores de 18 años para participar en conflictos armados ya sea directa o indirectamente (Arellano Velasco, 2008).

### **III. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la participación de los niños en los conflictos armados.**

#### **3.1 Antecedentes a la Convención sobre los Derechos del Niño.**

La Convención de Derechos del Niño representa la culminación de un proceso de atención al niño y sus derechos dentro del marco de Naciones Unidas.

Primeramente, hay que empezar prestando atención a la actuación de la Sociedad de Naciones predecesora de Naciones Unidas, proclamando en 1924 la llamada “*Declaración de Ginebra*”<sup>13</sup>. Tuvo su origen cuando una activista inglesa llamada Eglantyne Jebb, fundadora de la primera organización internacional de la infancia “*Save the Children Fund*”, y posteriormente “*Save the Children International Union*”, adoptó la primera Carta de los Derechos del Niños en 1923 (Carmona Luque, 2011).

Esta declaración fue la primera declaración internacional universal sobre los derechos del niño proclamado desde el ámbito intergubernamental que no tiene valor jurídico

---

<sup>12</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada también Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

<sup>13</sup> Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, de 26 de noviembre de 1924.



vinculante. No obliga a los Estados, más bien los destinatarios son los hombres y mujeres de todas las naciones, enunciándose así el deber de humanidad con respecto a los niños (Carmona Luque, 2011).

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, está compuesta por 5 artículos que trata sobre los deberes básicos del niño<sup>14</sup>. Una característica importante de dicha Declaración es que se adoptó con la intención de crear una conciencia social sobre la situación del niño, y no tanto de reconocer sus derechos, haciendo surgir en los adultos un deber de responsabilidad hacia los niños en donde tienen que tratar de cumplir lo establecido en la Declaración (Hdez. Pradas, 2001).

La constitución de Naciones Unidas después de la Sociedad de Naciones junto con su texto fundacional, la Carta de Naciones Unidas de 1945<sup>15</sup>, van a marcar el inicio de una nueva etapa para los derechos humanos, en el que se irán afianzando los derechos del niño.

Hay que destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>16</sup> que contiene los derechos y libertades más relevantes de la persona humana que son de aplicación al niño. Se proclama por primera vez en la historia de Naciones Unidas el principio de protección especial de la infancia como un derecho. Este principio incluye otros previstos en la Declaración que son la protección de la familia y el derecho a la educación (Hdez. Pradas, 2001).

---

<sup>14</sup> Los deberes básicos del niño son:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el niño huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

<sup>15</sup> Carta de las Naciones Unidas, firmada el 24 de junio de 1945 en San Francisco. Entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

<sup>16</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, adoptada por resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

Dicho principio de protección especial en la Declaración Universal de Derechos Humanos se encuentra enunciado en el artículo 25.2 que establece que:

*“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.*

También hay que destacar los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 que reconocen todos los derechos aplicables al niño como ser humano que han sido proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Existen dos Pactos Internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>17</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>18</sup> (Hdez. Pradas, 2001).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene varios artículos destinados a la regulación de la protección especial de la que hemos hablado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, además de la maternidad, la familia y la educación (Hdez. Pradas, 2001).

En el artículo 10.3 de este Pacto Internacional se enuncia específicamente el principio de protección especial del niño diciendo que:

*“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.”*

Pero es en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24.1 donde se hace un reconocimiento expreso de dicho principio de protección especial como un derecho propio del niño, el cual dispone lo siguiente:

---

<sup>17</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, adoptada por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>18</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, adoptada por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

*“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.*

Por último, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>19</sup>, es un instrumento internacional, de carácter general, que proclama y define los derechos del niño, dándoles así por primera vez un tratamiento especial e individual y que servirá como referente en regulaciones posteriores, especialmente en la concepción de derechos del niño, lograda con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (Carmona Luque, 2011).

En cuanto al contenido de esta Declaración, podemos decir que consta de un preámbulo y diez principios, los cuales reconocen una serie de derechos a favor del niño, especialmente el principio de no discriminación y el principio de protección especial, concebidos como dos principios fundamentales, este último proclamado en el preámbulo y en el principio segundo<sup>20</sup> y desarrollado a través de todos los demás principios de la misma (Hdez. Pradas, 2001).

Con respecto a este principio de protección especial, haciendo referencia a los antecedentes y según lo establecido en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, hay que decir que:

*“... esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.*

---

<sup>19</sup> Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.

<sup>20</sup> Principio 2:

*“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

No obstante, el interés que se le había dado a los derechos del niño era insuficiente, no logrando establecer un cuerpo normativo con alcance general y carácter obligatorio que regulase estos derechos. Es por eso, que se decide llevar a cabo la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (Carmona Luque, 2011).

### **3.2 La Convención sobre los Derechos del Niño.**

La Convención de Derechos del Niño de 1989, es el primer instrumento codificador de desarrollo progresivo, carácter convencional y que tiene fuerza vinculante, el cual ha sufrido un largo proceso hasta llegar a su adopción por parte de Naciones Unidas y que se ocupará de la regulación específica de los derechos del niño en el ámbito internacional atendiendo tanto a los derechos ya existentes, como ampliándolos (Carmona Luque, 2011).

Su principal finalidad es la protección y reconocimiento de derechos del niño a nivel internacional ya que obliga a los Estados Partes que lo han ratificado a cumplir dicha Convención, sin ningún tipo de discriminación, adaptando las legislaciones internas de cada Estado Parte a las disposiciones establecidas en la Convención (Hdez. Pradas, 2001).

Enuncia una serie de principios como son: el de no discriminación, de protección especial y del interés superior del niño.

Con respecto al principio de protección especial, se reconocen además de los principios que lo integran, plasmados en instrumentos internacionales anteriores, una serie de derechos civiles que tratan todos los aspectos sobre la infancia y sirven para desarrollar el contenido de dicho principio, además de la necesidad de aplicar una serie de derechos específicos al niño como son políticos, económicos, sociales y culturales (Hdez. Pradas, 2001).

La Convención además de establecer una protección especial para el niño en general también prevé la necesidad de prestar especial atención a los niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles como son los que encuentran afectados por los

conflictos armados y en situaciones amenazadoras como es la explotación infantil, cuestiones desarrolladas por medio de dos protocolos facultativos<sup>21</sup>. Es por ello, que estos niños al ser vulnerables tienen derecho como hemos dicho a una protección especial y a ser merecedores de una consideración especial por parte del ordenamiento jurídico (Hdez. Pradas, 2001)

En cuanto al contenido material de la Convención sobre los Derechos del Niño está dividida en tres partes que son: el Preámbulo, el articulado y por último las disposiciones de ejecución, las condiciones para la entrada en vigor y la forma de verificar y promover el cumplimiento de la Convención. En el Preámbulo se reconocen los principios fundamentales relativos al niño y en el articulado se contienen las obligaciones que deben cumplir los Estados Partes así como los derechos del niño (Hdez. Pradas, 2001).

Por otro lado, la Convención de Derechos del Niño prevé un mecanismo de control en cuanto a la aplicación y cumplimiento de las disposiciones de la Convención, el Comité de Derechos del Niño.

Según el artículo 43.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989:

*“El Comité estará integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención<sup>22</sup>. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos”.*

---

<sup>21</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002.

<sup>22</sup> Hay que señalar que de acuerdo con el número de expertos que integran el Comité, la Asamblea General, en su resolución 50/155 de 21 de diciembre de 1995, aprobó la enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sustituyendo la palabra “diez” por la palabra “dieciocho”. La enmienda entró en vigor el 18 de noviembre de 2002, fecha en que quedó aceptada por dos tercios de los Estados Partes.

El Comité de Derechos del Niño puede adoptar su propio reglamento, y además de informar de sus actividades a la Asamblea General cada dos años, tiene como función principal emitir informes, comunicando a los Estados Partes que tienen la obligación de presentar informes periódicos sobre la aplicación de la Convención en ese Estado mediante el Secretario General de Naciones Unidas, las observaciones, sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información contenida en esos informes. También se deberá notificar a la Asamblea General de dichas comunicaciones (Hdez. Pradas, 2001).

Por último hay que decir que este Comité realiza también una función de cooperación con organismos especializados como lo es el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (en adelante UNICEF) y otros órganos de Naciones Unidas, con el fin de hacer efectiva la aplicación de la convención (Hdez. Pradas, 2001).

### **3.3 Problemas que plantea el artículo 38 de la Convención sobre los derechos del niño relativo a los niños en los conflictos armados.**

En primer lugar hay que hacer referencia que, en 1978, el Gobierno de Polonia presentó a Naciones Unidas un proyecto inicial de una Convención sobre los Derechos del Niño, pero esta no incluía un artículo que regulara la participación de los niños en los conflictos armados. Es por ello, y al tener dicho proyecto un carácter provisional, que en 1985 las delegaciones de Holanda, Bélgica, Suecia, Finlandia, Perú y Senegal, propusieron la incorporación de un artículo que abordara la regulación de esta participación (Gómez Isa, 2000).

Finalmente, tras años de negociaciones se llegó a un consenso dentro del cual se encontraba la regulación de la participación de los niños en conflictos armados, y en 1989, se adoptó el texto de la Convención por parte de la Comisión de Derechos Humanos (Carmona Luque, 2011).

Es el artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño es el que regula esta cuestión y establece que:

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

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

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

Con respecto al párrafo primero, hay que decir que este artículo no hace referencia a la participación de los niños en conflictos armados internos, lo que supone un retroceso de lo establecido en el artículo 4.3 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 ya que este sí los regula. Por este motivo dicho párrafo supone una cláusula de reenvío establecida con la finalidad de subsanar esta situación debido a que permite el reenvío al régimen jurídico que a la vista de los intereses del niño le sea de aplicación más favorable (Gómez Isa, 2000). Además, en relación con esto, el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contiene una cláusula general de salvaguardia que establece que:

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

*a) El derecho de un Estado Parte; o.*

*b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.”*

En cuanto a los párrafos segundo y tercero, estos fueron muy criticados, en especial por Suecia, Holanda y Cruz Roja puesto que se acerca por completo al contenido del artículo 77.2 del Protocolo Adicional I al Convenio de Ginebra de 1949 lo que supone

un retroceso en el Derecho Internacional. Esto es debido a que al igual que dicho artículo, es una obligación de comportamiento y no de resultado que se evidencia de la expresión “*todas las medidas posibles*”. Además, en cuanto al tipo de participación, solo se refiere a la directa dejando a un lado la prohibición de la participación indirecta (Arellano Velasco, 2008).

Si hacemos referencia a la edad mínima, esto puede suponer el tema más controvertido pues la edad de 18 años no se eleva ni para el reclutamiento ni para la participación siendo el único artículo que contradice lo fijado en el artículo 1 de dicha Convención sobre los Derechos del Niño (Arellano Velasco, 2008). Este artículo 1 define el concepto de niño disponiendo que:

*“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.*

Este artículo plantea inconvenientes para delimitar el ámbito de aplicación de la Convención debido a la dificultad existente a la hora de definir un concepto único de niño que se hace contraponiéndose al de mayoría de edad para todos los Estados y todas las circunstancias, dado que deja ver a través de su última frase que los Estados si tienen otro límite de edad que no sea el de 18 años para la mayoría de edad la pueden aplicar (Hdez. Pradas, 2001).

Pero es el artículo 38 en su párrafo tercero el que confirma la dificultad de definir un concepto universal de niño introduciendo un límite de edad que está en contradicción con el citado artículo 1. Se puede deducir, por lo tanto, que los niños mayores de 15 años podrán ser reclutados en las fuerzas armadas y participar en los hostilidades, y que si reclutan a mayores de 15 pero menores de 18, “*los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad* “. Es la edad de 15 años la que se tiene como edad mínima (Hdez. Pradas, 2001).

Además, vulnera dos principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que son el principio de no discriminación reconocido en el artículo 2 ya



que el artículo 38 hace una exclusión al disfrute de los derechos establecidos en la Convención a los niños entre 15 y 18 años afectados por los conflictos armados y el principio de interés superior del niño reconocido en el artículo 3 puesto que toda decisión que se adopte con el fin de que los niños sean reclutados o participen en las hostilidades no guarda relación con este principio (Hdez. Pradas, 2001).

A pesar de todas las dificultades que plantea el artículo 38 hay que decir que en opinión de GÓMEZ ISA (2000), hay un aspecto positivo y es que este artículo puede constituir un elemento para la consolidación de su contenido como Derecho Internacional Consuetudinario, suponiendo así que lo dispuesto en este artículo se convierta en costumbre internacional al recoger normas que ya existían anteriormente, exactamente en el artículo 77.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. Dicha costumbre sería vinculante para todos los Estados, con independencia de que hayan ratificado o no la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con respecto a la costumbre puede ser definida como una fuente formal del Derecho Internacional, estipulado en el artículo 38.1 letra b) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia<sup>23</sup>.

El concepto de costumbre no difiere mucho del concepto que nosotros tenemos de costumbre interna o estatal. Tal vez, la diferencia radica en que una costumbre interna o estatal se genera y por tanto es de aplicación, dentro del territorio de un Estado. En cambio, la costumbre internacional se genera y por tanto se aplica, en la comunidad internacional (Diez de Velasco Vallejo, 2013)

Con respecto a la Interacción entre la Costumbre y los Tratados, existen tres formas que son (Diez de Velasco Vallejo, 2013):

---

<sup>23</sup> **Art. 38.1 b):**

*“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.”*

a) Declarativa: es el supuesto en el que un Tratado en algunas de sus cláusulas o disposiciones recoge una costumbre que ya existe. Simplemente declara algo que ya sabemos.

b) Cristalizadora: es el supuesto en que un Tratado en algunas de sus cláusulas va a recoger una costumbre que está en proceso de formación. Si esto ocurre, el hecho de que el Tratado la recoge la cristaliza. Esto significa que finaliza el proceso de formación. Esa costumbre ya es una auténtica costumbre internacional.

c) Generadora o creadora: cuando alguna cláusula de un Tratado acaba convirtiéndose en costumbre para terceros Estados (Estados que no son parte de ese Tratado).

#### **IV. Especial consideración al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.**

##### **4.1 Antecedentes y elaboración del Protocolo Facultativo.**

Tras la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se planteó el problema de la escasa regulación del artículo 38 al que nos hemos referido anteriormente, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

La controversia de dicho artículo 38 se refería especialmente a la edad mínima para el reclutamiento, por lo que hubo muchas oportunidades para elevarla a los dieciocho años. Las más importantes que podemos señalar son las siguientes:

- El Congreso sobre “*Los Niños de la Guerra*”, celebrado en Estocolmo en 1991.
- La Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, realizada en Budapest en noviembre de 1991.
- El Día especial dedicado al tema de los Niños en los Conflictos Armados convocado por el Comité sobre los Derechos del Niño en 1992.
- La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993.

En cuanto al Congreso sobre “Los Niños de la Guerra”, hay que decir que fue constituida por la sección sueca de la Cruz Roja y el Instituto de Derechos Humanos Raoul Wallenberg de la Universidad de Lund en 1991, y que su conclusión fue que para evitar la participación de los niños en los conflictos armados hay que elevar la edad mínima para el reclutamiento y para el aislamiento voluntario a la edad de dieciocho años (Gómez Isa, 2000).

Como consecuencia del resultado de dicho Congreso, a finales de ese mismo año, se celebró la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja en la que:

*“se invitó a los Estados y las partes participantes en un conflicto a que reforzasen la protección de los niños, por ejemplo mediante declaraciones unilaterales en las que se establece como edad mínima para la participación de los niños en los conflictos en dieciocho años”* (Gómez Isa, 2000: 52).

El Comité de los Derechos del Niño también estaba insatisfecho con la redacción del artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño, por lo que en su segundo periodo de sesiones en el año 1992, celebró un debate dedicado al tema de los Niños en los Conflictos Armados e impulsó la elaboración de un proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención, para que así se elevara la edad mínima de dicho artículo (Carmona Luque, 2011).

Por último, con respecto a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, tras las discusiones que se llevaron a cabo sobre la situación de los niños en los conflictos armados, concluyó solicitando al Comité de los Derechos del Niño, al que en el anterior párrafo hemos hecho referencia, que investigara la cuestión sobre la elevación de la edad mínima a los dieciocho años para el ingreso en las fuerzas armadas, a lo que el Comité de los Derechos del Niño, respondió en su informe emitido en su tercer periodo de sesiones, que estaba conforme con la elevación de dicha edad mínima en dieciocho años (Gómez Isa, 2000).

No obstante, paralelamente, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna llevó a cabo más iniciativas, a parte, de la que anteriormente hemos comentado

para impulsar la prohibición de la participación de los niños en los conflictos armados. Así, en el año 1995 aprobó a través de la resolución 4 del Consejo de Delegados, un Plan de Acción de los niños en los conflictos armados, el cual tenía dos compromisos principales. El primero era la promoción del principio de no participación y no reclutamiento en los conflictos armados de los niños menores de dieciocho años y el segundo compromiso era la adopción de medidas para la ayuda y protección de los niños que son víctimas de los conflictos armados, y para cumplir ambos compromisos el Plan fijó una serie de objetivos<sup>24</sup> (Arellano Velasco, 2008).

Más tarde, en Ginebra, en diciembre de 1996, se celebró la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, donde se aprobó la resolución 2 titulada “*Protección de la población civil en periodo de conflicto armado*”, la cual en sus apartados de d) a f), establecen que las partes que se encuentren en conflicto armados no deben entregar armas a los niños menores de dieciocho años y además, se tiene que tomar todas las medidas necesarias para evitar la participación de estos niños en estos conflictos. Al mismo tiempo, apoyaba los trabajos que se estaban realizando para la elaboración del proyecto de Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (Hdez Pradas, 2001).

Por otro lado, volviendo al papel del Comité de Derechos del Niño, en la adopción del Protocolo facultativo, en su tercer periodo de sesiones, en el año 1993, recomienda a la Asamblea General de Naciones Unidas, conforme a lo establecido en el artículo 45. c) de la Convención de Derechos del Niño, que pida al Secretario General el nombramiento de un experto para que elaborase un estudio sobre las repercusiones de los niños en los conflictos armados, lo cual se encomendó a la experta Graça Machel,

---

<sup>24</sup> Para hacer efectivo el primer compromiso el Plan trazó tres objetivos: Promover normas jurídicas nacionales e internacionales que prohibieran el reclutamiento militar y la utilización de menores de 18 años en las hostilidades y promover su aplicación a todos los grupos armados. Evitar que los niños se incorporen a las fuerzas o grupos armados proponiéndoles opciones en lugar de alistamiento. Favorecer la concienciación pública de la necesidad de impedir que los niños se alistaran en las fuerzas o grupos armados (Arellano Velasco, 2008).

En cuanto al segundo compromiso, el Plan fijó dos objetivos: Atender las necesidades psicosociales y físicas de los niños que viven con familias y de los niños no acompañados. Realizar actividades de mediación a favor de los niños que han participado en conflictos armados (Arellano Velasco, 2008).

que comenzó dicho trabajo en 1994 y lo terminó y presentó en 1996 (Carmona Luque, 2011).

Además, este Comité de Derechos del Niño, en el debate general sobre los niños en los conflictos armados en su segundo periodo de sesiones en 1994, aprobó la elaboración de un proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención de Derechos del Niño sobre la participación de los niños en los conflictos armados (Arellano Velasco, 2008).

Simultáneamente, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través de la resolución 1994/91, creó un grupo de trabajo de composición abierta con el fin de que: *“elaborase con carácter prioritario un proyecto de protocolo facultativo a la Convención sobre Derechos del Niño”* (Gómez Isa, 2000: 54).

El proceso para finalmente adoptar el Protocolo Facultativo fue largo ya que se debatió por el Grupo de Trabajo durante seis periodos de sesiones, lo cual comenzó en el año 1994 y terminó en el 2000, fecha en la que se adoptó el protocolo. Esto se debió a la dificultad de llegar a un acuerdo por las delegaciones que formaron parte en las negociaciones, ya que tenían diferentes intereses en diversos aspectos como lo son la edad mínima, el tipo de participación y el tipo de reclutamiento, que más tarde estudiaremos (Arellano Velasco, 2008).

Hay que destacar el papel del CICR durante este debate, ya que propuso que “todas las medidas posibles” fueran reemplazadas por “todas las medidas necesarias”, y además, que el texto del protocolo hiciera referencia a la participación de los niños en las hostilidades y al reclutamiento en los grupos armados no gubernamentales (Arellano Velasco, 2008).

El proyecto de fue aprobado el 21 de enero del 2000, adoptándose por la Asamblea General mediante su resolución 54/263 de mayo de 2000. Además, de acuerdo con el artículo 10 de dicho protocolo, este entró en vigor el 12 de febrero del 2002, tras el depósito del décimo instrumento de ratificación (Gómez Isa, 2000).

#### 4.2 La Firma y ratificación del Protocolo Facultativo.

En lo referido a la firma y ratificación, primeramente hay que decir que antes de la adopción del artículo que regulara esta cuestión hubo un debate a propuesta del gobierno estadounidense, ya que este solicitó que los Estados que no fueran parte en la Convención de los Derechos del Niño, como era en su caso, pudieran adherirse a dicho Protocolo Facultativo. Es por ello, que la presidenta del grupo de trabajo pidiera al asesor jurídico de Naciones Unidas que emitiera un dictamen respecto a esto. Finalmente, se aceptó dicha propuesta y se incluyó en el texto del Protocolo (Gómez Isa, 2000).

El Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados en su artículo 9, regula dicha cuestión y dispone lo siguiente:

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

*2. El presente Protocolo está sujeto a la ratificación y abierto a la adhesión de todos los Estados. Los instrumentos de ratificación o de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.*

*3. El Secretario General, en su calidad de depositario de la Convención y del Protocolo, informará a todos los Estados Partes en la Convención y a todos los Estados que hayan firmado la Convención del depósito de cada uno de los instrumentos de declaración en virtud del artículo 3.”*

En el párrafo primero, podemos observar como la firma y ratificación del Protocolo queda abierta a todos aquellos Estados que son parte o hayan firmado la Convención, pero es en el párrafo segundo, donde se incorpora la propuesta norteamericana a la que hemos hecho referencia anteriormente, por lo tanto, quedando este Protocolo, a tenor de lo establecido, abierto para la firma y ratificación de todos los Estados, independientemente de que sean parte o hayan firmado la Convención de Derechos del Niño. Su párrafo tercero hace referencia a la función del Secretario General.



Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict  
Last Updated: 10 Jan 2017



Fuente: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (10 de enero de 2017) Mapa sobre la firma y ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del niño de 1989 relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR\\_Map\\_OP-CRC-AC.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR_Map_OP-CRC-AC.pdf) [Consultado el día 13 de Junio de 2016]

A comienzos del año 2002, 89 países habían firmado este instrumento, aunque solo 10 lo hubieran ratificado. No obstante, en la actualidad, esta situación ha cambiado considerablemente ya que como podemos observar en el mapa del 10 de Enero de 2017, 166 Estados ya han firmado y ratificado dicho Protocolo, entre los que se encuentra España, 13 Estados lo han firmado pero no lo han ratificado, como por ejemplo Irán o Somalia y 18 Estados no han ejercitado acción, es decir, no lo han firmado ni ratificado.

#### 4.3 La cuestión de las reservas en el Protocolo Facultativo.

Según el artículo 2.1 d) de la Convención de Viena de 1969<sup>25</sup>:

*“se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o adherirse a él "con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.*

En cuanto a las reservas en el Protocolo Facultativo, había dos opiniones contrapuestas, ya que algunas delegaciones apoyaban la decisión de prohibir la posibilidad de formular reservas a dicho texto, y otras delegaciones eran partidarias de prohibir la formulación de reservas, pero solo en aquellas que fueran contrarias o incompatibles al objeto y fin del protocolo. Además, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, por el carácter facultativo que tenía el protocolo, no veía ningún inconveniente para poder realizar reservas (Gómez Isa, 2000).

Finalmente, teniendo en cuenta ambas posiciones por parte de las delegaciones, y la debilidad que podía tener el protocolo por dicha razón, la Presidenta del grupo de trabajo, en su 14º sesión, propuso que se incorporara al protocolo un artículo que prohibiera las reservas. No obstante, varios países se opusieron a esta decisión, como Estados Unidos, Cuba o Grecia, entre otros, por lo que la Presidenta tuvo que suprimir dicho artículo, el cual no figura en la versión final del protocolo (Gómez Isa, 2000).

Es por ello, que se deduce que se pueden formular reservas a dicho Protocolo Facultativo, y así ha sido, ya que una algunos de los Estados que han firmado y ratificado el protocolo como por ejemplo Turquía las han formulado, lo que puede ser un inconveniente, ya que se puede diluir las obligaciones que asumen los Estados Partes al respecto.

España, al firmar y ratificar el protocolo no formuló reserva, solo realizó una declaración vinculante en relación con el reclutamiento voluntario, la cual se debe formular por cada Estado Parte de acuerdo al artículo 3 párrafo dos del Protocolo

---

<sup>25</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor el 27 de enero de 1980.



Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, que más adelante explicaremos. Dicha declaración dice lo siguiente:

*“A los efectos de lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo, España declara que la edad mínima para el reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas es de 18 años<sup>26</sup>”.*

#### **4.4 El contenido del Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflicto armados.**

##### **4.4.1 La edad mínima de participación en los conflictos armados.**

En primer lugar, vamos a hacer referencia a la controversia más importante del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, la edad mínima. Esto es así porque lo que pretende hacer y hace el protocolo es elevar la edad mínima de quince años establecida en el artículo 38 de la Convención de Derechos del Niño y en los Protocolos Adicionales a la Convención de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario, a la edad mínima de dieciocho años, evitando que menores de esa edad puedan verse afectados en los conflictos armados.

En su negociación hubo varias posturas a destacar como fue la del Comité de Derechos del Niño que apoyaba la decisión de elevar la edad mínima a los 18 años o la de delegaciones como Estados Unidos, Cuba o Pakistán que no aceptaban la elevación de la edad de participación a los 18 años, especialmente EEUU, que consideraba que:

*“en el protocolo no se abordaba la triste realidad de que no se respetaban las normas de los tratados vigentes en los que se prohibían la utilización de los niños de quince años y que, en esas circunstancias, no era probable que por el hecho de establecer límites más altos se respetasen más las normas internacionales”* (Gómez Isa, 2000: 57).

De este modo finalmente, el artículo 1 del Protocolo Facultativo dispone que:

*“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas menor de 18 años participe directamente en hostilidades”.*

---

<sup>26</sup> Fuente:: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=IV-11-b&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11-b&chapter=4&clang=en) [Consultado el día 2 de julio de 2017].

Como hemos dicho anteriormente se eleva la edad mínima de participación en los conflictos armados a los dieciocho años. El principal argumento sobre el que descansa esta elevación de la edad mínima es el principio de interés superior del niño, principio fundamental que se recoge en la Convención de Derechos del Niño, y que en el caso de que los niños menores participaran en las hostilidades se estaría vulnerando este principio (Gómez Isa, 2000).

Por otro lado, hay que tener en cuenta con respecto a dicho artículo que “*los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles*”. Este aspecto no ha supuesto un avance de la anterior regulación ya que los Estados siguen sin tener una obligación absoluta, dejándoles así un margen de libertad para que puedan utilizar incluso a menores de esa edad en conflictos armados. No se sustituyó las “*medidas posibles*” por la “*medidas necesarias*”, que se habían venido pidiendo desde anteriores Convenciones.

Hay que destacar la opinión de Estados Unidos, el cual dispuso que se comprometiera a adoptar todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participara directamente en las hostilidades. No obstante, realiza una interpretación de este artículo 1 del Protocolo, entendiendo que no se prohibía terminantemente la participación de los menores de 18 años en las hostilidades debido a la expresión “*todas las medidas posibles*”, y es por ello que dice que:

*“en casos excepcionales, puede no ser posible para un superior retirar o apartar a un menor para que no tome parte directamente en las hostilidades”* (Gómez Isa, 2000: 58).

Se evidencia que el principio de humanidad ha dado paso al principio de necesidad militar.

#### **4.4.2 La participación directa e indirecta en las hostilidades.**

Otra cuestión importante en las negociaciones del Protocolo fue la del tipo de participación, planteándose por las delegaciones si hay que tratar de evitar antes de los 18 años la participación directa, como se ha venido estableciendo en las anteriores Convenciones, o la participación directa e indirecta.

La noción de participación directa se refiere a actos hostiles específicos ejecutados por personas como parte de la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado. Debe ser interpretada de la misma en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional. En cambio, la participación indirecta supone que el niño realiza una serie de funciones como puede ser de cocineros o informadores para las fuerzas o grupos armados, no directamente en combate (Hdez. Pradas, 2001).

La opinión de la mayoría de las delegaciones del Grupo de Trabajo, incluyendo el Comité de Derechos del Niño y la mayor parte de ONGS y Agencias de Naciones Unidas era que se prohibiera la participación directa y además la indirecta, argumentando que:

*“por experiencia práctica sabían que era muy difícil separar estas dos formas de participación. Además, lo que inicialmente podría exigir una participación solo indirecta, más tarde podía convertirse, intencionalmente o por necesidad, en participación directa”* (Gómez Isa, 2000: 59).

Por otro lado, hubo algunas delegaciones como pueden ser Estados Unidos, Gran Bretaña, Cuba, Japón o China que no estaban a favor de prohibir la participación indirecta de los menores de 18 años en las hostilidades. (Gómez Isa, 2000).

Finalmente, la participación quedó recogida en el artículo 1 del Protocolo de la siguiente manera:

*“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas menor de 18 años participe directamente en hostilidades”.*

Como podemos ver este texto final de Protocolo no recoge la participación indirecta solicitada por la mayoría de las delegaciones y agencias. Se regula la participación directa, estableciendo que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participará de modo directo en las hostilidades, dejando que estos menores si puedan participar indirectamente en las hostilidades, lo que puede resultar peligroso porque en la práctica muchos niños que son reclutados para realizar una serie de funciones como a

las que nos hemos referido anteriormente (cocinero, informador) en las fuerzas armadas terminan vinculados al combate.

#### **4.4.3 El reclutamiento forzoso y el reclutamiento voluntario.**

En cuanto a la cuestión del tipo de reclutamiento de los niños en las fuerzas armadas hay que diferenciar dos tipos que han estado en constante negociación en el Grupo de Trabajo por las delegaciones a la hora de adoptar el Protocolo Facultativo, que son el voluntario y el obligatorio o forzoso.

Con respecto al reclutamiento obligatorio no planteó ningún tipo de problemas ya que existía un acuerdo total para establecer la edad de dieciocho años como la edad mínima (Arellano Velasco, 2008).

Es por ello que el artículo 2 del Protocolo Facultativo establece que:

*“Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años”.*

Sin embargo, al contrario el reclutamiento voluntario sí que supuso una serie de obstáculos durante las negociaciones ya que había Estados que no eran partidarios de establecer los dieciocho años como edad mínima para este tipo de reclutamiento. Estados como Pakistán decían que este ingreso voluntario en las fuerzas armadas constituía una posibilidad para que los jóvenes pudieran obtener una enseñanza o un trabajo o incluso delegaciones como EEUU argumentaron que dicho reclutamiento voluntario no tenía por qué tener como consecuencia la participación de los niños en las hostilidades (Arellano Velasco, 2008).

Por otro lado, había muchas otras delegaciones presentes en el Grupo de Trabajo que se opusieron a esta postura. Un ejemplo de ellos fue la CICR al manifestar que:

*“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 riesgo de participar luego en las hostilidades, si estas comienzan antes de que el menor tenga esa edad. De hecho, se*

*le ha impartido una formación militar que se podría tener la tentación de utilizar en una situación de conflicto armado” (Arellano Velasco, 2008: 166).*

Esta opinión fue compartida por el Comité de Derechos del Niño, el cual decía que los menores de dieciocho años nunca deberían ser reclutados ni obligatoria ni voluntariamente en las fuerzas armadas (Gómez Isa, 2000).

Finalmente, tras estas negociaciones el artículo 3 del Protocolo Facultativo en su párrafo 1 dispone que:

*“Los Estados Partes elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial”.*

De la interpretación de dicho artículo podemos decir que la edad mínima establecida para el reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas es de 15 años en virtud del párrafo 3 del artículo 38, que establece que:

*“Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad”.*

Como podemos ver, la edad establecida para este tipo de reclutamiento además de no haber supuesto un avance del artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño ya que sigue en 15 años, supone una reducción de la edad mínima a diferencia de la establecida en el resto del Protocolo.

La protección especial de los menores de 18 años enunciada en la Convención sobre los Derechos del Niño supone una atención especial además de a los niños en general, a los que se encuentran amenazados por circunstancias o hechos que demandan de medidas especiales de protección como es una situación de conflicto armado (Hdez. Pradas, 2001).

El artículo 3 en su párrafo 2 dispone que:

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

Este artículo incorpora una “cláusula opt – in”, la cual fue propuesta por Estados Unidos para tratar de salvar la situación relativa a la edad permitida para el reclutamiento voluntario, debido como hemos hecho referencia anteriormente a la dualidad de posiciones existente (Gómez Isa, 2000).

En virtud de esta cláusula podemos decir que los Estados cuando ratifiquen el Protocolo, deberán depositar una declaración de carácter vinculante, en la que se señalará la edad mínima, que tiene que ser por encima de los 15 años, establecida en su ordenamiento interno para el reclutamiento voluntario, entendiéndose que puede ser incluso la de 18 años.

No obstante, hubo muchas posiciones contrarias a esto, especialmente la del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas, instando a los Estados a que:

*“al ratificar el Protocolo depositen una declaración vinculante, de conformidad con su art. 3, en la que se establezca la edad mínima en dieciocho años para el reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas nacionales”* (Gómez Isa, 2000: 63).

Por otra parte, el párrafo 3 de este mismo artículo, establece una serie de medidas que los Estados tienen que adoptar para asegurar que el reclutamiento sea realmente voluntario (Gómez Isa, 2000). Así, se establece que:

*“Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:*

*Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario;*

*Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal;*

*Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar;*

*Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.”*

La aplicación de estas garantías supone una serie de problemas en la práctica. En relación con la primera garantía, en ocasiones no se puede saber si el reclutamiento es realmente auténtico ya que los menores de 18 años pueden ser fácilmente manipulables o inducidos a tomar decisiones contrarias a sus intereses. En cuanto a la segunda garantía, la mayoría de las veces los padres que se encuentran en situaciones de máxima pobreza contemplan el servicio militar como la mejor opción para sus hijos antes de que sigan pasando penurias, es por ello que consienten el reclutamiento. Con respecto a la tercera garantía, los niños no son conscientes con anterioridad de todas las obligaciones que implica el servicio militar, incluso se realizan operaciones de más alto riesgo o son víctimas de abuso, no estando estas incluidas dentro del servicio militar. Y por último, en estos países la inscripción de los niños después de su nacimiento no se lleva a cabo adecuadamente o ni siquiera se realiza, lo que haría imposible determinar la edad haciendo que el alistamiento se efectúe por debajo de la edad mínima (Hdez. Pradas, 2001).

Por último, de acuerdo con el párrafo 5, hay que hacer referencia a las escuelas militares, asunto obviado en la Convención sobre los Derechos del Niño, y que son definidas por GÓMEZ ISA (2000), como centros de educación dirigidos por las fuerzas armadas en los que los alumnos reciben una formación militar. Así, dicho párrafo dispone lo siguiente:

*“La obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.*

Según lo dicho en este párrafo, no será de aplicación el artículo 3.1 del presente Protocolo, es decir, no será necesario que las escuelas militares eleven la edad para los niños que asistan a estos centros, todo ello siempre de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativos al derecho de educación del niño, haciendo ver que esta cuestión se vincula más al ámbito de la educación que al de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, había opiniones contrarias a lo establecido en el artículo ya que consideraban que se podría incrementar las posibilidades de que los menores que acudieran a estos centros pudieran llegar a ser utilizados en las hostilidades (Gómez Isa, 2000).

#### **4.4.4 La participación de los niños en los grupos armados no gubernamentales.**

Debido a que se produjeron modificaciones en la naturaleza de los conflictos armados porque empezaron a surgir más conflictos internos que internacionales, en los cuales se enfrenta por una parte el Estado y por otra los grupos rebeldes, hizo que la participación de los niños en los conflictos armados se produjera también en los grupos armados no gubernamentales (Gómez Isa, 2000).

Durante las negociaciones por las delegaciones en el Grupo de Trabajo, existieron en torno a esta cuestión dos posiciones. La mayoría de estas delegaciones eran partidarias de que la participación de los niños en los grupos armados no gubernamentales quedara prohibida, entendiendo que los Estados deberían tomar todas las medidas que fueran posibles para que los grupos armados dentro de sus territorios cumplieran lo establecido en el Protocolo Facultativo, pero por otro lado, existían otras pocas delegaciones que creían que los Estados no eran lo suficientemente capaces como para garantizar que estos grupos armados cumplieran el Protocolo Facultativo (Arellano Velasco, 2008).

Existió una opinión especialmente relevante que fue la de la Experta del Secretario General, la Sra. Graça Machel, que expresó que para ella el Grupo de Trabajo:

*“debería adoptar un enfoque realista en relación con los grupos armados no gubernamentales teniendo en cuenta que la gran mayoría de los actuales conflictos*



*armados eran internos... Insistió en que la difícil situación de todos los niños afectados por los conflictos armados era competencia de los gobiernos, tanto si habían sido reclutados por las fuerzas armadas de los Estados como por grupos armados no gubernamentales” (Gómez Isa, 2000: 65).*

Pero tras el proceso de negociación en el seno del Grupo de Trabajo y teniendo en cuenta ambas posiciones finalmente, el artículo 4 del Protocolo aborda este tema estableciendo que:

- “1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.*
- 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.*
- 3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado”.*

Este artículo dispone un régimen más severo en cuanto al reclutamiento y la participación de los niños en los grupos armados no gubernamentales que el relativo a las fuerzas armadas de los Estados. Este reforzamiento se puede observar primeramente en la prohibición para reclutar y utilizar a menores de 18 años en los conflictos armados, que supone una prohibición absoluta ya que *“los Estados no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años”*, a diferencia de lo establecido para las fuerzas armadas que en virtud del artículo 1 deja un margen de libertad a los Estados para adoptar las *“todas las medidas posibles”*, no siendo así absoluta.

Además se introduce un aspecto relevante y es que este tipo de participación incluye tanto la directa como la indirecta, otra diferencia con el artículo 1 del Protocolo Facultativo, que no incluye la participación indirecta para las fuerzas armadas.

También prohíbe todo tipo de reclutamiento antes de los 18 años, tanto el forzoso como el voluntario. Para el forzoso se establece la misma regulación que para las fuerzas

armadas, pero no para el voluntario, haciendo recordar que como hemos visto es posible para menores de 18 años.

Lo establecido en este artículo ha sido criticado por el CICR ya que pese a mostrarse satisfecho porque los Estados pretendan regular a los grupos armados no gubernamentales, considera que estos grupos armados no se sientan vinculados por una norma que es diferente a la que impone el Estado. Por otro lado, se cree que dicho artículo impone una obligación de carácter moral y no jurídica, que se debe a que muchas veces la capacidad que tiene un Gobierno de aplicar su derecho interno en situaciones de conflicto armado no internacional se encuentra muy limitada, sobre todo para aquellos grupos armados que están fuera del control estatal (Gómez Isa, 2000).

## **V. Mecanismos para el seguimiento del Protocolo Facultativo por parte de Naciones Unidas.**

### **5.1 El Comité de los Derechos del Niño.**

Para proceder tanto a la supervisión como al control del cumplimiento del Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados por parte de los Estados, el mismo prevé un mecanismo que ya existe para el control de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este es el Comité de los Derechos del Niño (Gómez Isa, 2000)

El artículo 8 del Protocolo señala lo siguiente:

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

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

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

De la interpretación de ambos párrafos podemos decir que todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre las medidas que se han adoptado en cada Estado Parte para el cumplimiento de los derechos de la Convención. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en modo de "*observaciones finales*".

El Comité examina aquellos informes adicionales sobre la aplicación del Protocolo, que serán presentados por los Estados que se han adherido y que se deben incluir en los informes periódicos que presentan a este Comité, de conformidad con el artículo 44 de la Convención de los Derechos del Niño.

Además, la última frase del segundo párrafo nos deja ver que los Estados que no hayan ratificado la Convención pero sí el Protocolo, tienen igualmente la obligación de presentar informes cada cinco años al Comité relativos a la aplicación del Protocolo Facultativo (Gómez Isa, 2000).

El último párrafo de este artículo establece que:

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

Con respecto al Comité de Derechos del Niño, hay que poner de manifiesto el Informe presentado por dicho Comité a la Asamblea General<sup>27</sup> en su Sexagésimo séptimo período de sesiones, en el año 2012<sup>28</sup>. En dicho informe se analiza la situación tanto de la Convención como la de ambos Protocolos. No obstante, no vamos a centrar en lo que

---

<sup>27</sup>“ La Asamblea General es uno de los órganos de Naciones Unidas al que se le atribuye competencias en materia de derechos humanos y dentro de sus funciones se ha ocupado de la cuestión de los derechos humanos en periodo de conflicto armado, en particular de la protección y asistencia a los niños en situaciones de conflicto armado” (Hdez. Pradas 2001: 491).

<sup>28</sup> Informe del Comité de Derechos del niño núm. 41 (A/67/41) de la Asamblea General.

aquí nos interesa, el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

En dicho informe se enuncia que durante sus períodos de sesiones 54° a 59°, el Comité examinó 18 informes iniciales con arreglo al Protocolo facultativo, presentado por los Estados Parte. Además se hace referencia al principal logro aprobado por la Asamblea General, el 19 de diciembre de 2011, que es un nuevo Protocolo Facultativo sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, el cual le concede la competencia al Comité de Derechos del Niño para poder examinar comunicaciones individuales y entre Estados, y para poder iniciar procedimientos de investigación por violaciones graves de determinados derechos en el marco de la Convención y los dos Protocolos.

En cuanto a las tendencias y desafíos son varias, aunque se refieren más bien a la situación en general, que específicamente a lo relativo de la participación de los niños en los conflictos armados. Entre estos se puede destacar el aumento de la discriminación y la xenofobia, la violencia doméstica y la violencia ejercida por los Estados contra los niños, y la crisis económica que está causando una disminución de la protección social del niño.

## **5.2 El Consejo de Seguridad.**

El Consejo de Seguridad es el órgano de las Naciones Unidas encargado del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, establecido en el artículo 24.1 de la Carta de Naciones Unidas de 1945, que dice que:

*“A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad”.*

En lo que aquí respecta hay que preguntarse si estas funciones se extienden al ámbito de los derechos del niño en situaciones de conflicto armado. Según HDEZ. PRADAS

(2001), puede decirse que la actuación del Consejo de Seguridad tiene cada vez más relación con el tema que ocupa este trabajo. Por un lado, ha comenzado a prestar especial consideración al respeto y aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario y la responsabilidad individual de las violaciones de estas normas, haciendo llamamientos a las partes en conflicto armado para que respetasen los principios humanitarios que son de aplicación en estas situaciones. Un ejemplo fue la guerra del Golfo entre Irán – Irak en el año 1990 o el conflicto de la antigua Yugoslavia. Por otro lado, el Consejo, ha prestado especial atención a garantizar el acceso a las víctimas de conflictos armados a la ayuda humanitaria que se veía obstaculizada, así como proteger al personal que participa en estas operaciones como en el caso de la guerra de Somalia y a la utilización de las armas y su tráfico ilegal.

### **5.3 El Representante Especial del Secretario General para los niños y los conflictos armados.**

La figura del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados se originó a través de la resolución de la Asamblea General A/RES/51/77, gracias al informe presentado por la Sra. Graça Machel, experta independiente nombrada por el Secretario General, titulado “*Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*”. En esta resolución, la Asamblea General con respecto a este mandato dispuso lo siguiente<sup>29</sup>:

*“Recomienda que el Secretario General nombre, por un período de tres años, un Representante Especial encargado de la cuestión de las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños y que asegure que se preste al Representante Especial el apoyo necesario para desempeñar eficazmente su mandato, alienta al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y a la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y al Centro de Derechos Humanos a que presten apoyo al Representante Especial y pide a los Estados y a otras instituciones que aporten contribuciones voluntarias para ese fin”.*

---

<sup>29</sup> Resolución 51/77 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1996, p.7.

Desde entonces la Asamblea General ha prorrogado este mandato en varias ocasiones, desarrollando sus actividades hasta el momento.

En la actualidad, la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, Leila Zerrouigi ha emitido dos informes, uno es un informe de julio de 2016 y otros es el informe anual de diciembre de 2016. El primer informe al que nos hemos referido tiene que ser presentado a la Asamblea General y el segundo informe (informe anual) debe presentarse al Consejo de Derechos Humanos, de acuerdo a la Resolución A/RES/70/137 de la Asamblea General y ambos tienen que tratar<sup>30</sup>:

*“sobre las actividades emprendidas en cumplimiento de su mandato, con información de sus visitas sobre el terreno, y sobre los progresos alcanzados y los problemas que subsisten en relación con la cuestión de los niños y los conflictos armados”.*

En primer lugar, el informe del 25 de julio de 2016, abarca del periodo de agosto de 2015 y julio de 2016, y trata los siguientes aspectos<sup>31</sup>:

Con respecto al panorama en general de los niños y los conflictos armados la Representante Especial ha considerado que a finales del 2015 y principios de 2016 siguen persistiendo graves problemas en los conflictos armados en los que se ven inmersos numerosos países y que esto ha supuesto una serie de efectos inquietantes en cuanto a la protección del niño.

En Siria, el Enviado Especial dijo que el conflicto armado que ocurre en este país se ha llevado por delante la vida de más 400.000 personas, la mayoría de ellas niños. En Afganistán, en 2015 se registró el mayor número de muertes infantiles. En Somalia, el número de violaciones de los derechos del niño no ha bajado y se siguen produciendo millones de reclutamientos, muertes y secuestros. Además, se llama la atención a Sudán del Sur ya que los niños se encuentran en inquietantes condiciones de penurias, sobre

---

<sup>30</sup> Resolución 70/137 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 2015.

<sup>31</sup> Informe A/71/205 presentado por la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, Sra. Leila Zerrouigi, de 25 de julio de 2016, de conformidad con la resolución 70/137 de la Asamblea General.

todo en el último mes de julio de 2016. También se hace alusión a las millones de muertes de niños por las situaciones de conflicto armado que viven los países de Irak y Yemen, teniendo este último unos altos porcentajes de reclutamiento, mutilaciones y ataques contra hospitales y escuelas.

Además, se analizan una serie de nuevos desafíos como son los ataques contra el personal de asistencia sanitaria, el desplazamiento de niños a causa de conflicto armado y los problemas de protección que plantea el extremismo violento.

Los ataques contra el personal de asistencia sanitaria incluye varias maneras como son los bombardeos aéreos, los cuales han aumentado los últimos meses. Es por ello que se comienza a plantear una protección en este ámbito de los conflictos armados. Los centros médicos de Siria se encuentran cerrados y los hospitales en Alepo han sufrido varios ataques, lo que ha supuesto que los niños se vean impedidos para solicitar ayuda sanitaria. En Afganistán los ataques han causado la muerte de bastantes miembros del personal médico, así como en Yemen.

Los conflictos armados han supuesto el desplazamiento forzoso de muchas personas entre ellas los niños, buscando un refugio en otro lugar. Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados 65,3 millones de personas en todo el mundo han abandonado sus hogares, entre ellas casi 21,3 millones de refugiados entre lo que la gran mayoría son niños. Por otro lado, menores no acompañados o separados de sus padres de países en conflicto han presentado la mayor parte de las 98.400 solicitudes de asilo en el año 2015. Esta situación hace que los niños sean más vulnerables a fin de reclutarlos o cometer otras violaciones contra ellos.

Por último, los niños se ven afectados por los problemas del extremismo violento que hace que tanto el reclutamiento como la utilización de niños vaya en aumento, cosa que resulta preocupante. Esto se debe a que la mayor parte del territorio que se encuentra en conflicto está controlado por los grupos armados, dejando a los niños sin la debida protección. Además las operaciones militares de los Estados en respuesta a estos grupos armados también afectan a dicha protección, resaltando los ataques aéreos.

Finalmente, en el informe se recogen los procesos de paz en Colombia, país en conflicto. Se destaca que en febrero de 2016 las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo, anunciaron que dejaría de reclutar menores de 18 años. Es por ello que el 15 de mayo de 2016 se ha llegado a un acuerdo entre el Gobierno de Colombia y esta Fuerza Armada, el cual incluye la elaboración de un protocolo para la inmediata salida de los niños menores de 15 años de dichas Fuerzas Armadas, además de establecerse una hoja de ruta y un programa para la reintegración de esos menores de 18 años.

En segundo lugar, el informe anual del 22 de diciembre de 2016, abarca del periodo de diciembre de 2015 a diciembre de 2016, y aborda las siguientes cuestiones<sup>32</sup>:

Primeramente habla sobre los derechos fundamentales de los niños que se han visto vulnerados, especialmente en el Oriente Medio donde miles de niños han sido mutilados, muertos, reclutados y utilizados, como consecuencia de la situación de conflicto armado que sufren estos países. En este aspecto viene a comentar algo muy parecido a lo que comentó la Representante Especial en el anterior informe, llamando la atención del aumento de muertes que se ha producido en este periodo.

Además, se destaca la gran crisis humanitaria producida en el momento de redactar el informe, en diciembre de 2016. En Iraq el Fondo de Naciones Unidas estimaba que más de medio millón de niños estaban atrapados en Mosul, donde no había casi alimentos ni medicamentos ni agua potable. En Siria se estimaba que 500.000 niños vivían en zonas donde la ayuda humanitaria casi no existía. En Yemen ocurre una situación similar a la de Iraq.

La Representante Especial considera que las niñas se ven más perjudicadas que los niños en los conflictos armados, tal y como estableció Graça Machel en su estudio presentado hace 20 años. Se considera que se han hecho progresos pero que aún persiste una gran cantidad de problemas sobre la formas de violencia contra las niñas como

---

<sup>32</sup> Informe anual A/HRC/34/44 presentado por la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, Sra. Leila Zerrougi, de 22 de diciembre de 2016, de conformidad con la resolución 70/137 de la Asamblea General.



pueden ser violación y otras formas de violación sexual, a menudo con el fin de humillar, aterrorizar y debilitar a las comunidades.

En este informe a diferencia del otro se muestra una especial preocupación por la República Centroafricana ya que ha empeorado considerablemente. Muchos civiles, entre los que se encuentran niños, debido a los enfrentamientos han resultado muertos o heridos y más de 11.000 personas han tenido que desplazarse. Esto ha supuesto una situación de inseguridad que hace que no se preste ayuda humanitaria amenazando los derechos del niño.

También se hace especial referencia a Sudán del Sur en donde en julio de 2016 se ha reanudado los combates entre el Ejército de Liberación del pueblo de Sudán y la Oposición, en donde los niños han visto vulnerados sus derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo

No obstante, pese a todo esto el informe dispone que en los últimos 12 meses la protección de los derechos de los niños afectados por los conflictos armados ha avanzado, sobre todo los acuerdos adicionales que ha llevado a cabo la Representante con las partes en conflicto con el fin de proteger a los niños.

Es por ello que la Representante Especial ha realizado visitas sobre el terreno con objeto de evaluar directamente la situación de los niños en los países afectados como Afganistán, Sudán, Colombia y Cuba y Somalia. El fin de estas visitas es ejercitar el plan de acción para eliminar y prevenir el reclutamiento y la utilización de niños por las Fuerzas con el Gobierno de estos países y asegurar la protección de los niños. Con respecto a Colombia, tal y como se dijo en el informe anterior la Representante Especial acudió para la firma del acuerdo entre el Gobierno Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo.

## **VI. Conclusiones.**

A modo de conclusión con respecto al presente trabajo podemos decir de una forma general que el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los

conflictos armados ha sido hasta ahora el instrumento que mayor protección ofrece al niño en estas situaciones.

No obstante, aunque el Protocolo Facultativo sea el que ofrece una mayor protección jurídica internacional, hemos podido ver como el Derecho Internacional ofrece un amplio campo de instrumentos internacionales en el sistema jurídico internacional que hemos comentado que regulan de manera diferente diversos aspectos en cuanto a los niños en los conflictos armados, especialmente la edad mínima y el reclutamiento.

De esta manera, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la Convención de Derechos del Niño limita la edad a menores 15 años y el Protocolo Facultativo hace una diferencia entre el reclutamiento forzoso que tiene como edad límite los 18 años y el reclutamiento voluntario los 15 años. Con ello se ha mejorado la situación establecida por el Derecho Internacional Humanitario con los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I el cual alude solamente al reclutamiento forzoso estableciendo como límite de edad los 15 años y el Protocolo Adicional II dispone lo mismo (reclutamiento forzoso a los 15 años).

Como podemos observar una cosa hay clara y es la prohibición de la participación de los niños menores de 15 años en las hostilidades. Sin embargo, hay una contradicción ya que se puede entender que unos instrumentos permiten la participación de los mayores de 15 años en las hostilidades y otros no la permiten.

Pese a todo esto, es el Protocolo Facultativo el que ofrece la mayor protección jurídica, estableciendo los 18 años como edad límite, y haciendo alusión tanto al reclutamiento forzoso como voluntario, ya que las otras Convenciones obvian la regulación del reclutamiento voluntario. Es por ello, que la mayoría de los países de la comunidad internacional han firmado y ratificado dicho Protocolo, siendo de aplicación en el año 2017 en 166 países y dejando a los anteriores instrumentos sin efecto.

Sin embargo, en cuanto a la efectividad del Protocolo Facultativo, en el plano interno se debe seguir presionando a los gobiernos a que cumplan con las disposiciones del Protocolo ya que en algunos países que se encuentran en conflictos armados se siguen

produciendo muertes, abusos, reclutamientos de niño y los gobiernos no hacen nada para asegurar la efectividad del protocolo y así poder remediar estas situaciones.

Además, a nivel internacional se debe seguir ampliando y reforzando la protección jurídica con respecto a estos niños, creando un instrumento jurídico vinculante para todos los Estados en donde finalmente se eleve a los 18 años la edad de reclutamiento, donde se prevea la participación directa e indirecta y cuyas medidas sean obligatorias. También se debería de prever un mecanismo de sanciones más severo para los casos de incumplimiento por parte de los Estados ya que como hemos dicho anteriormente muchos de ellos no aplican con total efectividad las diversas disposiciones. En definitiva, un instrumento que proteja totalmente al niño que se encuentre en situaciones de conflicto armado.

Podríamos hacer especial referencia a la Corte Penal Internacional, mecanismo de sanción que a través de órdenes de arresto y sentencias condenatorias, sanciona a aquellos que cometen crímenes de guerra reclutando forzosamente a menores de 15 años en los conflictos armados.

Finalmente, podemos concluir diciendo que los Estados deben seguir cooperando y comprometiéndose a nivel internacional a seguir reforzando y asegurando de una manera absoluta la protección jurídica del menor, haciendo que esta no pueda verse incumplida y sancionando de manera severa a aquellos que continúen reclutando menores en las fuerzas armadas.

## VII. Bibliografía.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (2013), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid.

HERNANDEZ PRADAS, S. (2001), *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SEDKY – LAVANDERO, J. (1999), *Ni un solo niño en la guerra. Infancia y conflictos armados*, Icaria, Barcelona.

CARMONA LUQUE, R. (2011), *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, S.L, Madrid.

ARELLANO VELASCO. M (2008), *Uso y participación de niños en conflictos armados*, Universidad de Granada, Granada. Disponible en:  
<https://hera.ugr.es/tesisugr/17707134.pdf> [última fecha de consulta: 29 de junio de 2017].

GÓMEZ ISA, F (2000), *La participación de los niños en los conflictos armados. El protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*, Universidad de Deusto, Bilbao. Disponible en:  
<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho10.pdf>  
[última fecha de consulta: 29 de junio de 2017].

### INFORMES Y RESOLUCIONES CONSULTADOS:

Informe anual A/HRC/34/44, de 22 de diciembre de 2016, de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños en los Conflictos Armados.

Informe A/71/205, de 25 de julio de 2016, la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados.

Informe del Comité de Derechos del niño núm. 41 (A/67/41) de la Asamblea General.

Resolución 70/137 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 2015.

Resolución 51/77 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1996.

Alto Comisionado Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (20 de junio de 2016) Mapa sobre la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño de 1989. Disponible en.:

[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR\\_Map\\_CRC.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR_Map_CRC.pdf)

[Consultado el día 2 de julio de 2017]

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (10 de enero de 2017) Mapa sobre la firma y ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del niño de 1989 relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. Disponible en:

[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR\\_Map\\_OP-CRC-AC.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR_Map_OP-CRC-AC.pdf)

[Consultado el día 13 de Junio de 2016]