

El reclutamiento de menores: un crimen de Guerra de conformidad con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones a la luz de la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad de la ONU

Autora: Diana Ávila*

Resumen

El artículo pretende demostrar la urgencia de precisar la noción del reclutamiento de menores, sus características y sus alcances tanto en el marco del Derecho Penal Internacional como del Derechos Internacional Humanitario y desde luego, en el ámbito de las Naciones Unidas y del Consejo de Seguridad, como resultado de la ausencia de una normativa clara al respecto caracterizada por la convivencia de normas con nociones distintas junto con teorías jurídicas que partiendo del Derecho Internacional Humanitario lo sobrepasan sin que exista un argumentación consistente para ello.

Todo lo anterior da lugar a la creación de mecanismos de supervisión y medidas de reproche que no se aplican en forma paritaria a todos los Estados, primando principalmente intereses de orden político.

* Abogada de nacionalidad colombiana. Participante en el Primer *Curso Andino: Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional*, organizado por la Comisión Andina de Juristas. Las opiniones contenidas en este artículo son de responsabilidad exclusiva de quien las emite y no reflejan necesariamente las opiniones institucionales de la Comisión Andina de Juristas.

El reclutamiento y utilización de niños y niñas en el marco de los conflictos armados, sean éstos de carácter internacional o no internacional ha sido un tema que ha generado gran preocupación en la comunidad internacional, por cuanto los niños corren los más grandes peligros y soportan, tanto física como psicológicamente, los sufrimientos más atroces y, porque es muy fácil utilizarlos para incitarlos a cometer actos cuya gravedad escapa con frecuencia a su entendimiento.

Dos muestras del repudio internacional que genera esta conducta se encuentran en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional que consagra como un crimen de guerra el alistar o reclutar a niños menores de 15 años de edad y la Resolución 1612 (2005) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que pone en marcha un mecanismo de supervisión y presentación de informes para adoptar medidas en casos concretos frente al reclutamiento y utilización de niños en los conflictos armados, además de otras infracciones y abusos cometidos en dicho contexto.

Sin embargo, como se intentará mostrar en este escrito más adelante, dichas normas no sólo se contraponen en algunos aspectos sino que además muestran como el derecho internacional por su propio carácter es un derecho político en donde, en muchas ocasiones, prima este último factor en detrimento de un derecho objetivo, dando origen a un derecho parcializado en el que las interpretaciones legales dependen del sujeto al cual se apliquen.

El reclutamiento de niños, un crimen de guerra

El numeral 2 del artículo 77 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) dispone que “*Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas*”.

En ese mismo sentido, el literal c del numeral 3, del artículo 4 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) señala que “*los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades*”.

En esta perspectiva, el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 8 señala como crimen de guerra tanto en el marco de un conflicto armado internacional como en uno no internacional, el *reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades*¹. Esto es, a la luz del derecho penal internacional contemplado en dicho Estatuto, tal conducta, cuando se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala, constituye un

¹ No será materia en este escrito analizar como la tipificación de esta conducta es diferente en el Estatuto según se trata de un conflicto internacional o uno sin carácter internacional. Para efectos del tratamiento del crimen en este ensayo se obviarán dichas diferencias, sobre las cuales se puede consultar a SANTALLA VARGAS, Elizabeth. *Convergencias y divergencias: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con Relación al Conflicto Armado*. En: Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario, OEA-Washington DC, 2007.

crimen de guerra de su competencia.

La norma diferencia dos conductas, de un lado, el reclutamiento o alistamiento de niños y del otro el utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. El reclutamiento o alistamiento no implica necesariamente que el menor participe en los combates, en efecto, el niño o la niña pueden ser reclutados para otro tipo de labores como servir de cocineros, compañeros sexuales, informantes, entre otras.

Antecedentes de la Resolución 1612 (2005) del Consejo de Seguridad

Aunque la protección de los civiles en los conflictos armados ha sido un tema de especial consideración en el seno del Consejo de Seguridad, el interés específico en los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de violaciones y abusos en el marco de los conflictos armados se despertó con particular fuerza a partir de 1998, cuando, mediante la Declaración Presidencial PRST/1998/18, el Consejo de Seguridad comenzó a expresar, por fuera del contexto de la protección de civiles en los conflictos armados, su preocupación por las repercusiones de los conflictos en los niños.

El 25 de agosto de 1999, el Consejo de Seguridad emitió la Resolución 1261, que ha sido calificada tanto por el propio Sistema de Naciones Unidas, como por la sociedad civil, como un hito de particular importancia, por cuanto mediante dicha resolución, el Consejo de Seguridad se comprometió a adoptar medidas encaminadas a promover la paz y la seguridad, y a prestar especial atención a la protección, el bienestar y los derechos de los niños. En ese contexto, solicitó al Secretario General la presentación de informes periódicos sobre su cumplimiento. El Secretario General ha presentado, en desarrollo de este mandato, siete informes.

En el Primer Informe del Secretario General manifiesta que en los últimos dos años su Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados ha trabajado con los equipos de la ONU en los países, particularmente con los coordinadores residentes y los representantes de UNICEF, para lograr sistemáticamente que los dirigentes de las partes beligerantes en varios países, en particular, Burundi, Colombia, la República Democrática del Congo, Sierra leona, Sri Lanka y el Sudán, se comprometan a no seleccionar como blanco a la población civil, a no impedir el acceso a la población en peligro en las zonas bajo su control, a no obstaculizar la distribución de suministros de socorro, a observar las cesaciones del fuego con fines humanitarios para llevar a cabo vacunaciones o proporcionar suministros de socorro, a no atacar escuelas ni hospitales, a no usar minas terrestres y a no *reclutar a niños ni utilizarlos como soldados*.

Da cuenta además, de estudios especiales sobre niños desplazados en Sri Lanka y Colombia elaborados por la UNICEF y del compromiso de los gobiernos y de grupos insurgentes de Burundi, Colombia, Sierra Leona y el Sudán de incluir los derechos y la protección de los niños en los programas de los procesos de paz en curso.

En el año 2001, en el Segundo Informe, el Secretario General consigna que recientemente se han realizado actividades de desmovilización de niños soldados durante los conflictos en Colombia, la República Democrática del Congo, Sierra Leona, Sri Lanka y el Sudán.

En el Tercer Informe de 2002, figura por primera vez como Anexo una lista de países cuya situación se encuentra incluida en la Agenda del Consejo de Seguridad (Afganistán, Burundi, Congo, Liberia y Somalia) en donde las partes en conflictos armados reclutan o utilizan niños.

En el Cuarto Informe aparecen dos Anexos. En el I, relativo a los países cuya situación está siendo conocida por el Consejo de Seguridad, se agrega a Costa de Marfil y en el II, relativo a otros países, cuya situación no forma parte de la agenda del Consejo de Seguridad, pero en los cuales existen conflictos armados en los cuales las partes reclutan o utilizan niños figuran Rusia, Colombia, Myanmar, Nepal, Filipinas, Irlanda del Norte, Sri Lanka, Sudán y Uganda.

En el Quinto Informe de 2005, continúan figurando los Anexos I y II con ciertas modificaciones. En el I se excluye Afganistán respecto del cual se señala que la utilización de niños ha disminuido considerablemente y del II salen Rusia e Irlanda del Norte por considerar que las situaciones de violencia vividas en dichos países no correspondían a la noción de conflicto armado y por ello, pese a tratarse de situaciones en las que los niños se veían afectados no era dable que fueran incluidas en los anexos que hacían referencia precisamente a la noción de conflicto armado fuera éste de carácter internacional o no internacional.

Este punto resulta de particular importancia, pues los argumentos empleados por Rusia e Irlanda que fueron de recibo y en virtud de los cuales su situación no volvió a ser mencionada en los Anexos al Informe del Secretario General, han sido esgrimidos por otros países menos fuertes políticamente y los resultados no han sido los mismos.

En el Quinto Informe, se modifica además, el título del II Anexo al que ahora se denomina: *“Lista de las partes que reclutan o utilizan niños en situaciones de conflicto armado que no figuran entre los temas de que se ocupa el Consejo de Seguridad o en otras situaciones que constituyen motivo de preocupación, teniendo presentes otras infracciones y abusos cometidos contra niños”*.

El Informe observa, adicionalmente, que en los anexos los países no figuran como tales y sólo se mencionan para ubicar la localidad o la situación en que las partes infractoras cometen las infracciones, y que el propósito de las listas es identificar a las partes en un conflicto que han cometido infracciones graves contra niños.

El informe señala que entre las medidas a adoptar, como consecuencia del informe, podrían estar desde el llamamiento para que se cumplan los compromisos hasta la condena, llegando incluso a la aplicación de medidas específicas (sanciones).

En el Sexto Informe de octubre de 2006, el Secretario señala que si bien se han hecho progresos respecto de la protección de los niños en varias situaciones de conflicto armado, han surgido otras motivo de preocupación. Entre ellas destaca el aumento de la violencia en el Oriente Medio, el

Líbano, Israel y los territorios palestinos ocupados, que dieron como resultado miles de niños víctimas.

En su más reciente informe, presentado a finales del año 2007, el Secretario General señala, entre otros asuntos, la estrecha relación existente entre el reclutamiento de niños y el desplazamiento interno, como los niños y las niñas durante un conflicto son blanco de diversas formas de violencia sexual y de género y el aumento de los ataques sistemáticos y deliberados contra estudiantes, maestros y centros escolares,

Una vez contextualizada la importancia que año tras año ha ido tomando para el Consejo de Seguridad el asunto de los niños en conflicto, es menester pasar a referirse, en concreto, al mecanismo de supervisión y presentación de informes y al Grupo de Trabajo del Consejo de Seguridad, creados por la Resolución 1612 de 2005.

Como resultado de la información allegada por el Secretario General en estos informes y frente a la creciente problemática de los niños en los conflictos armados, el Consejo de Seguridad mediante Resolución 1539 (2004) pidió al Secretario General preparar un plan de acción para un mecanismo de vigilancia y presentación de informes, el cual fuera presentado por el Secretario en su quinto informe.

Este plan de acción fue finalmente aprobado mediante la Resolución 1612 (2005) del Consejo de Seguridad, mediante la cual el Consejo pide al Secretario General poner en marcha el mecanismo de supervisión y presentación de informes en relación con las partes en las situaciones enumeradas en los anexos del informe del Secretario General. De igual manera, estableció un Grupo de Trabajo, integrado por todos sus miembros para examinar los informes del Mecanismo.

Para estos informes se tienen presentes cinco categorías de infracciones graves en contra de los niños además del reclutamiento y utilización de niños, a saber, el asesinato o mutilación, los ataques contra escuelas y hospitales, lugares en los que la presencia de niños es evidente, la violación de niños y su sometimiento a otros actos graves de violencia sexual, el secuestro, y la denegación de acceso a la asistencia humanitaria para los niños.

La finalidad de establecer un mecanismo de vigilancia y presentación de informes es, en principio, promover la recopilación sistemática de información sobre las infracciones graves de que son objeto los niños en las situaciones de conflictos armados, que conduzca a una respuesta eficaz para asegurar el cumplimiento de las normas locales e internacionales que protegen a los niños afectados por los conflictos armados. Sin embargo, como se señala más adelante, la aplicación práctica del mecanismo parece dejar entrever que más allá de perseguir la materialización de este objetivo primario, el propósito cardinal es hacer señalamientos en contra de determinados países por motivos principalmente políticos.

El mecanismo funciona en tres niveles principales:

- Reunión de información, coordinación y acción en el país
- Coordinación, examen e integración de la información y preparación de informes anuales respecto de los países, informes mensuales sobre los acontecimientos pertinentes e

- informes de alerta, según sea necesario.
- Medidas concretas para asegurar el cumplimiento.

En cada uno de los países objeto del mecanismo se crea un equipo especial de vigilancia y presentación de informes, en los casos en que es posible, a partir de las “redes de protección de la infancia” existentes sobre el terreno”, con el fin de recopilar la información necesaria sobre la situación de los menores en relación con las seis infracciones que contempla la Resolución 1612.

La función del equipo especial de vigilancia y presentación de informes es la de recabar, examinar e integrar la información sobre el terreno y presentar sus informes a los Representantes Especiales del Secretario General o a los coordinadores residentes en el país, quienes, a su vez, los transmitirán a la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados.

El reclutamiento de niños, entre el DIH y el Derechos Internacional de los DDHH

Pese a que como lo señala el Estatuto de Roma el reclutamiento de menores es un crimen de guerra y, en consecuencia, se refiere al marco de aplicación del Derechos Internacional Humanitario, esto es, el de los conflictos armados, la protección de los niños, las niñas y los adolescentes en los conflictos armados ha sobrepasado los límites del DIH y es materia de instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, la Convención de los Derechos del Niño, su Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo que no son propiamente instrumentos del Derecho Internacional Humanitario se han ocupado del tema, lo que, podría decirse, ha llevado a la creación de un derecho mixto en materia de la participación de los niños en los conflictos armados que está compuesto tanto por normas del Derechos Internacional Humanitario como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esta mixtura de normas no está libre de dificultades en su aplicación y en su interpretación, lo que tiene consecuencias directas en la protección de los niños, las niñas y los adolescentes y sobre todo ha creado un clima de inseguridad jurídica que desdibuja el DIH, con repercusiones, muy seguramente, de un lado, en el juzgamiento y condena del crimen a la luz del Estatuto de Roma y, del otro, en la aplicación del mecanismo de supervisión al que alude la Resolución 1612 (2005) del Consejo de Seguridad.

Dificultades propias de un marco normativo inestable

Dos dificultades principales se presentan con esta *mixtura normativa*.

La primera tiene que ver con el límite de edad respecto del cual se considera que el reclutamiento no es lícito tanto a la luz del Derecho Penal Internacional contemplado en el Estatuto de Roma como de la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad y, la segunda con la

definición de *grupos armados* al interior del DIH y su concepción en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dando como resultado que con el mismo *nomen* se describan objetos distintos y por lo mismo, bajo la excusa del DIH y conforme normas que no han tenido respaldo de los Estados se exceda dicho DIH. En conclusión, se trataría de una superación del DIH que lejos de ser el resultado del consenso estatal, ha aparecido como parte de teorías que terminan imponiéndose como parte del juego político, que no aplica los mismos estándares a todos.

El reclutamiento y utilización de niños. Límite de edad

Pues bien, de conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales y el Estatuto de la Corte Penal Internacional el reclutamiento de menores de 15 años de edad es una conducta objeto de reproche, no así las de aquellos jóvenes que se encuentren entre los 15 y los 18 años, quienes pueden ser reclutados pero son objeto de protección especial respecto de la participación directa en las hostilidades. Sin embargo, de acuerdo con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, este límite de edad asciende a los 18 años.

Ahora bien, mientras el Derecho Internacional Humanitario puede considerarse como un derecho universal, el Protocolo Facultativo sólo es aplicable respecto de los Estados que lo han ratificado, de manera que no puede en este momento sostenerse que el reclutamiento de niños mayores de 15 años y menores de 18 pueda considerarse *per se* una conducta universalmente reprochable.

En ese sentido, podría afirmarse que cuando la Resolución 1612 (2005) del Consejo de Seguridad se refiere al reclutamiento y utilización de niños no podría hacerlo fuera del Derecho Internacional Humanitario y, en consecuencia, sólo se referiría a aquellos menores de 15 años de edad. No obstante, el párrafo preambular 8 de la Resolución 1612 (2005) señala:

*(...) la presente resolución no pretende determinar desde un punto de vista jurídico si las situaciones a que se hace referencia en ese informe (alude al Informe del Secretario General sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados) son o no conflictos armados en el contexto de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales (...)*²

Si no se determina la existencia de un conflicto armado ¿cómo establecer, como lo hace el informe del Secretario General o la misma aplicación del mecanismo de supervisión, que se está en presencia de reclutamiento de menores y no de otra conducta?. Y si no se tiene claro el marco jurídico aplicable, el límite de edad contemplado en el Derecho Internacional Humanitario para referirse al reclutamiento de menores de edad puede no ser considerado, en ese caso, podría acudir al límite consagrado en el Protocolo Facultativo de la Convención

² Recuérdese que esta Resolución es posterior al Informe del Secretario General mediante el cual se excluyen dos situaciones del Anexo II a su informe, por considerar que no correspondían a la noción de conflicto armado y recuérdese también que entre los países excluidos en aquella ocasión se encuentra Rusia, miembro permanente del Consejo de Seguridad.

de los Derechos del Niño, haciendo aplicable a un Estado un instrumento que incluso no ha ratificado.

La definición de grupos armados conforme el DIH

El Derecho Internacional Humanitario se aplica a las situaciones de conflicto armado, pero ni los Convenios de Ginebra ni sus Protocolos adicionales contienen una definición puntual de dicho término.

Al respecto, es importante considerar que el concepto de conflicto armado no es el mismo si se trata de un conflicto armado internacional o de un conflicto armado no internacional, pues las características de uno y otro son disímiles.

En el primer caso (artículo 2 Convenios de Ginebra), se entiende por "*conflicto*" toda diferencia surgida entre dos o varios Estados que provoca la intervención de las fuerzas armadas de los mismos.

Para la caracterización de este tipo de conflictos no se tiene en cuenta la duración del mismo ni si se da o no un uso abierto de las armas basta con que se den actos que puedan ser definidos como actos de violencia. De manera que incluso un incidente fronterizo podría llegar a ser catalogado como un conflicto armado internacional.

En el segundo evento, esto es, en el caso de un conflicto armado no internacional, el concepto de conflicto armado es más complejo. Pese a que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra no precisa dicho concepto, en concordancia con el Protocolo II, deben reunirse diversas condiciones:

- 1 Se debe desarrollar en el territorio de una Alta Parte Contratante
- 2 La existencia de un enfrentamiento entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados o entre éstos últimos entre sí;
- 3 La existencia de un mando responsable en el seno de los grupos armados o las fuerzas armadas disidentes;
- 4 El control de una parte del territorio; por estos grupos.
- 5 El carácter sostenido y concertado de las operaciones militares y;
- 6 La capacidad de los grupos armados para aplicar el Protocolo II.

El numeral 2 del artículo 1 del Protocolo II se expresa que "*(...) las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos (...)*" no son conflictos armados a la luz del Derecho Internacional Humanitario.

Como consecuencia de lo anterior, esto es, como quiera que estas formas de violencia no

alcanzan el umbral para ser considerados conflictos armados no internacionales, a las mismas no les es aplicable el Derecho Internacional Humanitario y son normalmente reprimidas por las autoridades policiales.

Ahora bien, en el marco de un conflicto armado no internacional es necesario tener en cuenta qué se entiende por grupos armados distintos a las fuerzas armadas nacionales. En ese sentido, es importante definir, en primer lugar, lo que significa ser "*parte en el conflicto*", cuyo contenido varía según se trate de conflictos armados internacionales o conflictos armados no internacionales.

En los conflictos armados internacionales, las partes en el conflicto son las "*Altas Partes Contratantes*" en el sentido de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales. Las fuerzas armadas de estas Partes están definidas en diversas disposiciones del Derecho Internacional Humanitario. Por lo demás, conforme el numeral 4 del artículo 1 del Protocolo I el concepto de "*parte*" en los conflictos internacionales se extiende a los pueblos que luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Así las cosas, las partes en un conflicto armado internacional son los Estados sujetos del derecho internacional, esto es, susceptibles de adquirir obligaciones y reclamar derechos, y los combatientes miembros de formaciones orgánicamente dependientes del mismo.

A diferencia de lo que ocurre en los conflictos internacionales, en los de carácter no internacional, no todas las "*partes en el conflicto*" son sujetos de derecho internacional, de la manera como se señaló en el párrafo anterior..

De acuerdo con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, existe un conflicto de carácter no internacional incluso en los casos en que ninguna fuerza armada gubernamental es parte en el conflicto, es decir cuando se enfrentan varias grupos.

El Protocolo II, que se aplica a los conflictos armados no internacionales, es más preciso. En efecto, de acuerdo con el mismo, estos conflictos tienen lugar entre las fuerzas armadas de una Alta Parte Contratante y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados.

Las fuerzas armadas disidentes se refieren a las fuerzas armadas que se sublevaron contra las que siguen siendo leales al gobierno y al igual que los grupos armados se definen a partir de los siguientes criterios.

- 1 Mando responsable. Implica que la organización cuente con una cierta organización. Esto no significa necesariamente que su sistema jerárquico tenga los mismos alcances que el de las fuerzas nacionales. Sin embargo, sí debe contar con una organización suficiente para llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas e imponer una disciplina a sus miembros.
- 2 Control sobre una parte del territorio. Por control se entiende el dominio de una parte del territorio de la Alta Parte Contratante sin que exista un criterio específico que se refiera al tamaño o características que deba tener la parte de territorio aludida. Con todo, en

concordancia con el criterio anterior, el control de dicho territorio debe ser suficiente para poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

3. Carácter sostenido y concertado de las operaciones militares. Con esto se alude a un criterio objetivo que no tiene en cuenta ni la duración ni la intensidad de las operaciones sino que se refiere más a la preparación de la que las mismas son objeto. Así las cosas, no puede tratarse de operaciones esporádicas sino de actos preconcebidos por grupos armados organizados que podrán, por tanto, funcionar en forma concertada.
4. Capacidad de aplicar el Protocolo II. Se trata del criterio fundamental que justifica los otros elementos de la definición.

Puestas así las cosas, sería coherente afirmar que como sujeto activo del crimen de reclutamiento de niños, en el caso de conflictos de carácter no internacional y, en ese sentido, en el evento de grupos armados organizados, conforme al Derecho Internacional Humanitario, tendría que señalarse a miembros de aquellos grupos que reunieran las características que el DIH ha establecido.

No podría entonces, endilgársele el crimen de reclutamiento a miembros de organizaciones criminales de delincuencia común que no cumplen las características señaladas y mucho menos podrán considerarse partes en el marco de un conflicto armado no internacional, aun cuando su actuar se dé en medio de la existencia de un conflicto de este orden.

En el mismo sentido, si el Derecho Internacional Humanitario es el que finalmente nutre y justifica la aparición del delito de reclutamiento de niños en el Estatuto de Roma y, desde luego, su reproche en el seno del Consejo de Seguridad vía la Resolución 1612 (2005), lo obvio sería que estas mismas consideraciones fueran aplicables tanto para la elaboración que anualmente hace el Secretario General de Naciones Unidas de su informe sobre la cuestión de los niños y los conflictos, como en la aplicación del mecanismo de supervisión y presentación de informes. Sin embargo, la práctica demuestra todo lo contrario, resultado quizá del carácter político de este organismo y de las desigualdades propias de la diversidad que caracteriza a los miembros de las Naciones Unidas.

En efecto, en el seno del Grupo de Trabajo del Consejo de Seguridad creado en virtud de la Resolución 1612 (2005) y en la Oficina del Secretario General y por tanto de su Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados, está haciendo carrera una teoría según la cual “*la naturaleza cambiante de los conflictos*” ha hecho anacrónica la caracterización que el Derecho Internacional Humanitario ha hecho de los grupos armados organizados.

Con esta teoría, los grupos de delincuencia organizada que, por ejemplo, se dedican de manera exclusiva al negocio del narcotráfico o de la delincuencia común para lo que emplean niños, pueden llegar a ser catalogados como partes en un conflicto y por lo mismo, se les puede imputar el haber incurrido en reclutamiento de niños. Por supuesto esta teoría hace caso omiso del precedente que constituye la salida de Irlanda y Rusia de los Anexos al Informe del Secretario General sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados y la

argumentación que dio lugar a ello.

Al respecto, es interesante ver cómo en primer lugar, se parte del Derecho Internacional Humanitario, de nociones que le son propias, para luego distanciarse y crear nuevas categorías sin que los Estados participen en la creación de estas “*normas*”, las cuales, por lo demás, bajo la bandera de la defensa y protección de los derechos de los niños son aplicadas de manera desigual para los diferentes Estados³.

Resulta importante señalar, en este mismo sentido, como esta tesis, además, se está abriendo camino en el Comité de los Derechos del Niños respecto de los informes que deben presentar los Estados de acuerdo con el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. En efecto, en una reciente visita a Colombia de la Rosa María Ortiz actual miembro de dicho Comité y Norberto Liwski, miembro hasta hace poco del mismo, se señaló la discusión que al respecto se ha venido dando y como cada día el Comité es más participe de incluir a este tipo de organizaciones como partes en los conflictos y en esa medida como responsables de reclutamiento.

Parecería entonces con esto que los conflictos sociales poco a poco serán identificados con los conflictos armados y cualquier pandilla compuesta por niños podrá ser señalada como parte sin que cumpla ninguno de los requisitos señalados por el Derecho Internacional Humanitario. Desde luego, según el curso actual de los acontecimientos es previsible que este tipo de agrupaciones, que existen tanto en los países desarrollados como en los que no, no serán señaladas en igual forma ni con la misma vehemencia por el poder político que ostentan los primeros⁴ frente a los demás.

Por lo demás, el señalamiento de este tipo de organizaciones aleja la atención de los verdaderos grupos armados que, como lo señala con toda razón el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, utilizan profusamente en las hostilidades a niños, tanto directa como indirectamente.

La “*naturaleza cambiante de los conflictos armados*” fue abordada por primera vez en 1995 por Boutros Boutros-Ghali, entonces Secretario General de las Naciones Unidas pero únicamente referido al ‘microdesarme’, esto es, a la nueva variedad de armas usadas en los conflictos, la mayoría de ellas pequeñas y portátiles, con una gran capacidad de destrucción. Sin embargo, dicho concepto no fue abordado para desestimar el alcance de las definiciones que sobre conflicto armado y parte establece el Derecho Internacional Humanitario.

Ahora, si bien existen normas del Derecho Internacional Humanitario que tienen un carácter flexible como podría ser el principio de proporcionalidad, por ejemplo, no es dable predicar lo mismo respecto de otras normas como las que se refieren a la caracterización de los conflictos y de las partes intervinientes en los mismos que son la piedra angular del mismo. Si se considera que la naturaleza cambiante de los conflictos implica una revisión del Derecho Internacional Humanitario, lo propio sería propiciar dicha revisión de acuerdo con los procedimientos

³ Todo esto con el amparo del párrafo preambular 8 de la Resolución 1612 (2005) arriba citado.

⁴ Algunos podrían defender que pese a la perversión que del Derecho Internacional Humanitario implica esta tesis, no sería tan inaudita si la misma se aplicará por igual a todos los Estados.

universalmente aceptados de producción del mismo y no bajo la imposición de ciertas concepciones respecto de situaciones particulares.

¿Cómo remitir a la Corte Penal Internacional o incluir como partes en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas o de su Representante Especial en el marco de la aplicación de la Resolución 1612 (2005) grupos que, por definición, no pueden ser partes en un conflicto?.

Y si se trata de una norma con poca claridad tanto en su formulación como en su formación, ¿qué garantiza que se aplique de manera uniforme a todos los Estados? ¿Qué seguridad jurídica existe?.

¿Es verdaderamente su intención la protección de los derechos de los niños o, por el contrario, persiguen la imposición de mecanismos de supervisión respecto de los Estados menos poderosos en beneficio de una pequeña parte de Estados?. Estos son interrogantes que deben ser resueltos en aras de contar con transparencia al respecto. Mientras estas dudas persistan, no se garantice la horizontalidad de la *normativa* creada y no sean claros los motivos que guían estas modificaciones teóricas sin la participación paritaria de los Estados, no puede permitirse que se aplique este tipo de teorías.

Todo lo anterior, muestra la urgencia de precisar la noción del reclutamiento de menores, sus características y sus alcances tanto en el marco del Derecho Penal Internacional como del Derechos Internacional Humanitario y desde luego, en el ámbito de las Naciones Unidas y del Consejo de Seguridad.

Bibliografía

AMBOS, Kai, *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional*. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2007.

AMBOS, Kai, *Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. En: Revista Diálogo Político. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. Año XXI - N° 3 - Septiembre, 2004, p. 85-115.

AMBOS, Kai, *Dificultades Jurídicas y Políticas para la Ratificación o Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2006.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución N° 1261 de 1999.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución N° 1539 de 2004.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución N° 1612 de 2005.

Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y de la Acción Inmediata para su Eliminación de 2000.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Adoptado el 17 de julio de 1998. U.N. DOC. A/CONF.183/9 (1998).

Informe 2007 de las actividades de la Corte Penal Internacional. En: http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-6-18_Spanish.pdf

JUNOD, Sylvie-Stoyanka (et. al.), traducido del francés por José Chocomeli Lera. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*. Bogotá, Plaza y Janés Editores, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

LIROLA DELGADO, María Isabel (et. al.). *La Corte Penal internacional: Justicia versus impunidad*. Ariel Derecho, 2001.

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 54/263 de 25 de mayo de 2000, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados*.

Resumen informal de las primeras audiencias y vistas de confirmación de cargos en el caso Lubanga. En: http://www.iccnw.org/documents/SummaryLubangaHearing06-917_sp.pdf

SANTALLA VARGAS, Elizabeth. *Convergencias y divergencias: Derecho Internacional de los*

Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con Relación al Conflicto Armado. En: Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario, OEA-Washington DC, 2007.

SANTOS CALDERÓN, Juan Manuel. *La guerre atroce des FARC contre les enfants de Colombia.* En: Le Figaro, http://www.lefigaro.fr/debats/2007/02/07/01005-20070207ARTFIG90022-la_guerre_atroce_des_farc_contre_les_enfants_de_colombie.php

Séptimo Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la cuestión de los niños y los conflictos armados. A/62/609-S/2007/757

VALENCIA VILLA, Alejandro. *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos, Infracciones en el conflicto armado colombiano.* Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, 2007.

VARGAS SILVA, Clara Inés. *Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Bogotá, Temis, 2004.