

LA PROTECCIÓN DEL NIÑO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. LOS NIÑOS SOLDADOS

José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO*

Resumen

El Derecho Internacional Humanitario determina una protección especial para personas particularmente vulnerables como los niños en los conflictos armados. Se protege al niño como miembro de la población civil y se le otorga una protección especial en los conflictos armados internacionales e internos. Se prohíbe reclutarlos, alistarlos y que participen directamente en las hostilidades y, conforme al Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño de 2000, se eleva la edad hasta los 18 años. La Corte Penal Internacional se encuentra investigando a presuntos responsables de crímenes de guerra cometidos contra los niños en África. Se tipificaron en el Código Penal español de 1995 los «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» y por Ley Orgánica 5/2010 se ha mejorado la protección penal de la infancia, incriminando el reclutamiento y participación directa de los niños menores de 18 años en los conflictos armados.

Palabras clave

Derecho Internacional Humanitario; Niños y conflictos armados; Derechos del niño; Bloqueo del acceso humanitario; Niños soldados; Reclutamiento de niños; Niños utilizados en las hostilidades; Crimen de guerra; Crímenes contra los niños; Corte Penal Internacional.

Key Words

International Humanitarian Law; Children and armed conflicts; Rights of the children; Blockage of humanitarian access; Child soldiers; Recruitment of children; Children used in the hostilities; War crime; Crime against children; International Criminal Court.

* General Consejero Togado (R). Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

SUMARIO: I. Pórtico; 1. Introducción; 2. La infancia y los conflictos armados actuales; II. La protección especial de la infancia por el Derecho Internacional Humanitario; 1. Historia de las normas internacionales; 2. Las distintas edades del niño; 3. Protección del niño por el Derecho Internacional Humanitario contra las consecuencias de la acción hostil; 4. El acceso humanitario a las víctimas de la guerra; 5. La situación de los niños detenidos, arrestados o internados; 6. Garantía de identificación y preservación de la unidad familiar; III. Los niños soldados; IV. La protección penal de los niños en los conflictos armados; 1. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; 2. Los casos pendientes ante la Corte Penal Internacional; 3. Los crímenes de guerra contra los niños en el ordenamiento penal español; 4. Jurisdicción universal y crímenes de guerra cometidos contra los niños; V. La actuación de la Unión Europea para la protección de los niños en los conflictos armados; VI. Bibliografía.

I. PÓRTICO

1. INTRODUCCIÓN

LOS nuevos tipos de conflictos armados han significado un aumento creciente de las víctimas de la guerra pertenecientes a la población civil (1).

En el extenso muestrario de las amenazas y violencias contra las personas civiles se pone de manifiesto: la existencia de ataques deliberados contra no combatientes; de tortura y de asesinato sistemático de civiles, particularmente en los conflictos armados internos; el desplazamiento forzado de población, expuesta a atrocidades, sin protección física adecuada y obligada a abandonar a familiares, bienes y hogares; el desvío de los suministros de socorro que no alcanzan los campamentos de refugiados y, en especial, las consecuencias de la guerra sobre los niños, con grave violación de sus derechos más esenciales (2).

Ahora bien, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) determina una protección especial (3) para determinados grupos de personas particularmente vulnerables como los niños menores de quince años. De manera que se prohíbe reclutarlos y que participen directamente en las hostilidades, y se ha aprobado en el año 2000 (y ratificado por España) el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño, que eleva esta edad hasta los 18 años (4).

(1) Informe del Secretario General de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad sobre *La protección de los civiles en los conflictos armados*, 1999. Ver en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Presentación a la edición de 2002», *Derecho Internacional Humanitario*, 2.^a edición, Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia, 2007, p. 16.

(2) Es clásico el estudio de Graça MACHEL, *Enfants touchés par la guerre, Études Machel 1996-2000*, publicado por UNIFEM y UNICEF en el año 2000.

(3) HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, ed. Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia 2001, 614 pp. De la misma autora, «La protección especial del niño en el Derecho Internacional Humanitario», en la obra *Derecho Internacional Humanitario*, *ob. cit.*, pp. 615 y ss.

(4) OJINAGA RUIZ, M.^a R., «Niños soldados: Comentarios al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 80, julio-diciembre de 2002, pp. 41-103.

Hoy se abre una esperanza por el hecho de que la primera decisión de la Corte Penal Internacional haya sido someter a juicio a un presunto responsable (*Thomas Lubanga*) de crímenes de guerra cometidos justamente contra los niños.

Ante las frecuentes violaciones de las normas protectoras de las víctimas de los conflictos armados, y particularmente de los niños (5), cabe preguntarse sobre la eficacia de los mecanismos jurídicos previstos para su aplicación (6).

Y ello porque el sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario (en lo sucesivo, DIH), se enfrenta con los mayores problemas de credibilidad cuando se trata de tutelar a las personas más vulnerables y desprotegidas en las guerras actuales: las mujeres, los niños, los desplazados, la población civil que no participa en las hostilidades y se encuentra en poder de la parte adversa o en territorio ocupado o los miembros de las organizaciones de asistencia humanitaria.

En consecuencia, revisten gran importancia los mecanismos establecidos por el DIH para dotar de eficacia a las normas convencionales, libremente aceptadas por los Estados. Estos, debemos recordarlo, han asumido en particular la obligación de establecer en sus normas penales internas el castigo de los crímenes de guerra (7). Acabar con la escandalosa impunidad de quienes violan el DIH (y los Derechos Humanos) sería una eficaz forma para prevenir nuevos crímenes y podría alcanzarse la deseable dimensión internacional con la constitución de Tribunales Internacionales, para el enjuiciamiento de los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad.

En todo caso, hay que recordar que corresponde a los Estados la principal responsabilidad de enjuiciar a los responsables de los crímenes de guerra y, en este sentido, debemos destacar que, a propuesta de la Cruz Roja Española (8), se tipificaron en el Código Penal español de 1995 los «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», que en el año 2003 (Ley Orgánica 15/2003) se modificaron estos delitos incriminando determinadas conductas previstas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (9) y que, en el momento actual, ha sido aprobada la Ley Orgánica 5/2010 que mejora esta protección penal y da adecuada respuesta a los nuevos retos y atrocidades que se cometen en los conflictos armados de nuestros días. Esta modificación del Código penal ya comprende una protección penal integral de la infancia, incriminando el recluta-

(5) Ver el libro *Peter, niño soldado. Testimonio de un niño forzado a combatir en Sierra Leona*, 2.ª edición, Cruz Roja Española y mr Ahora, Madrid, 2004.

(6) *Demos a los niños un futuro de paz*, Mensaje de Su Santidad Juan Pablo II para la XXIX Jornada Mundial de la Paz, 1996, *Cuadernos de Pastoral Castrense*, enero, 1996, 15 pp.

(7) PIGNATELLI MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho Español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp. 51 y ss.

(8) Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH), «Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949», en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 56 (julio-diciembre de 1990)- 57 (enero-junio de 1991), pp. 693 a 845. Ver también, «Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 78, julio-diciembre de 2001, pp. 108-128.

(9) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «La reforma del Código Penal Español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en la criminalización de la barbarie», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, julio-diciembre de 2003, pp. 197-234.

miento y participación directa de los niños menores de 18 años en los conflictos armados (10).

2. LA INFANCIA Y LOS CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES

Las características de los conflictos armados actuales desbordan la tipología tradicional al proliferar los actores no estatales y traspasar las fronteras en un fenómeno complejo de violencia transnacional (11). Se habla de los conflictos armados de tercera generación (étnicos, asimétricos y desarrollados en estados desestructurados o fallidos).

En un reciente informe de la UNICEF (12) se describe cómo influye en la protección de los niños las características de las nuevas guerras. Más de mil millones de niños menores de 18 años viven en lugares donde existe un conflicto armado o una situación de post-conflicto. Por lo menos dieciocho millones de niños han tenido que abandonar sus hogares y se encuentran en situación de refugiados o desplazados internos.

El grave impacto de la guerra sobre la infancia (13) arroja las cifras de dos millones de niños muertos y seis millones de heridos graves como resultado directo de las hostilidades, unida a su explotación como niños soldados (14), pues en los conflictos actuales se calculan trescientos mil menores reclutados a la fuerza, tanto en las fuerzas armadas gubernamentales como en los grupos armados no estatales.

Los niños son víctimas pero también actores de los conflictos armados. Como dice el profesor Romualdo Bermejo (15), los niños y la guerra forman parte integrante de la historia como fenómeno real de nuestra sociedad: *estos niños son muy pequeños para votar, pero no para matar o ser matados*. Son víctimas y victimarios. Y el DIH debe dar una respuesta para prevenir estas graves situaciones y reparar las secuelas físicas y psicológicas de la guerra en la infancia (16).

(10) «Propuesta del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. Borrador de un anteproyecto de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 92, julio-diciembre de 2008, pp. 273-300.

(11) SALMÓN, E., *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Idehpucp, Pontificia Universidad Católica de Perú y CICR, 2004, pp. 79 y ss.

(12) *La infancia y los conflictos en un mundo en transformación*, UNICEF, 2009.

(13) ABRIL STOFFELS, R., «El impulso del Secretario General y la implicación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el respeto de los derechos de la infancia en los conflictos armados: El mecanismo establecido en la Resolución 1261», *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*, Tirant Monografías, Valencia, 2008, pp. 33 y ss.

(14) *Niños y niñas soldados*, Informe global 2008, Coalición española para acabar con la utilización de niños y niñas soldados, 2008.

(15) BERMEJO GARCÍA, R. «La protección internacional de los niños en los conflictos armados», *Anuario de la UNED, Anales XII-XIII*, Barbastro 1995-2000, pp. 10 y 11.

(16) Ver el Informe del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española sobre «La aplicación del Plan de Acción del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja a favor de los niños en los conflictos armados», Madrid, 23 de abril de 1997. Ver también, el *Plan de acción relativo a los niños en los conflictos armados*, Plan CABAC, del Comité Internacional de la Cruz Roja, Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y Cruz Roja Sueca, Solna, 1997.

II. LA PROTECCION ESPECIAL DE LA INFANCIA POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. HISTORIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

Aunque después de la Primera Guerra Mundial aparecen organizaciones como la *Unión Internacional de Socorro a la Infancia* (CICR) y en 1923 se aprueba de primera Declaración de los Derechos del Niño (Sociedad de Naciones), hay que esperar al término de la Segunda Guerra Mundial para que aparezcan normas de DIH protectoras de los niños en los conflictos armados (17). Porque, en efecto, los sufrimientos de los niños en esta contienda (como consecuencia de los bombardeos, desplazamientos o incluso genocidio) llevó a los redactores del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de la población civil, a establecer normas especiales para proteger a los niños víctimas de la guerra.

En 1946 se crea en el ámbito de las Naciones Unidas el Fondo para la infancia (UNICEF) y en el Convenio para la prevención y represión del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, se calificó como constitutivas de este crimen conductas tales como la de impedir los nacimientos en el seno de un grupo o el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro (art. 2).

En 1959 se aprueba una nueva Declaración de los Derechos del niño y, ante su insuficiencia, la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974 acuerda la Declaración sobre la protección de las mujeres y de los niños en caso de urgencia y de conflicto armado.

Un paso muy importante es la inclusión de la protección específica de los niños en situaciones de conflicto armado, internacional o interno, en los Protocolos de 8 de junio de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra (Protocolos I y II).

El 20 de noviembre de 1989 se aprueba la vigente Convención sobre los Derechos del Niño (18), ratificada por 193 Estados. Únicamente Estados Unidos de América y Somalia no son Partes en este Convenio. El fenómeno de los niños soldados puso de manifiesto la insuficiencia de la edad prevista en el Convenio (15 años) y propició la aprobación, en el ámbito de las Naciones Unidas, de un Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados en fecha 25 de mayo de 2000, ya ratificado por 139 Estados.

El DIH protege al niño como miembro de la población civil (protección general establecida en el IV Convenio de Ginebra y sus Protocolos Adicionales I y II) y, además, le otorga una protección especial (como tal niño) al tratarse de una persona especialmente vulnerable (19), particularmente en el artículo 77 del Protocolo Adicional I (conflictos armados internacionales) y artículo 4 del Protocolo Adicional II (conflictos armados sin carácter internacional).

(17) HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados*, ob. cit., pp. 35 y ss.

(18) MANGAS MARTÍN, A., «La protección internacional de los derechos del niño», *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 4, diciembre de 1998, Suplemento, pp. 7 a 15.

(19) PREUX, J. de, «Protección especial de las mujeres y de los niños», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 71, septiembre-octubre de 1985, pp. 301-311. En la misma publicación, PLATNER, D., «La protección del niño en el Derecho Internacional Humanitario», núm. 747, mayo-junio de 1984, pp. 148-161. Ver también en esta revista, SINGER, S., «La protección de los niños en los conflictos armados», núm. 759, mayo-junio de 1986, pp. 135-172.

2. LAS DISTINTAS EDADES DEL NIÑO

A la vista de las normas internacionales se puede concluir que no existe un concepto único de niño, sino la protección relativa a edades diversas (20).

Así se protege indirectamente al *nasciturus*, con normas de DIH que se refieren a la protección especial de las mujeres encintas o parturientas.

Los niños recién nacidos y lactantes se equiparan a los heridos o enfermos, a efectos de la protección por el DIH (art. 8 Protocolo I Adicional). La edad de 7 años es fundamental para otorgar una protección especial vinculada a la de la madre con hijos a su cargo de esta temprana edad. Las normas de identificación de los niños se refieren a la edad de 12 años.

Pero la edad general para la protección de los niños es la de 15 años, tanto en el DIH (zonas y localidades sanitarias y de seguridad, preferencia en socorros humanitarios, evacuación, prohibición de ser reclutados y obligados a participar activamente en las hostilidades) como en la Convención de los Derechos del Niño (art. 38).

La edad de 18 años tiene también gran importancia porque define al niño en el Convenio sobre el genocidio de 1948 y en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del niño de 1989. Por otra parte, el DIH prohíbe la ejecución de la pena de muerte en personas de menos de 18 años. Los menores de edad gozan de un régimen especial en los casos de detención o internamiento según el DIH. Finalmente esta edad es la establecida en el Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados del año 2000, para el reclutamiento y la participación activa en las hostilidades.

3. PROTECCIÓN DEL NIÑO POR EL DIH CONTRA LAS CONSECUENCIAS DE LA ACCIÓN HOSTIL

El artículo 14 del IV Convenio de Ginebra establece, como medida preventiva en tiempo de conflicto armado, las zonas y localidades sanitarias y de seguridad (21), donde podrán encontrar abrigo contra los efectos de las hostilidades los niños menores de 15 años, las mujeres encintas y lactantes y aquellas que tengan a su cargo niños menores de siete años.

En las normas de evacuación de la población civil de un territorio hostil, el DIH ha tenido en cuenta la situación de los niños y los riesgos que corren (22). Los principios que la presiden son la no separación de sus padres o familia y la seguridad del traslado. Los artículos 17 del IV Convenio de Ginebra y 4 del Protocolo Adicional II, dan normas sobre la evacuación de los niños (acompañados o con el consentimiento de sus padres) desde las zonas asediadas o especialmente expuestas a la acción hostil hasta lugares más seguros. El artículo 24 del IV Convenio de Ginebra regula la evacuación de los niños huérfanos o separados de sus padres, que pueden ser acogidos en un país neutral si así lo aprueba la Potencia protectora y hay garantías de una atención adecuada.

(20) TRINIDAD NÚÑEZ, P., *El niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002. pp. 227-262.

(21) HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados*, ob. cit., pp. 249 y ss.

(22) HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados*, ob. cit., pp. 260 y ss.

También se puede producir la evacuación por razones de salud, tratamiento médico y seguridad, conforme al artículo 78 del Protocolo I Adicional.

En todos estos casos se debe garantizar también la educación de los niños, identificarlos debidamente y facilitar su regreso al finalizar el conflicto.

4. EL ACCESO HUMANITARIO A LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA

El artículo 23 del IV Convenio de Ginebra establece que los Estados Partes autorizarán el libre paso de todo envío de medicamentos y material sanitario, destinados exclusivamente a la población civil de la otra parte, aunque sea enemiga. También se permitirá el paso libre de víveres indispensables, ropa y tónicos para niños, mujeres encintas y parturientas.

El artículo 70 del Protocolo I de 1977, completa esta disposición (23) dirigida a la protección de todas las personas civiles, aunque no se encuentren en territorios ocupados. Se dispone también que se debe dar prioridad a los niños en la distribución de los envíos de socorro.

Con carácter general el artículo 30 del IV Convenio de Ginebra determina que las personas civiles protegidas podrán dirigirse en solicitud de ayuda a las Potencias Protectoras, al Comité Internacional de la Cruz Roja, a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja o a cualquier otro organismo humanitario. Estos organismos obtendrán todas las facilidades de las autoridades, con las limitaciones derivadas de las necesidades o seguridad militares.

En particular se establece un régimen de acceso a las víctimas en los territorios ocupados (24). Conforme al artículo 55 del IV Convenio de Ginebra, es deber de la potencia ocupante (en la medida de sus posibilidades) abastecer a la población civil de víveres y productos médicos, importándolos cuando sean insuficientes las existencias en el territorio ocupado.

El artículo 69 del Protocolo I de 1977, establece (25) la obligación de la potencia ocupante de asegurar, además, la provisión de ropa de vestir y cama, alojamientos de urgencia y otros bienes indispensables para la supervivencia y objetos de culto. Esta norma dispone también que las acciones de socorro en beneficio de la población civil en territorios ocupados (al amparo de los arts. 59, 60, 61, 62, 108, 109, 110 y 111 del IV Convenio de Ginebra y art. 71 del citado Protocolo I) serán llevadas a cabo sin retraso alguno. La potencia ocupante debe, asimismo, facilitar la asistencia y educación de los niños, así como atender a los huérfanos o separados de los padres.

La potencia ocupante, obligada por el DIH a aceptar las acciones de socorro a favor de la población civil (arts. 59 y 60 del IV Convenio de Ginebra), debe autorizar el libre paso de la ayuda humanitaria y garantizar su protección. Tendrá, en todo caso, derecho a verificar los envíos, reglamentar su paso (itinerarios y horarios), pero no podrá denegar arbitrariamente el acceso humanitario.

(23) SANDOZ, Yves, «Comentario al artículo 70», *Comentario del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR y Plaza et Janés, Editores Colombia, Santa Fe de Bogotá, 2001, pp. 1141 a 1162.

(24) CORRALES ELIZONDO, A., «La ocupación bélica», *Derecho Internacional Humanitario*, 2007, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

(25) SANDOZ, Yves, «Comentario al artículo 69»..., *op. cit.*, pp. 1135 a 1140.

Ahora bien, los envíos de socorro no eximirán a la potencia ocupante de su responsabilidad, de conformidad con los artículos 55 (deber de abastecer), 56 (higiene y seguridad públicas) y 59 (aceptar las acciones de socorro) del IV Convenio de Ginebra.

El artículo 61 del mismo Convenio regula la distribución de los socorros enviados bajo el control de la Potencia protectora, del Comité Internacional de la Cruz Roja o de otro organismo humanitario e imparcial. El artículo 62 regula los envíos individuales de socorro, a reserva de imperiosas razones de seguridad.

El contenido de todas estas normas humanitarias fue recogido en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1995), donde se concluyó que si bien es cierto que ninguna organización humanitaria puede operar sin el consentimiento del Estado o parte afectada, ésta no puede rehusarla arbitrariamente y, por tanto, si la operación de socorro no es discriminatoria y la ayuda es imparcial, la Potencia ocupante está obligada a dar su consentimiento conforme a las citadas normas del IV Convenio de Ginebra.

Las consecuencias de la obstaculización arbitraria del acceso humanitario pueden tener alcance penal, constituyendo un crimen de guerra como establece el artículo 8.2.b) xxv del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Conducta que ha sido tipificada como delito en numerosas legislaciones penales (art. 612-8.º del Código penal español).

La Norma 55 del DIH Consuetudinario dispone: «Las partes en conflicto permitirán y facilitarán, a reserva de su derecho de control, el paso rápido y sin trabas de toda la ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas que tenga carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna».

Esta regla (26) es de aplicación tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Su fundamento, como hemos dicho antes, reside en los artículos 23 del IV Convenio de Ginebra y en el artículo 70 de su Protocolo I de 1977. Numerosos Manuales Militares contienen normas similares, que también ratifican diversas Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Consecuencias de esta regla consuetudinaria son que no deben producirse obstáculos a la ayuda humanitaria destinada a personas civiles necesitadas, que asimismo deben aceptarse los socorros humanitarios procedentes de otros Estados neutrales y que debe afirmarse el derecho de la población civil necesitada a recibir ayuda humanitaria.

5. LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS DETENIDOS, ARRESTADOS O INTERNADOS

Salvo en los casos de unidad familiar (en los que los padres y los hijos están privados de libertad en un mismo lugar de detención o internamiento), a los niños prisioneros de guerra (27), detenidos o arrestados se les mantendrá separados de los adultos (arts. 75 y 77 del Protocolo I Adicional).

(26) HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law (2 tomos)*, CICR y Cambridge University Press, 2005, pp. 218 a 224

(27) DUTLI, M.ª T., «Niños-combatientes prisioneros», Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre-octubre de 1990, pp. 452 y ss. HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados, ob. cit.*, pp. 421 y ss.

Los niños gozarán de un régimen especial, debiendo recibir los suplementos nutritivos necesarios para su edad, la educación e instrucción adecuadas y se facilitará la práctica de deportes. No se podrá ejecutar la pena de muerte en niños menores de 18 años (art. 68 del IV Convenio de Ginebra, art. 55.5 del Protocolo I Adicional y art. 6.4 del Protocolo II Adicional). También se deberá tener en cuenta la edad de los niños detenidos para la imposición de sanciones disciplinarias y se tratará de formalizar acuerdos para su liberación, repatriación o traslado a país neutral, particularmente en el caso de necesidad de hospitalización.

6. GARANTÍA DE IDENTIFICACIÓN Y PRESERVACIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR

En el genocidio de Ruanda se vivió la experiencia traumática de la separación de miles de niños de sus padres (en muchos casos muertos en el conflicto) y de la falta de identificación de los niños de escasa edad (28).

El artículo 24 del IV Convenio de Ginebra, para solucionar este problema, dispone que las partes en conflicto deberán tomar todas las medidas para que los niños menores de 12 años puedan ser identificados mediante una placa de identidad. Cuando proceda la evacuación deberá de levantarse una ficha por cada niño y registrarla debidamente en la Agencia Central de Búsquedas del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Durante el internamiento, la evacuación o los traslados es necesario preservar la unidad familiar (29) y proteger especialmente a las madres a cargo de niños de corta edad.

En el caso de familias dispersas está previsto un sistema de mensajes o noticias familiares a través de la Agencia Central de Información del CICR y de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Se protegerá de modo muy particular la educación de los niños en su cultura, religión y tradiciones. (art. 24 del IV Convenio de Ginebra).

III. LOS NIÑOS SOLDADOS

El fenómeno que hemos llamado de los *niños soldados*, desgraciadamente es una realidad en muchos de los conflictos armados actuales (30). Y realmente es la antítesis de la protección de los niños en la guerra. Los niños combaten a edades muy tempranas y ello ha sucedido históricamente en numerosos conflictos, pero no con la intensidad que hoy detectamos. Su utilización en las guerras contemporáneas ofrece algunas «ventajas»: Los niños superan el miedo porque para

(28) HERNÁNDEZ PRADAS, S., «La protección especial del niño en el Derecho Internacional Humanitario», *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 622 y 623.

(29) HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados*, ob. cit., pp. 347 y ss.

(30) COHN, I. y GOODWIN, G., *Los niños soldados*, Editorial Fundamentos/Cruz Roja Juventud, Madrid, 1997. HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados*, ob. cit., pp. 367 y ss.

ellos la guerra es un juego (de ahí el eslogan de la Cruz Roja: «La guerra no es un juego de niños»), se confunden fácilmente con la población civil y pueden portar las armas modernas de pequeño peso y gran potencia de fuego (niños de 8 años manejan un fusil automático *kalashnikof* sin problemas). Desde los años sesenta del pasado siglo, particularmente en los conflictos armados internos (y no sólo por los grupos armados no estatales), ha proliferado el fenómeno de los niños soldados (y el de niñas soldados convertidas en ocasiones en esclavas sexuales) hasta alcanzar la cifra de trescientos mil, que permanece estable pese a los esfuerzos de la comunidad internacional. Los conflictos de Irán-Irak, República Democrática del Congo, Uganda, Ruanda, Chad, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Angola, Etiopía, Afganistán, Líbano, Myanmar, Sri Lanka, Filipinas, El Salvador, Colombia, Guatemala, Nicaragua y Perú, entre otros, son ejemplos del incremento mundial de los niños combatientes.

El artículo 77 del Protocolo I de 1997, adicional a los Convenios de Ginebra, establece la edad de 15 años para el reclutamiento de menores, determinando que se aliste en primer lugar a los de más edad. Y se prohíbe su participación activa o directa en las hostilidades a los menores de 15 años. En cuanto al alistamiento voluntario, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha interpretado que no cabe la voluntariedad en los niños de esa temprana edad. Para los conflictos armados sin carácter internacional se establece la misma edad y prohibición [art. 4, apdo. 3 c) del Protocolo II de 1977], pero no se distingue entre participación directa o indirecta en la acción hostil, lo que implica una mayor protección de la infancia.

Aunque la fijación de esta edad de 15 años por el DIH es indudablemente insuficiente, ni siquiera este mínimo se cumple en los conflictos armados actuales y ello, en parte, es debido tanto a las características de las nuevas contiendas bélicas como a los fallos del sistema de eficacia de las normas humanitarias.

Tampoco contribuyó a resolver este problema la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a pesar de su amplia ratificación por los Estados, puesto que el límite para que los niños pudieran participar directamente en los conflictos armados se fijó en los 15 años, según el artículo 38 de la norma, que se limitó a reproducir la regulación convencional humanitaria de 1977. Y hay que lamentar su influencia negativa, como luego veremos, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

A partir de entonces comienzan numerosas iniciativas de organizaciones humanitarias para resolver el problema de los niños soldados, siendo relevantes los esfuerzos de la Cruz Roja sueca, la Cruz Roja española (31), el CICR y la Federación de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja —Plan de Acción humanitario CABAC (32)—, organizaciones como UNICEF, *Save the children* y el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

(31) Ver el citado Informe del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española sobre «La aplicación del Plan de Acción del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja a favor de los niños en los conflictos armados».

(32) *Plan de acción relativo a los niños en los conflictos armados*, Plan CABAC, *cit.*

Como consecuencia de estas campañas de sensibilización, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba en Nueva York el 25 de mayo de 2000 el Protocolo Facultativo (33) de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados (34), ratificada por 139 Estados, entre ellos España.

El artículo 1 prohíbe que ningún menor de 18 años participe directamente en las hostilidades. Se plantea así la distinción entre la participación directa o activa (35), que comprende algo más que las acciones de combate o uso de las armas, como la información o espionaje (acciones de «inteligencia»), la función de escoltas de dirigentes o misiones técnicas o de logística militar. A veces es difícil distinguir esta participación directa de la indirecta (36) como el trabajo en una fábrica de armas, construcción de carreteras o transporte militar.

El artículo 2 también eleva a 18 años la edad (37) para el reclutamiento obligatorio en las fuerzas armadas, denominación que designa las estatales. El artículo 4 dispone que los grupos armados distintos de las fuerzas armadas del Estado, en ninguna circunstancia deben reclutar o utilizar en las hostilidades a menos de 18 años.

Por lo que refiere al llamado reclutamiento voluntario, que más precisamente es un alistamiento ya que todo reclutamiento es forzoso, el artículo 3 contiene una norma aplicable únicamente a los Estados, por lo que los grupos armados no estatales no podrán alistar o reclutar voluntariamente a menores de 18 años. Sin embargo, los Estados Partes elevarán la edad mínima para el alistamiento voluntario (38) 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 (15 años), teniendo en cuenta que los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial. Esta norma, por tanto, les autoriza al alistamiento voluntario de niños mayores de 16 y 17 años. Para mayor garantía cada Estado Parte depositará una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que se permite el alistamiento voluntario, que podrá determinarse en 16, 17, 18 o más años de edad.

(33) JEANNET, St. y MERMET, J., «La implicación de los niños en los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 145, marzo de 1998, pp. 115 y ss. Contiene la argumentación del CICR en relación con el proyecto de éste Protocolo Facultativo.

(34) DUTLI, M.T., «La protección de los niños en los conflictos armados, en particular la prohibición de participación de los niños en las hostilidades y régimen jurídico aplicable», *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos*, núm. 78, Buenos Aires, 2003, pp. 117-132.

(35) OJINAGA RUIZ, M.^a R., «Niños soldados: Comentarios al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados»..., *cit.*, pp. 86 y ss.

(36) JEANNET, St. y MERMET, J., «La implicación de los niños en los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja*..., *cit.*, pp. 125 y ss.

(37) OJINAGA RUIZ, M.^a R., «Niños soldados: Comentarios al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados», *cit.*, pp. 76-79

(38) HERNÁNDEZ PRADAS, S., «La protección especial del niño en el Derecho Internacional Humanitario», *Derecho Internacional Humanitario, ob. cit.*, pp. 627 y 628.

Ahora bien, los Estados Partes que permitan el alistamiento voluntario (39) en sus fuerzas armadas de menores de 18 años establecerán como medidas de salvaguardia las siguientes:

- a) Garantías de que el alistamiento es auténticamente voluntario.
- b) Que el alistamiento se realiza con el consentimiento informado de los padres o personas que tengan la custodia legal del menor.
- c) Que los menores están plenamente informados de los deberes de ese servicio militar.
- d) Que se presenten pruebas fiables de la edad del menor, antes de ser aceptado en el servicio militar nacional.

El número 5 del citado artículo 3 del Protocolo dispone, a propuesta de Estados Unidos de América (que no es Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero sí en el Protocolo Facultativo de 2000, al permitirlo su art. 9), que esta obligación de elevar la edad no es aplicable a las escuelas gestionadas o situadas bajo el control de las fuerzas armadas estatales. Se salva así una objeción persistente de algunos países anglosajones que deseaban salvaguardar su sistema de educación pre-militar o paramilitar en escuelas oficiales o controladas por sus fuerzas armadas.

El artículo 5 del Protocolo garantiza la íntegra aplicación de los preceptos estatales, de instrumentos internacionales o preceptos del DIH cuando sean más favorables a la realización de los derechos del niño.

Dentro del sistema de eficacia el Protocolo dispone en su artículo 6 que cada Estado Parte adoptará las medidas legales, administrativas y de otra índole (por ejemplo penal), necesarias para garantizar su aplicación efectiva y la vigilancia de su cumplimiento. También se comprometen a difundir los principios y disposiciones del mencionado Protocolo.

Particular relevancia reviste la norma (art. 6, apdo. 3) que obliga a la desmovilización o separación del servicio de las personas reclutadas o utilizadas en las hostilidades en contradicción con el Protocolo, prestándoles la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica, y su reintegración social.

El Protocolo establece una obligación de prevención de las actividades contrarias a sus normas, la cooperación técnica y financiera (art. 7), así como un sistema de informes que habrán de rendirse al Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

IV. LA PROTECCION PENAL DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

1. EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, que incrimina el genocidio, contempla la protección de los niños,

(39) OJINAGA RUIZ, M.^a R., «Niños soldados: Comentarios al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados», *cit.*, pp. 83 y ss.

conforme a la Convención sobre la Prevención y Sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), al tipificar en su apartado *e*) el *Traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro*.

El extenso artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, tipifica los crímenes de guerra (40), no sin antes establecer en su número 1 lo que puede considerarse como un umbral, pues será competente la Corte «en particular» cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. La expresión «en particular», producto del consenso, nos deja sin saber si se trata realmente de un «umbral» o si tan poco afortunada frase marca la competencia indudable, sin rechazar que la Corte pueda conocer en otros supuestos.

Uno de los mayores avances del Estatuto fue, sin duda, que la tipificación de los crímenes de guerra pudiera abarcar los cometidos en los conflictos armados no internacionales. Así se otorga protección penal a la persona humana en toda clase de conflictos armados, superando la estrecha regulación que establecía la obligación de proporcionar adecuadas sanciones penales (al menos en el derecho interno) únicamente a los responsables de infracciones graves cometidas en un conflicto armado internacional.

Entre los crímenes de guerra que tipifica el Estatuto en el ámbito de los conflictos armados internacionales figuran violaciones de los Convenios de Ginebra y su Protocolo I Adicional de 1977, como reclutar o alistar a niños menores de 15 años o utilizarlos en las hostilidades (41).

El Estatuto en su apartado *d*) del número 2 del artículo 8 castiga otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos. Conforme al párrafo *f*) del mismo número 2, este precepto se aplica, con la exclusión de las situaciones de disturbios o tensiones internas, a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado (conflictos armados internos) cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos armados. No coincide exactamente esta definición con el concepto de conflictos armados sin carácter internacional, contenido en el artículo 1.1 del Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que es más restringido al exigir que los «grupos organizados» están bajo un mando responsable y ejerzan sobre una parte de su territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar dicho Protocolo.

(40) TRIFFTERER, O. (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999. Ambos KAI, GUERRERO, O. J. (comp.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad de Colombia, 1999. GUEVARA B., JOSÉ A. y MASO, J., Tarciso dal (Comp.), *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana, Prólogo de A. Cançado Trindade*, Ed. Porrúa, México y Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2005. AA.VV., «Número extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 75 (2000). PIGNATELLI Y MECA, F., *El Estatuto de la Corte Penal Internacional: antecedentes y textos complementarios*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003.

(41) COTTIER, M., «Participation of children in hostilities», en TRIFFTERER, O., (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, *ob. cit.*, pp. 259-262.

En este grupo de crímenes se tipifican infracciones graves tomadas del Protocolo II Adicional de 1977 como el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años o utilizarlos en las hostilidades (42).

En los Elementos de los Crímenes, elaborados de conformidad con el artículo 9 del Estatuto de Roma y aprobados por la Asamblea de los Estados Partes (43), figuran los correspondientes al crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas, en los conflictos armados internacionales [art. 8.2.b) xxvi del Estatuto de Roma]. De este texto se puede deducir que la acción típica consiste en dos conductas alternativas: 1.º Reclutar (obligatoriamente) o alistar (voluntariamente) en las fuerzas armadas nacionales a personas menores de 15 años (sujeto pasivo); 2.º Utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. En cuanto al elemento intencional, es preciso que el autor haya sabido o debido saber que los niños eran menores de 15 años. Asimismo es necesario que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o haya estado relacionada con él y, además, el autor debe haber sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado (conocimiento, como elemento de la conducta dolosa).

Por lo que se refiere a estos mismos Elementos de los Crímenes, referidos a los conflictos armados sin carácter internacional [art.8.2. e) vii del Estatuto de Roma] y al crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños, podemos concluir lo siguiente. La acción típica consiste también en dos conductas alternativas: 1.º Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos; 2.º Que las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades. Es de destacar que el precepto abarca a los grupos (armados disidentes) que son parte en un conflicto armado sin carácter internacional. En cuanto al sujeto pasivo, se exige que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años. La intencionalidad precisa que el autor haya sabido o debido saber que eran menores de 15 años. La conducta debe realizarse en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y que esté relacionada con él. Finalmente, en cuanto al conocimiento (intencionalidad, dolo), es necesario que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado. Se ha evitado la exigencia de que este conocimiento distinga la naturaleza del conflicto armado (internacional o interno), puesto que puede ser una cuestión harto dudosa incluso para los Tribunales Internacionales. Como en el caso *Tadic* por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

En la Conferencia Diplomática de Roma, la Delegación de España intentó elevar la edad del sujeto pasivo (niño) hasta los 18 años, no recibiendo apoyos de las restantes delegaciones, por lo que no se logró el consenso necesario. Particularmente intransigente fue la postura de Estados Unidos, el Reino Unido y otros países de la Unión Europea y del sistema anglosajón. Argumentaban la existencia en estos países de Escuelas paramilitares o premilitares donde recibían formación niños menores de 18 años.

(42) HERNÁNDEZ PRADAS, S., «La protección especial del niño en el Derecho Internacional Humanitario», *Derecho Internacional Humanitario, ob. cit.*, pp. 628 y 629.

(43) *Selección de Documentos Básicos relacionados con la Corte Penal Internacional*, Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes, La Haya, 2005, pp. 209 y ss.

Como hemos visto, el número 5 del artículo 3 del Protocolo Facultativo de 2000 dispone, que la obligación de elevar la edad de alistamiento (determinando una superior a los 15 años: por lo menos 16 años) no es aplicable a las escuelas gestionadas o situadas bajo el control de las fuerzas armadas estatales. Ello explica, pero no justifica, la objeción persistente de algunos países anglosajones deseosos de salvaguardar su sistema de educación premilitar o paramilitar, como si de ello se pudiera deducir que estos niños son reclutados, alistados o utilizados para participar activamente en la acción hostil.

2. LOS CASOS PENDIENTES ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Significativamente los primeros casos pendientes ante la Corte Penal Internacional se refieren a acusaciones del Fiscal que comprenden, entre otros delitos, crímenes de guerra cometidos contra niños en el continente africano, consistentes en el reclutamiento de niños soldados o su participación en las hostilidades. Pueden ser citados (44) el caso de *Thomas Lubanga Dyilo* y *Bosco Ntaganda* en la República Democrática del Congo; en Uganda; el líder opositor *Joseph Kony* y *Germain Katanga*, y *Mathieu Ngudjolo Chui* en la República Democrática del Congo. *Thomas Lubanga*, detenido en La Haya, se encuentra incurso en la vista del juicio oral y, probablemente, su caso será el primero que va a ser objeto de una sentencia (absolutoria o condenatoria) sobre el fondo en la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional.

El día 29 de enero de 2007, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional dictó una resolución sobre el asunto *El Fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo*, confirmando los cargos y poniendo así fin a la fase de investigación mediante la apertura del juicio oral. Se trataba de la situación de *Ituri* en la República Democrática del Congo, donde el inculcado líder de las llamadas Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo y Comandante en Jefe de un grupo armado opositor al Gobierno es acusado por el Fiscal del reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años y hacerles participar activamente en las hostilidades en el contexto de un conflicto armado internacional y no internacional. Considera el Fiscal a *Lubanga* como coautor penalmente responsable de estas conductas. La Sala de Cuestiones Preliminares confirma que existen pruebas suficientes de que «hay motivos fundados para creer» que *Thomas Lubanga* es responsable, en calidad de coautor, de tales cargos conforme a los artículos 8.2.b) xxvi y artículo 25.3 del Estatuto desde septiembre de 2002 a junio de 2003 y, desde el 2 de junio al 13 de agosto de 2003, conforme al artículo 8.2.e) vii y artículo 25.3 del Estatuto, en el contexto de un conflicto armado sin carácter internacional. En consecuencia, la Sala envía a *Thomas Lubanga*, para que sea juzgado, a la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional.

(44) CHAMBERLAIN, C., «Children and the International Criminal Court» (cap. 12), en *International Law and armed conflict. Challenges in the 21.º Century*, T.M.C. Asser Press, pp. 245 y ss. En la misma obra, *vid.* SCHABAS, William, «Commentary on: Children and armed conflict», *cit.*, pp. 283-286.

3. LOS CRÍMENES DE GUERRA CONTRA LOS NIÑOS EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

A. El Código Penal Militar de 1985

El tipo residual (art. 78) del Código Penal Militar (45), aprobado por Ley Orgánica 13/1985, castiga al militar que llevare a cabo o diese orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos, entre otros, a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. Entre estas personas civiles se encuentran protegidos los niños según las normas del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, es criticable que en el articulado del Título II de este Código (Delitos contra las Leyes y Usos de la Guerra) no se haya previsto la incriminación específica de la violación de la protección especial del niño según los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

B. El texto del Código Penal de 1995

El Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ya contenía una serie de preceptos que protegían a los niños en caso de conflicto armado.

En primer lugar, sin necesidad de que concurriera el contexto de un conflicto armado, se tipificaba como delito de genocidio (46) (art. 607.1.4.º) llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo sus miembros o trasladar por la fuerza a individuos de un grupo a otro. Crimen sin duda inspirado en el mencionado Convenio para la Prevención y Sanción del delito de genocidio de 1948.

En el artículo 612.3.º se tipificaba como crimen de guerra violar las prescripciones sobre alojamiento de mujeres y familias y sobre protección especial de mujeres y de niños (47) establecidas en los tratados internacionales en los que España fuere parte.

C. La modificación del Código Penal español por Ley Orgánica 5/2010

a) *Antecedentes*

El Código Penal español (LO 10/1995) ha sido extensamente modificado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio («BOE» de 23 de junio de 2010), que ha entrado en vigor el 23 de diciembre de 2010. Dentro de esta profunda reforma legislativa, debemos celebrar la relativa a los crímenes de guerra, objeto de este

(45) FERNÁNDEZ FLORES, J. L., «Delitos contra las leyes y usos de la guerra», *Comentarios al Código Penal Militar*, ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 807 y ss.

(46) GIL Y GIL, A., *Derecho Penal Internacional*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 221 y ss.

(47) PIGNATELLI MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho Español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código penal*, ob. cit., pp. 488 y ss.

artículo, que ha supuesto una incriminación que podemos calificar de modélica de los delitos contenidos en el Libro II, Capítulo III del Título XXIV, es decir: los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (48). Se han subsanado en buena parte las deficiencias y lagunas de la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003 y se ha incorporado la incriminación de algunas conductas como el reclutamiento de niños menores de 18 años o su participación directa en las hostilidades. En esta ocasión, después de un largo proceso, se ha recogido prácticamente la totalidad de la propuesta formulada por la Cruz Roja Española y preparada en el año 2007 por su Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (49).

b) *Adición de un párrafo al núm. 3.º del artículo 612. La protección de los niños en los conflictos armados*

La Ley Orgánica 5/2010, idéntica en su redacción a la propuesta de la Cruz Roja Española, añade al final del número 3.º del artículo 612 la siguiente frase: «... y, en particular, reclute o aliste a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades».

Inicialmente la razón de ésta modificación nace, como hemos visto, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, en su artículo 8, número 2, apartado b), xxvi) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vii) para los conflictos armados sin carácter internacional, arbitra una protección penal específica para los niños que participan en las hostilidades. Pero la modificación, en consonancia con la postura de la Delegación de España en la Conferencia Diplomática de Roma y con nuestra legislación interna (penal y administrativa), se basa en los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, firmado y ratificado por España. Esta redacción lamentablemente no prosperó en la Ley Orgánica 15/2003 y el precepto quedó inalterado e insuficiente por lo que se refiere a la protección de los niños en los conflictos armados. La nueva redacción dada por Ley Orgánica 5/2010 ha subsanado esta laguna legal.

En el campo de la legislación comparada, la propuesta ha tenido en cuenta el párrafo 8, apartado 1, número 5 de la Sección 2 de la Ley alemana del Código Penal Internacional y el párrafo 2, sección 5, apartado 5, (r) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos. El Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina también incrimina el reclutamiento, alistamiento o participación activa en las hostilidades de niños menores de 18 años.

(48) PIGNATELLI MECA, F., «Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal», en el libro *In Memoriam Gonzalo Jar Couselo* (en prensa)

(49) Elaborada por una Ponencia constituida en el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH), con la siguiente composición: Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Director del CEDIH, Profesor Doctor don Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la UCM, Dr. D. Agustín Corrales Elizondo (+), Magistrado del Tribunal Supremo, Dr. D. Fernando Pignatelli Meca, Magistrado del Tribunal Supremo y D. Joaquín López Sánchez, Secretario del CEDIH. El texto de la Ponencia fue debatido en sesión plenaria de los Profesores del CEDIH y aprobado el día 23 de enero de 2007 y publicado en el núm. 92 de la *Revista Española de Derecho Militar*, julio-diciembre de 2008, pp. 273-300.

Esta modificación respeta, sin embargo, la anterior redacción contenida en el mismo párrafo, por lo que continúa siendo delictiva la conducta consistente en violar las prescripciones sobre alojamiento de mujeres y familias y sobre protección especial de mujeres y de niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuere parte. Por ello debemos interpretar que aquí está incriminada toda violación de la protección de los niños establecida en los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales y el Protocolo Adicional de 2000.

4. JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS CONTRA LOS NIÑOS

La jurisdicción universal (50) puede definirse como la que se ejerce por cualquier Tribunal nacional sobre determinados delitos, con independencia del lugar de comisión o de la nacionalidad del presunto autor (51).

De conformidad con el artículo 23.4, apartado h), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, recientemente modificado por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, será competente la jurisdicción española (52) para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los delitos que se relacionan, entre los cuales está «cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España».

De este texto podemos deducir que no todos los *Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado* (capítulo III del Título XXIV del Código Penal) pueden ser perseguidos en España según el principio de jurisdicción universal que atribuye competencia a los Tribunales españoles. Pues el mencionado precepto no recoge la llamada jurisdicción universal facultativa (53), sino la obligatoria. Es decir la derivada de la obligación convencional (54) de perseguir en España determinados delitos según, en el caso que nos ocupa, de los Convenios de

(50) PHILIPPE, X., «Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: Su interconexión», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 682, junio de 2006, pp. 1-27. MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., «El principio de jurisdicción universal y los crímenes de guerra. Especial referencia al ordenamiento jurídico español», Trabajo de Investigación. Instituto Universitario «General Gutiérrez Mellado», 2010. GARCÍA ARÁN y otros, «El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial», *Crímen Internacional y Jurisdicción Universal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. OLLÉ SESÉ, M., «Justicia Universal para crímenes internacionales», *La Ley*, Madrid, 2008.

(51) Asamblea General de las Naciones Unidas, *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal*, Informe del Secretario General, 29 de julio de 2010, Documento A/65/181. Ver el número 79 de la *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1.º y 2.º trimestre de 2008, dedicado al Coloquio Preparatorio de Xíán (China) sobre Derecho Penal Internacional y Jurisdicción Universal.

(52) BLANCO CORDERO, I., «Sobre la muerte de la jurisdicción universal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 12, 2009. REMIRO BROTONS, A., «Crímenes internacionales, jueces estatales», *Política Exterior*, marzo-abril, 2010, pp. 59-68. En la misma revista, CHALAMISH, E., «Jurisdicción universal y política mundial: el caso español», *cit.* pp. 69-78.

(53) HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L. (eds.), *Customary International Humanitarian Law* (dos tomos), CICR y Cambridge University Press, 2005, vol. I.: Rules, pp. 604 a 607,

(54) Ver el número 86, julio-diciembre de 2005 de la *Revista Española de Derecho Militar*, Monográfico sobre la «Justicia Penal Internacional», en particular las pp. 497 y ss y el Documento del CICR «Jurisdicción Universal sobre crímenes de guerra», pp. 508 y 509.

Derecho Internacional Humanitario. Concretamente este deber se establece en los artículos 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio, 146 del IV Convenio, todos ellos de Ginebra de 1949, así como el artículo 85 del Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra, para las violaciones de los Convenios (y del citado Protocolo) que se califican de «infracciones graves».

Entre estas infracciones graves se encuentran algunas que pueden ser cometidas contra niños, como el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud (art. 50 del I Convenio, art. 51 del II Convenio y art. 130 del III Convenio, todos ellos de Ginebra, 1949), a las que añade el artículo 147 del IV Convenio, también de Ginebra, la deportación o el traslado ilegal. También son «infracciones graves», si se cometen contra personas protegidas (entre las que se encuentran los niños), las violaciones previstas en los apartados 3 y 4 del artículo 85 del Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra. Para la persecución de estas «infracciones graves» de los Convenios de Ginebra y de su Protocolo I Adicional rige el principio de jurisdicción universal.

Pero las restantes violaciones de la protección especial de los niños, como la establecida en los artículos 77 y 78 del Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra, no se califican como «infracciones graves» en las normas de Derecho Internacional Humanitario, aunque se puedan considerar «crímenes de guerra» según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o sean constitutivas de delito conforme al artículo 612.3.º del Código Penal español. Y, como hemos visto, el artículo 23.4, apartado *h*) de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial ha limitado el ejercicio de la jurisdicción universal por los Tribunales penales españoles a los casos en que estos delitos deban ser perseguidos en España conforme a los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Es decir, a las «infracciones graves». Este precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, merece una severa crítica desde la óptica de la protección de los niños en caso de conflictos armados internacionales o sin carácter internacional.

V. LA ACTUACION DE LA UNION EUROPEA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

En el artículo 42 (antiguo 17) del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada, Lisboa, 2009) se establece que la Unión podrá recurrir, como parte integrante de su política exterior de seguridad común, a medios civiles y militares en misiones fuera de la Unión que tengan por objeto garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional conforme a la Carta de las Naciones Unidas. También se regulan en este artículo una serie de cuestiones como el respeto de las obligaciones de algunos Estados con la OTAN, las posibles fuerzas multinacionales, la Agencia Europea de Defensa o la llamada «cooperación estructurada permanente». El artículo 43 regula el ámbito de las misiones de la Unión Europea: desarme, misiones humanitarias y de rescate, misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones mili-

tares, misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos. De forma que se engloban en el concepto de tareas ESDP las siguientes:

- 1.º Tareas humanitarias y de rescate.
- 2.º Tareas de mantenimiento de la paz.
- 3.º Tareas de fuerzas de combate en gestión de crisis, incluyendo el mantenimiento de la paz.

Los miembros de estas operaciones o misiones de la Unión Europea tienen la obligación de respetar y hacer respetar el DIH y los Derechos Humanos, que forman parte del Derecho Internacional Consuetudinario. Se han establecido, a tal efecto, mecanismo de control y la obligación de juzgar y sancionar las violaciones de los Derechos Humanos y el DIH por los Tribunales nacionales.

Hay que destacar, desde el punto de vista del Derecho Convencional Humanitario, que todos los Estados Miembros de la Unión Europea son partes en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Asimismo todos han ratificado el Convenio sobre los Derechos del Niño, de Nueva York, de 20 de noviembre de 1989 y la inmensa mayoría (excepto Chipre y Estonia) su Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000.

Algunos documentos merecen ser citados, como el Código de Conducta sobre aspectos políticos militares de seguridad (1994) o la más moderna *EU Guidelines on Human Rights* (55) (Guía de la Unión Europea sobre los Derechos Humanos), Consejo de la Unión Europea, mayo de 2005. En esta última resulta de gran interés para el Derecho Internacional Humanitario el capítulo 4, Guía sobre los niños y los conflictos armados. En este capítulo de la Guía, después de exponer la situación de los niños y las normas convencionales que los protegen, se expresa que la promoción y protección de los derechos de la infancia es una prioridad de la política europea de los Derechos Humanos. Así la Unión Europea apoya la labor de actores relevantes en la protección de los niños afectados por los conflictos armados (Naciones Unidas, UNICEF, Comité de Derechos Humanos, Consejo de Europa o el Comité Internacional de la Cruz Roja, entre otros). El seguimiento, la información, el asesoramiento, la coordinación y las recomendaciones para la acción son pilares fundamentales de esta Guía. Son decisivos los informes de los Jefes de Misión y de los Comandantes Militares para el análisis de los efectos del conflicto armado en la infancia. En particular, violaciones y abusos contra los niños, reclutamiento y utilización de niños por ejércitos y grupos armados, ataques contra escuelas y hospitales, asesinatos de niños, bloqueo de la ayuda humanitaria y violencia sexual y de género contra niños. La Comunidad está implicada en numerosos proyectos en esta materia como los relativos al desarme, desmovilización, reintegración y rehabilitación (DDRR) y tiene bien presente

(55) *EU Guidelines on Human Rights*, Council of The European Union, Secretariat General, may 2005, Belgium, 2005. 49 pp.

la protección de la infancia en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea. Contiene la Guía una larga serie de medidas que deben ser implementadas a estos efectos.

De la mayor importancia para la materia que tratamos es la *Guidelines on the Promotion of International Humanitarian Law*, 2005/C 327/04 (Guía sobre la promoción del DIH), que contiene las líneas directrices adoptadas por la Unión Europea sobre el mejoramiento del respeto del Derecho Internacional Humanitario, también aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 5 de diciembre de 2005. Contiene el compromiso de los Estados Miembros de la Unión Europea por la observancia del DIH y su extensión a terceros Estados y a los actores no estatales. Se refiere a las fuentes del DIH y su ámbito de aplicación, a las relaciones entre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como a la responsabilidad penal individual por violaciones del DIH. En su tercera parte, denominada Guía de operaciones, incorpora reglas sobre la información, evaluación y recomendaciones para la acción, así como medios de acción a disposición de la Unión Europea en sus relaciones con terceros países, donde destaca la importancia de prevenir y terminar con las violaciones del DIH por terceros países en el curso de operaciones de gestión de crisis.

En el llamado Proyecto ATLAS se proponen una serie de recomendaciones en relación con la protección de los niños en tiempo de conflicto armado y el problema de los niños soldados. Las recomendaciones son las siguientes:

1. Asegurar un mejor control de la producción y distribución de las armas de pequeño calibre y armas ligeras, así como controlar el comercio de tales armas.
2. Alentar a los Estados para que ratifiquen todos los tratados para proteger los derechos de los niños e invitarles a la plena colaboración con los órganos internacionales encargados de su supervisión.
3. Desarrollar sistemas dirigidos a exigir la responsabilidad de los actores no estatales por los abusos del DIH y de los Derechos Humanos, en especial cuando las víctimas son niños.
4. Alentar y asegurar la plena cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional y otros Tribunales Penales Internacionales.
5. Asegurar que los Estados criminalizan los abusos contra los niños, en el contexto de un conflicto armado.
6. Establecer la necesaria asistencia a los Estados en situaciones de post conflicto para ayudarles a reconstruir sus sistemas legales y judiciales.
7. Utilizar la jurisdicción penal extraterritorial para perseguir los crímenes relacionados con los niños soldados y los niños en situaciones de conflicto armado.
8. Eliminar de las leyes de amnistía todos los delitos relacionados con los niños soldados y los niños en situaciones de conflicto armado.
9. Asegurar el derecho a reparaciones efectivas a los niños víctimas de los conflictos armados, como destinatarios de las negociaciones de los acuerdos de paz.
10. Asegurar que la persecución de los niños soldados respeta los estándares internacionales aplicables por la jurisdicción de menores y el fin de rehabilitación social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL STOFFELS, R., «El impulso del Secretario General y la implicación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el respeto de los derechos de la infancia en los conflictos armados: El mecanismo establecido en la Resolución 1261», *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*, Tirant Monografías, Valencia, 2008, pp. 33 y ss.
- BERMEJO GARCÍA, R. «La protección internacional de los niños en los conflictos armados», *Anuario de la UNED, Annales XII-XIII*, Barbastro, 1995-2000, pp. 10 y 11.
- BLANCO CORDERO, I., «Sobre la muerte de la jurisdicción universal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009.
- Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH), «Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 56 (julio-diciembre de 1990)-57 (enero-junio de 1991), pp. 693 a 845.
- CEDIH, «Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 78, julio-diciembre de 2001, pp. 108-128.
- «Propuesta del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. Borrador de un anteproyecto de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 92, julio-diciembre de 2008, pp. 273-300.
- CHAMBERLAIN, C., «Children and the International Criminal Court» (cap. 12), en *International Law and armed conflict. Challenges in the 21.º Century*, T.M.C. Asser Press, pp. 245 y ss. En la misma obra, *vid.* SCHABAS, W., «Commentary on: Children and armed conflict», pp. 283-286.
- COHN, I. y GOODWIN, G., *Los niños soldados*, Editorial Fundamentos/Cruz Roja Juventud, Madrid, 1997.
- COTTIER, M., «Participation of children in hostilities», en TRIFFTERER, O. (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court Baden-Baden*, 1999, pp. 259-262.
- DUTLI, M.^a T., «Niños-combatientes prisioneros», Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre-octubre de 1990, pp. 452 y ss.
- «La protección de los niños en los conflictos armados, en particular la prohibición de participación de los niños en las hostilidades y régimen jurídico aplicable», *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos*, núm. 78, Buenos Aires, 2003, pp. 117-132.
- *EU Guidelines on Human Rights*, Council of The European Union, Secretariat General, may 2005, Belgium, 2005, 49 pp.
- GARCÍA ARÁN y otros, «El principio de Justicia Universal en la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- GIL Y GIL, A., *Derecho Penal Internacional*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 221 y ss.
- HENCKAERTS, J. M. Y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law* (dos tomos), CICR y Cambridge University Press, 2005, pp. 218 a 224.

- HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, ed. Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia 2001, 614 pp.
- «La protección especial del niño en el Derecho Internacional Humanitario», en la obra *Derecho Internacional Humanitario*, 2.ª edición, Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española Valencia, 2007, pp. 615 y ss.
- JEANNET, ST. Y MERMET, J., «La implicación de los niños en los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 145, marzo de 1998, pp. 115 y ss.
- MANGAS MARTÍN, A., «La protección internacional de los derechos del niño», *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 4, diciembre de 1998, Suplemento, pp. 7 a 15.
- OJINAGA RUIZ, M.ª R., «Niños soldados: Comentarios al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 80, julio-diciembre de 2002, pp. 41-103.
- PIGNATELLI MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho Español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp. 51 y ss.
- «Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal», *In Memoriam Gonzalo Jar Couselo* (en prensa).
- PREUX, J. de, «Protección especial de las mujeres y de los niños», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 71, septiembre-octubre 1985, pp. 301-311. En la misma publicación PLATNER, D., «La protección del niño en el Derecho Internacional Humanitario», núm. 747, mayo-junio, 1984, pp. 148-161.
- REMIRO BROTONS, A. «Crímenes internacionales, jueces estatales», *Política Exterior*, marzo-abril, 2010, pp. 59-68.
- SINGER, S., «La protección de los niños en los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 759, mayo-junio, 1986, pp. 135-172.
- TRINIDAD NUÑEZ, P., *El niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002, pp. 227-262.