



Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

**“La infancia en el contexto de un conflicto
armado”**

Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho

Alejandro José Arce Ureña

San José, Costa Rica

2008

**“La infancia en el contexto de un
conflicto armado”**

DEDICATORIA

Este trabajo, está dedicado con profundo cariño a cientos de miles de niños soldado alrededor del mundo, a quienes sin comprender las causas de un conflicto armado, la guerra les priva de su infancia.

A la mujer que me trajo a este mundo y a mi sobrinita, símbolo de las futuras generaciones.

AGRADECIMIENTO

Inicialmente, debo un especial agradecimiento al director José Thompson Jiménez, profesor de la Cátedra de Derecho Internacional Público, por haber motivado mi interés en la materia y llevar a cabo el presente trabajo final de graduación. Su interés mostrado desde el comienzo y la rigurosa orientación brindada durante la investigación, son reflejo de un trabajo consciente en brindar de una manera seria, la realidad que atormenta a miles de niños y niñas alrededor del mundo en el contexto de un conflicto armado.

Por otro lado, agradezco al Dr. Alvaro Burgos Mata y al Lic. Gonzalo Monge Núñez, quienes se mantuvieron al tanto de la investigación y me brindaron toda su colaboración durante la misma.

Finalmente, a mis padres, a mis hermanos, a Catalina y a Lulita, un especial agradecimiento por el amor, la confianza, el apoyo y el aprecio brindado siempre, y a todas aquellas personas que han influido en mi vida, pues ahora forman parte de mi destino.

INDICE

INTRODUCCION	1
TITULO PRIMERO.....	7
LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA Y LAS CONDICIONES DE LA INFANCIA ANTE UN CONFLICTO ARMADO.....	7
CAPITULO PRIMERO.- LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA Y LAS SITUACIONES DE CONFLICTO	7
SECCION I.- Antecedentes.....	7
A.- Origen.....	7
B.- Características y principios	9
SECCION II.- Protección Internacional de la Persona.....	12
A.- Derechos Internacional de los Derechos Humanos.....	12
i) Antecedentes.....	13
ii) Características y diferenciación con el derecho internacional humanitario	14
iii) Universalismo y Regionalismo.....	16
B.- Derecho Internacional Humanitario.....	18
i) Ámbito de aplicación.....	18
ii) Características	22
C.- Derecho Internacional de Refugiados.....	23
i) Ámbito de aplicación.....	25
ii) Características	25
SECCION III.- Derecho de los Conflictos Armados	26

A.- Noción de Conflicto Armado Internacional.....	27
B.- Calificación de un Conflicto Armado	29
C.- Protección de los Heridos, los Enfermos y los Náufragos....	30
i) Principales normas internacionales.....	31
ii) Otras formas de protección	32
D.- Protección de los Prisioneros de Guerra	33
i) Principales normas internacionales y su importancia	34
E.- Protección de la Población Civil.....	35
i) Antecedentes.....	36
ii) Protección Especial a los Niños y a las Niñas	38
CAPITULO SEGUNDO.- LA INFANCIA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL.....	40
SECCION I.- Definición de la Infancia	40
SECCION II.- Importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.....	41
CAPITULO TERCERO.- NORMAS BASICAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLES A LA INFANCIA	44
A.- Generalidades	44
i) Introducción	44
ii) Ámbito de Aplicación	45
B.- Instrumentos Internacionales aprobados.....	47
SECCION I.- Instrumentos de Derecho Internacional Humanitario en Sentido Estricto	48
i) III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949.....	48

ii) IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas en tiempos de guerra de 1949.....	49
iii) Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977	51
iv) Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977	53
SECCION II.- Otros Instrumentos Internacionales Aplicables.....	54
i) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989	54
ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	55
iii) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.....	56
iv) Carta Africana de los derechos y del bienestar del niño africano de 1990	57
v) Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia a partir de 1991	58
vi) Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda de 1994.....	58
vii) Convenio No. 182 de la O.I.T. sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de 1999	59
viii) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del año 2000	59
SECCION III.- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el Derecho Penal Internacional.....	61

i) Antecedentes	62
ii) Protección especial de los niños y las niñas según el Estatuto	63
TITULO SEGUNDO	66
CONSECUENCIAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SOBRE LA INFANCIA	66
CAPITULO CUARTO.- PRINCIPALES AMENAZAS DE LA GUERRA	66
SECCION I.- INCIDENCIA DIRECTA E INDIRECTA	68
A.- Conflictos Armados	68
i) Niños y niñas combatientes.....	69
ii) Niños y niñas refugiados y desplazados del interior	72
iii) Niñas y niñas que son víctimas de violencia sexual, malos tratos y explotación.....	74
iv) Niños y niñas que son víctimas de los restos de explosivos de la guerra.....	76
B.- Pobreza	78
C.- Salud y Nutrición	80
D.- Educación.....	82
SECCION II.- LOGROS ALCANZADOS Y NUEVOS RETOS	85
A.- Consenso mundial en torno a la protección de la infancia	86
B.- Apertura del espacio penal internacional a partir del funcionamiento de la Corte Penal Internacional.....	93
i) El Caso “El Fiscal vrs. Thomas Lubanga Dyilo”	96
ii) Responsabilidad penal de los menores.....	101
CONCLUSIONES.....	105
BIBLIOGRAFIA	112

INTRODUCCION

El mundo entero es hoy testigo de las atrocidades que se cometen durante el desarrollo de un conflicto armado, en el cual la misma población civil se ha convertido en un objetivo de guerra per se.

En los conflictos armados contemporáneos, es difícil distinguir entre combatientes y civiles por la misma naturaleza que ha adoptado la guerra, la cual ha cambiado los campos de batalla por las ciudades y los soldados se entremezclan dentro de la población sin ni siquiera ser identificados.

Al ser la guerra un fenómeno que se disputa hoy en mayor grado dentro del territorio de un mismo país y no entre estados, es fácil entender por qué en la mayoría de las ocasiones la cantidad de víctimas civiles es mayor que la de combatientes durante el enfrentamiento, alcanzando la cifra de más de 3,6 millones de víctimas en todo el mundo. Lo que es aún más triste, es saber a través de estudios recientes que dentro de esa cifra casi la mitad son niños y niñas inocentes, que pagan con sus vidas por un hecho por el cual no son responsables, y sin embargo, les priva de su infancia al ser los más vulnerables por estar expuestos a sus consecuencias letales.

Los efectos perniciosos de la guerra no terminan ahí; en ocasiones, millones de niños y niñas se ven obligados a huir de sus hogares por la fuerza, otros se convierten en testigos de las atrocidades que se cometen o son víctimas de maltratos, abusos o violencia sexual y cientos de miles se ven obligados a cometer ellos mismos crímenes de guerra, pues son reclutados de

manera forzada o “voluntaria” para convertirse en soldados al frente de un conflicto.

Ante esta desafortunada realidad, la infancia de esos niños se sumerge en la incertidumbre por encontrar una respuesta inmediata a su situación y al resguardo de sus derechos, y nace entonces una gran interrogativa acerca de cuál es la función que vienen desempeñando los instrumentos internacionales creados con ese fin y si son realmente eficaces en su función por mitigar las amenazas que ponen en peligro el futuro de todos esos niños y niñas.

Particularmente, el Derecho Internacional Humanitario con base a esa normativa ha asignado dos tipos de protección a los menores. La Protección General que postula que los niños – al igual que cualquier otro civil – no deben sufrir ningún daño cuando se encuentren bajo el poder de una de las partes en conflicto. Paralelamente, la Protección Especial, creada por la particular vulnerabilidad de los niños y niñas ante una situación de conflicto.

Por ello, a través esta investigación se pretende plasmar por medio del desarrollo de cada uno de los objetivos formulados, cuál ha sido la evolución histórica que ha tenido la protección internacional de la persona hasta llegar a las diversas situaciones de conflicto, que indudablemente han puesto de relieve la necesidad de crear una protección especializada a favor de toda la infancia, y particularmente, en el contexto de un conflicto armado.

Por otro lado, poniendo especial énfasis en la importancia sobre las repercusiones que trajo la Convención sobre los Derechos de Niño, al ser éste el primer instrumento internacional en considerar los derechos de la niñez

como una exigencia con fuerza jurídica obligatoria, es importante analizar todo el marco jurídico existente que nace a partir de ese hecho, y establecer las características básicas comunes de aquellas normas de Derecho Internacional Humanitario que de forma general o especial, directa o indirecta, confieren a los niños y las niñas un mínimo de protección contra la amenaza que representa la guerra hoy.

Finalmente, en un último capítulo se analizan las principales consecuencias que tiene la guerra sobre la infancia, demostrando a través de hechos y cifras la nefasta incidencia que pesa sobre niños y niñas que se ven imbuidos día con día en esa situación, y que pocas veces logran comprender, dado a que su origen es cosa de adultos, pero que, de acuerdo con la realidad, al final de cuentas son quienes pagan con su infancia en mayor grado que con la que lo hacen los adultos.

No se omite en indicar desde ya, que habiéndose desarrollado logros significativos en procura de construir un mejor mañana para niños y niñas, los retos por alcanzar son aún mayores, si lo que se pretende es reducir la brecha entre la realidad que enfrentan todos esos niños y el ideal buscado para las futuras generaciones.

1.- PROBLEMA

1.1.- ¿Habiendo tantos tratados y convenios internacionales que regulan la condición de la infancia en el contexto de un conflicto armado, siendo aprobados por la mayoría de países alrededor del mundo, cómo se explica la situación de que hoy, cientos de miles de niños y niñas sigan

atrapados en un conflicto como combatientes, y las cifras de niños desplazados de sus hogares y comunidades, niñas víctimas de abuso y violencia sexual, así como la mortalidad infantil de menores de 5 años, aumente de forma desproporcionada como consecuencia de la guerra?

1.2.- ¿Cómo reducir la brecha que existe entre el ideal que persigue la Convención sobre los Derechos del Niño y la realidad que pone en peligro el futuro de millones de niños y niñas alrededor del mundo?

2.- OBJETIVOS

2.1.- OBJETIVO GENERAL:

“Determinar la efectividad o no de las normas generales de Derecho Internacional Humanitario relativas a la protección de la población civil en general, los combatientes y personas fuera de combate, así como las normas que confieren protección especial a los niños y las niñas en el contexto de un conflicto armado”.

2.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

2.2.1.- Estudiar la evolución histórica sobre la protección internacional de la persona humana y las situaciones de conflicto.

2.2.2.- Analizar las repercusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño con miras a consolidar los derechos de la niñez.

2.2.3.- Estudiar las características básicas comunes de las principales normas internacionales que resguardan los intereses de los niños y niñas al tenor de un conflicto armado.

2.2.4.- Analizar las principales consecuencias de la guerra sobre la infancia.

3.- HIPÓTESIS

“Habiendo instrumentos internacionales suficientes que prohíben el reclutamiento de niños y niñas combatientes, la falta de denuncia y los obstáculos que oponen los Estados a la aplicación de los mismos, hacen que dichas normas no se hayan traducido a una aplicación efectiva desde su aprobación”.

4.- METODOLOGÍA

Se llevará a cabo una observación documental a través del método clásico de análisis de los documentos utilizados. Para lo anterior, se hará el estudio y análisis del material bibliográfico y se utilizará el análisis jurídico como método para analizar la legislación existente.

5.- ESTRUCTURA

El presente trabajo se compone de dos Títulos principales. Cada uno de ellos divididos en capítulos y estos a su vez subdivididos en secciones. En el Primer Título, se analiza la Protección Internacional de la Persona Humana y las Situaciones de Conflicto, estudiando las características más relevantes de

cada una de las vertientes de protección de la persona humana pasando luego a analizar lo que se conoce en derecho internacional como Derecho de los Conflictos Armados. En el Segundo Capítulo, se analizará la Infancia ante el Derecho Internacional, tomando como punto de partida la Convención sobre los Derechos del Niño y las repercusiones que ésta trajo dentro del concierto internacional. Seguido a ello, el Tercer Capítulo, se centra básicamente en analizar cuáles son las principales normas de derecho internacional humanitario, que en sentido estricto o general, resguardan la protección de la infancia ante un conflicto armado. Destaca a su vez, la preponderancia que trae consigo la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dentro del Derecho Penal Internacional, lógicamente en lo que a la protección especial de los niños y las niñas se refiere.

Por último, en el Segundo Título y bajo un único capítulo, se analizarán las principales consecuencias de la guerra sobre la infancia, ya sea en forma directa o indirecta, para poder determinar con base en ellas, cuáles han sido los principales logros hasta ahora alcanzados y los retos aún por cumplir.

TITULO PRIMERO

LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA Y LAS CONDICIONES DE LA INFANCIA ANTE UN CONFLICTO ARMADO

CAPITULO PRIMERO.- LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA Y LAS SITUACIONES DE CONFLICTO

SECCION I.- Antecedentes

A.- Origen

El origen del Derecho Internacional Humanitario suele remontarse al año 1864¹, que corresponde a la creación del primer instrumento multilateral del Derecho Internacional Humanitario sea este el Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864. No obstante, los conceptos básicos de ese derecho ya existían tanto a nivel consuetudinario como a través de tratados bilaterales que contenían reglas de naturaleza humanitaria².

¹ Swinarski, Christophe. 1990. Principales nociones e instrumentos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana, San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; pág. 16.

² Op. Cit. Swinarski, Christophe. Pág. 16

La necesidad de someter la relación bélica entre Estados a un régimen de derecho, para hacerla compatible con los principios fundamentales de convivencia internacional, motivó para que la normativa de las relaciones internacionales tuvieran que organizarse sobre el problema de la legalidad de la guerra. A través de la historia es notable el desarrollo de reglas que, a pesar de las diferencias de índole política, moral, cultural y socioeconómica de las diferentes civilizaciones, tenían un concepto similar respecto a los métodos y medios para conducir las hostilidades. Así, ya en la antigüedad, con las civilizaciones que surgían y que se desarrollaban separadamente, encontramos la presencia de las reglas que protegen de manera casi idéntica al combatiente o la persona afectada por el combate³, tal es el caso por ejemplo de los conflictos de la Edad Media en Europa y Medio Oriente, así como los enfrentamientos de origen confesional como lo fueron las Cruzadas o las guerras entre el Islam y la Cristiandad. Se llega pues, a la formulación del clásico derecho de la guerra como parte fundadora del derecho internacional, en lo que contempla la relación internacional bélica bajo dos aspectos: el de los procedimientos legales de entrar y de salir de la guerra de conformidad con las reglas de derecho (jus ad bellum) y el del comportamiento ya en la situación de conflicto ante las personas y los bienes que estén afectados por él (jus in bello)⁴.

³ Op Cit. Swinarski, Christophe. Pág. 14

⁴ Swinarski, Christophe. 1994. Introducción al Derecho Internacional Humanitario, San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; pág. 8

Así pues, fue el nacimiento del derecho internacional humanitario ligado al Movimiento de la Cruz Roja⁵, momento en el cual cambia completamente la situación; y en adelante los estados estarán obligados por un tratado universal aplicable en todo tiempo y circunstancia, y el Derecho Internacional Humanitario adquiere un cometido más específico al convertirse una normativa sobre el comportamiento internacional ante las situaciones de guerra, al perfilarse como un régimen general del derecho aplicable a esas situaciones en particular.

B.- Características y principios

Históricamente se enfoca en los conflictos armados entre Estados y el trato debido a personas en tiempo de conflicto así como también en situaciones de violencia en conflictos internos. Al ser el Derecho Internacional Humanitario (DIH) desarrollado de la misma forma que todo el derecho internacional, se puede citar como parte de sus características: las fuentes, sea los modos por los que sus reglas se forman o se manifiestan; tales como la costumbre internacional prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, siempre y cuando la convicción sobre la obligatoriedad jurídica de la práctica, esté confirmada precisamente por el uso constante y uniforme de la misma⁶; la jurisprudencia internacional entendida como el conjunto de reglas jurídicas que

⁵ El Comité Internacional de la Cruz Roja se fundó en el año de 1863, con él surgieron posteriormente sociedades de socorro voluntarias que con el paso del tiempo se consolidaron hasta dar origen a las sociedades nacionales de la Cruz roja y de la Media Luna Roja.

⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio. 2002. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, Madrid, España: Editorial Tecnos, Octava Edición. Pág. 69

se desprenden de las decisiones judiciales y sirven como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho⁷; los tratados internacionales definidos como todo acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular⁸; la codificación del derecho internacional u oficial por vía de tratados, que en sentido estricto significa la sistematización y formulación de las normas de Derecho Internacional en aquellas materias en que ya existía amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrina⁹; los comportamientos unilaterales de los Estados bajo tres supuestos diferenciados: el de los actos unilaterales en sentido propio o manifestaciones de voluntad de un solo Estado que crean para él obligaciones jurídicamente exigibles en el plano del Derecho Internacional, el del estoppel en virtud del cual ciertos comportamientos de un Estado producen el resultado de privación o pérdida de derechos y el caso de la aquiescencia, cuyo efecto característico es que el silencio o pasividad de un Estado frente a comportamientos de otro Estado normalmente merecedores de protesta suponen consentimiento, teniendo dichos supuestos en común, su fundamento en el principio esencial de la buena fe¹⁰; las resoluciones de las organizaciones internacionales en cuanto que implican un elemento importante de institucionalización en la elaboración de normas internacionales¹¹, la doctrina de los publicistas de mayor competencia de todas las naciones a la

⁷ Ibidem. Pág. 82

⁸ Ibidem. Pág. 88

⁹ Ibidem. Pág. 139

¹⁰ Ibidem. Pág. 144

¹¹ Ibidem. Pág. 152

cual se le atribuye formalmente la misma autoridad que a las decisiones judiciales¹², y por último, la reglamentación y otras resoluciones internacionales que de acuerdo a la equidad sean de virtual relevancia.

Otras características es que el DIH es aplicable en tiempo de conflicto armado internacional o no internacional, así como en caso de violencia interna, protege a todas las personas¹³, sean militares o civiles, en particular a los heridos, enfermos o personas detenidas en relación con los acontecimientos, el DIH protege a toda persona, incluidos los funcionarios del Estado contra las infracciones graves posiblemente cometidas por los Estados enfrentados en un conflicto internacional o en situación de violencia interna.

Cabe asimismo destacar otra característica del DIH que es la de servir de complemento internacional a las insuficiencias, las carencias y las falencias del derecho interno del propio Estado, que aparezcan a raíz de la existencia de un conflicto bélico en su territorio¹⁴. Por lo anterior, el Derecho Internacional Humanitario constituye una limitación a la soberanía del Estado, respecto a la conducción de las hostilidades y a los individuos que están implicados en las mismas¹⁵.

¹² Ibidem. Pág. 158

¹³ Función protectora, precisamente la que permite al Derecho Internacional Humanitario pretender ser el primer cuerpo de normas internacionales específicamente destinado a proteger la persona humana.

¹⁴ Op. Cit. Swinarski, Christophe. **Principales nociones e instrumentos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana**. Pág. 21

¹⁵ Nace así la dos vertientes del DIH que se denominan históricamente como el Derecho de la Haya o Derecho de la Guerra (el de limitar el recurso de la fuerza o de ciertas maneras de combatir, a ciertos métodos y medios de combate) y el Derecho de Ginebra o Derecho Humanitario (el de proteger a las víctimas del conflicto).

En materia de principios y de igual forma comunes al derecho internacional de los derechos humanos; se puede citar: *el principio de inviolabilidad de la persona* (englobando el respeto a la vida, a la integridad física y mental, y a los atributos de la personalidad), *el principio de la no discriminación* (de cualquier tipo), y *el principio de la seguridad de la persona* (abarcando la prohibición de represalias y de penas colectivas y de toma de rehenes, las garantías judiciales, la inalienabilidad de los derechos y la responsabilidad individual). Hay una identidad entre el principio básico de la garantía de los derechos humanos fundamentales en cualquier circunstancia y el principio fundamental del derecho de Ginebra según el que serán tratadas humanamente y protegidas las personas fuera de combate y las que no tomen parte directa en las hostilidades¹⁶.

SECCION II.- Protección Internacional de la Persona

Véase ahora, las tres vertientes existentes de protección internacional de la persona, las cuales si bien es cierto tienen características muy específicas de cada campo en el que se aplican, a lo largo del tiempo se han venido consolidando y reforzando entre sí.

A.- Derechos Internacional de los Derechos Humanos

¹⁶ Cançado Trindade, Antonio Augusto. (1996) “**Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos**” Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia Santa Cruz de la Sierra Bolivia, 28 al 30 de junio de 1995. Pág. 41-42

i) Antecedentes

La normativa de los Derechos Humanos, en tanto que es rama autónoma del Derecho Internacional Público con sus propios instrumentos, sus propios órganos y sus propios procedimientos de aplicación, nació a partir de la Carta de las Naciones Unidas en 1945¹⁷. Desde que, en 1948 se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, surgieron con frecuencia, confusiones acerca del respectivo ámbito de aplicación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Al respecto, la Conferencia de Derechos Humanos, convocada en Teherán en 1968 por las Naciones Unidas, en su resolución XXIII, destacó “*que la paz es la primordial condición para el pleno respeto de los derechos humanos, y que la guerra es la negación de ese derecho*”, y que por consiguiente, es muy importante procurar que las reglas humanitarias aplicables en situaciones de conflicto armado sean consideradas como reglas que son parte integrante de los derechos humanos¹⁸. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se enfoca históricamente a las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción en tiempo de paz, y tiene como objeto garantizar, en todo momento, a los individuos el disfrute de los derechos y de las libertades fundamentales y protegerlos contra las calamidades sociales.

¹⁷ Ibidem. Swinarski, Christophe. 1990. Pág. 81

¹⁸ Op. Cit. Swinarski, Christophe. 1994. Introducción al Derecho Internacional Humanitario, pág. 16

ii) Características y diferenciación con el derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario es un derecho de excepción, de urgencia, que interviene en caso de ruptura del orden jurídico internacional, mientras que los derechos humanos, aunque algunos de ellos son irrefragables en cualquier circunstancia, se aplican, sobre todo en tiempo de paz. En el derecho internacional humanitario, hay reglas más detalladas que en los derechos humanos para la protección de las personas en situaciones de conflicto armado. En cambio, en los derechos humanos figuran disposiciones que, en la práctica, son difíciles de aplicar durante un conflicto armado.

Los mecanismos de aplicación de estas dos ramas del derecho son diferentes¹⁹, aunque sean las personas humanas los beneficiarios de los derechos de la normativa humanitaria, son fundamentalmente los Estados los titulares de los derechos que en ella se estipulan, con el CICR²⁰ como sujeto sui generis. En cambio, en la esfera de los Derechos Humanos, los individuos poseen derechos propios y su titularidad los constituye en sujetos de esta rama del derecho, al mismo nivel que lo son los Estados Parte, para la gran parte de los derechos y obligaciones en él reconocidos²¹.

¹⁹ Ibidem. Swinarski, Christophe. 1994. Pág. 18

²⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja

²¹ Op. Cit. Swinarski, Christophe. 1990. **Principales nociones e instrumentos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana**. Págs. 83-84

El propósito de los Derechos Humanos es, ante todo, el de garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos personales, sociales, políticos y económicos, en tanto que, la normativa humanitario, si bien tiene como finalidad hacer posible que un ser humano, en toda su condición de persona, atraviese los peligros del conflicto armado y las situaciones de violencia, salvaguardando su integridad personal, esta no será aplicable si no es bajo esa situación de conflicto²².

Por otro lado, el mecanismo de irrefragabilidad mantiene la vigencia de los Derechos Humanos –por lo menos de su núcleo duro– en las situaciones de aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario, poniendo de relieve la concurrencia de estos dos sistemas internacionales de protección de la persona humana, debida, en mayor parte a las influencias y al impacto que tuvieron los Derechos Humanos en el proceso de elaboración de las normas de los Protocolos Adicionales. Es por eso que, las normas inderogables de los Derechos Humanos pueden aplicarse al mismo tiempo y en las mismas situaciones en que surten efectos las normas humanitarias, por lo que debemos pues, concluir que el derecho internacional humanitario y los derechos humanos son complementarios desde el punto de vista de la aplicabilidad de las normas de protección de la persona y un ámbito concurrente bajo el aspecto de los efectos jurídicos que son aptas a generar, máximo que tampoco podemos olvidar, que ambos cuerpos de reglas,

²² Bien lo define el mismo autor Christophe Swinarski, al referirse sobre los Derechos Humanos como un derecho “promocional” de la persona humana y al Derecho Internacional Humanitario como un derecho de “supervivencia” con motivo de un conflicto armado o situación de violencia.

proceden de una misma preocupación de la comunidad humana: el respeto de la dignidad humana²³.

iii) Universalismo y Regionalismo

En un tímido camino por extenderse en el derecho internacional, el reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes a la persona es un fenómeno relativamente reciente, que comenzó inicialmente a través de declaraciones que no tenían fuerza vinculante alguna y que posteriormente se conformó de un vasto número de tratados con un interés en común: la promoción y la protección de los derechos humanos. Fue así entonces, como desde su reconocimiento a nivel internacional, fue evolucionando hasta llegar a los diversos tratados y declaraciones a nivel regional.

Durante los siglos XIX y XX se operó un proceso lento, pero progresivo hacia la internacionalización de la protección de los derechos humanos que se intensificó sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial. El derecho internacional público estableció como uno de sus fines esenciales la protección de los derechos humanos y paso a paso, desde la proscripción de la trata de esclavos por los tratados de Viena de 1815, hasta la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de la ONU de diciembre de 1948, fue consagrando una

²³ Op. Cit. Swinarski, Christophe. 1994. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Págs. 17-18

normatividad internacional progresista y progresiva que ha ido creando cada vez más y mejores sistemas de protección de estos derechos²⁴. Del estudio sobre ese sistema de protección, revela la existencia de un **régimen universal** de protección de los derechos humanos, que en sentido estricto emana propiamente dentro del marco de las Naciones Unidas, y en un sentido más amplio, incluye la participación de otras agencias de Naciones Unidas tales como la OIT, UNESCO, FAO, UNICEF por mencionar algunas.

Paralelo a la protección universal que existe sobre los derechos humanos, existen **regímenes regionales** producto de las organizaciones internacionales y regionales tales como El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos a través de la Organización de los Estados Americanos, El Sistema Europeo ubicado dentro del marco del Consejo Europeo y el Sistema Africano en el marco de la Organización de la Unión Africana.

Cabe resaltar, una vez más la coexistencia de un régimen universal y de regímenes regionales, obedece a circunstancias meramente históricas y culturales, razón por la que no resulta contradictoria su existencia con la idea de la unidad de la dignidad del género humano y con la universalidad de los derechos humanos²⁵. En realidad, el sistema universal representa una suerte

²⁴ Gómez Pérez, Mara. (2002) “**La Protección Internacional de los Derechos Humanos y la Soberanía Nacional**” **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Distrito Federal, México. No. 2002, pág. 362

²⁵ El mismo Pacto de San José advierte sobre la tendencia y la coexistencia de ambos regímenes, al reconocer en su Preámbulo que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

de piso, sobre el cual está de acuerdo la comunidad internacional en su conjunto, mientras que los sistemas regionales constituyen adaptaciones que permiten entender la protección internacional, de conformidad con la idiosincrasia y las características de la región²⁶, dentro de los cuales y a través de los distintos tipos de mecanismo sean convencionales o no, se garantiza la protección de los derechos humanos.

B.- Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario es el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional y consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra (Derecho de la Haya), o que protege a las personas y a los bienes afectados (Derecho de Ginebra), o que puedan estar afectados, por el conflicto²⁷.

i) Ámbito de aplicación

Según Christophe Swinarski, la protección producto del Derecho Internacional Humanitario recae sobre tres ámbitos de aplicación, sean éstos el ámbito situacional, el ámbito temporal y el ámbito personal.

²⁶ Sepúlveda, Cesar. 1982. **Panorama de los Derechos Humanos en la América Latina: actualidad y perspectiva**, Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas No. 45. Págs. 1053 – 1062: setiembre-diciembre.1982.

²⁷ Op. Cit. Swinarski, Christophe. 1994. **Introducción al Derecho Internacional Humanitario**. Pág. 11

Dentro del ámbito situacional se debe distinguir cuatro situaciones: en los conflictos armados internacionales y no internacionales, las reglas del DIH son directamente aplicables e invocables, en tanto que en los disturbios interiores y tensiones internas, dichas reglas solo podrán ser aplicadas de forma indirecta y/o por analogía. En el caso del conflicto armado internacional y las guerras de liberación nacional²⁸, son aplicables todas las reglas del DIH presentes tanto en los Convenios de Ginebra de 1949 como en el Protocolo Adicional I de 1977, así como todas las reglas consuetudinarias, en la medida que exista un estado de beligerancia entre las dos partes en conflictos. En cuanto al conflicto armado no internacional, basta que el mismo se desarrolle dentro del territorio de un Estado entre dos grupos debidamente identificados, para que le sean aplicables los Convenios de Ginebra de 1949 de conformidad con el artículo 3 común a todos ellos, y en consecuencia de forma complementaria le sea aplicables e invocables las normas del Protocolo Adicional II de 1977. Por su parte, respecto a las dos situaciones en la que se puede invocar el DIH no obstante su aplicación se da mediante la analogía, sea el caso de los disturbios interiores y las tensiones internas²⁹, en ambos casos

²⁸ Se trata de las guerras donde los pueblos luchan contra una dominación colonial o la ocupación extranjera, y contra los regimenes racistas, con el propósito de alcanzar la independencia política. El carácter internacional de estos conflictos armados fue dado por vía interpretativa del principio fundamental de autodeterminación de los pueblos consagrado a través de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁹ Disturbios interiores, se trata de enfrentamientos de cierta gravedad que implican actos de violencia, y que no necesariamente desencadena en una lucha donde las partes se encuentren debidamente identificadas como es el caso de un conflicto armado no internacional. No obstante, las autoridades requerirán de cierta complejidad para reestablecer el orden y será necesario también recurrir a ciertas reglas humanitarias. Tensiones internas, situaciones de grave tensión en un Estado, de origen político, religioso, racial, social, económico, o de secuelas producto de un conflicto armado o bien de un disturbio interno que afectan al territorio pero de un nivel inferior de violencia.

las normas de DIH y los principios fundamentales de los Convenios de Ginebra, pueden servir de patrones de procedimientos jurídicos o inspirar la elaboración de las normas aplicables, de tal modo que se justifica hablar de la aplicación por analogía, e incluso de la aplicación indirecta del Derecho Internacional Humanitario en ambas situaciones³⁰.

En *el ámbito temporal* se puede distinguir tres situaciones en las que se aplican distintas reglas del DIH, a saber:

- a) Al inicio de las hostilidades entre las partes en conflicto, con el fin de propiciar el cese de las mismas cualquiera que fuera la calificación del conflicto.
- b) Aquellas normas cuya aplicación es permanente y no limitada, reglas que se aplican desde la entrada en vigor de cada uno de los tratados.
- c) Normas que por razones jurídicas deben poder surtir sus efectos hasta que se cumpla con sus objetivos pudiendo incluso no desaparecer al fin de las hostilidades.

Tercero, *en el ámbito personal* se puede decir que los Convenios de Ginebra así como los Protocolos Adicionales constituyen un sistema a favor de la persona humana, el cual se fundamenta en las prohibiciones de

³⁰ Op. Cit. Swinarski, Christophe. 1990. **Principales nociones e instrumentos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana**. Pág. 39

comportamientos a cargos de los órganos estatales o bien de las partes en el conflicto. Véase al respecto como cada Convenio encierra un régimen de protección referente a diferentes víctimas o personas de los conflictos armados (Convenio I representa los heridos y los enfermos, Convenio II relativo a heridos, enfermos y náufragos, Convenio III abarca a los prisiones de guerra y el IV Convenio relativo a los civiles en el poder del enemigo). De vital importancia resulta hacer notar, en que cada uno de esos sistemas de protección incluye también categorías particulares de personas que tiene derecho a una protección especializada aún mayor, tal es el caso que nos interesa sobre la protección especializada que reciben niñas y niños principalmente en los dos últimos Convenios de Ginebra³¹.

Finalmente, la normativa prevista a través del Derecho Internacional Humanitario prevé la protección de bienes afectados o que podrían verse afectados por las hostilidades, basado en la convicción de poner fuera del alcance de los efectos perniciosos del conflicto, ciertos bienes indispensables para la supervivencia de las personas protegidas. Tales bienes pueden ser por ejemplo, las unidades sanitarias como hospitales, centros de transfusión de sangre, transportes destinados a actividades sanitarias o al traslado por tierra, agua y por aire de heridos, enfermos y náufragos, y al personal sanitario o religioso. Se protegen también ciertas pertenencias personales que no

³¹ Artículos 16 y 49 del Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisiones de guerra de 1949, y artículos 14, 17, 38, 50, 119 y 132 del Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas en tiempos de guerra del mismo año.

constituyan objetos militares y se protegen ciertos bienes culturales y del medio ambiente³².

ii) Características

Una de las principales características de las normas del Derecho Internacional Humanitario, es precisamente la inalienabilidad de los derechos de las personas que protege, quienes no pueden bajo ninguna circunstancia, renunciar, parcial ni totalmente, a los derechos que se les otorgan a través de los Convenios y los Protocolos.

Habiendo analizado entonces la relación entre el Derecho de Ginebra y el Derecho de la Haya, otra de las características del DIH viene a ser precisamente el objeto de su protección, ya sea, por una lado las víctimas (militares puestos fuera de combate y población civil principalmente), y por otro, establecer la manera en la que se conducirán las hostilidades (carácter reglado de la guerra).

Por último, se puede establecer las siguientes normas básicas o principios fundamentales:

- a) Las personas fuera de combate y quienes no participan directamente en las hostilidades tienen derecho a que se les respete la vida y la integridad física y moral.

³² Op Cit. Swinarski, Christophe. Principales nociones e instrumentos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana Págs. 46-47

- b) Los heridos y los enfermos serán asistidos por la parte en conflicto sin discriminación alguna.
- c) Sólo podrán atacarse los objetivos militares y deberán respetarse los objetivos civiles así como a los bienes protegidos.
- d) Se prohíbe el empleo de armas y métodos de guerra que puedan causar pérdidas innecesarias o sufrimientos injustificados.
- e) Deberá respetarse a todo el personal médico y sanitario así como sus instalaciones y medios de protección.
- f) De igual manera, se deberá respetar los emblemas de la Cruz Roja y la Media Luna Roja como símbolos de protección.

C.- Derecho Internacional de Refugiados

Como antecedentes, se tiene que la Segunda Guerra Mundial y el período de posguerra provocaron el mayor desplazamiento de población en la historia moderna. El desplazamiento masivo en el continente europeo motivó a las autoridades a abordar el tema, así en 1943 se creó la Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción misma que en 1947 fue sustituida por la Organización Internacional de Refugiados.

Los primeros esfuerzos internacionales formales de asistencia a los refugiados comenzaron en agosto de 1921, cuando el Comité Internacional de

la Cruz Roja pidió a la Sociedad de las Naciones que prestara asistencia a más de un millón de refugiados rusos desplazados durante la Guerra Civil Rusa³³.

En noviembre de 1943, se crea la Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción (UNRRA), con la función de asistir las zonas devastadas por la guerra, ayudando tanto a personas que habían huido de sus países de origen como a todas las personas que habían sido desplazadas por la guerra.

La Organización Internacional de Refugiados, fue creada en julio de 1947 como organismo especializado no permanente de las Naciones Unidas. A pesar de que su trabajo se limitó a ayudar a los refugiados europeos, fue el primer organismo internacional que abordó en forma detallada todos los aspectos relativos en materia de refugiados, y su principal aporte respecto a la repatriación fue declarar que no será obligado a regresar a su país de origen, a aquellos refugiados o desplazados que expresen razones válidas para no ser regresados a sus países³⁴.

En diciembre de 1949, la Asamblea General de la ONU decidió crear la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), como órgano independiente de la Asamblea General en virtud del artículo 22 de la Carta de Naciones Unidas, cuya labor tendrá carácter

³³ González Chacón, C. y Nájera Pérez, S. (2003). **Aplicación del Derecho de Refugiados y del Derecho Humanitario en Conflictos Armados.** Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, pág. 17

³⁴ Op. Cit. González Chacón, C. y Nájera Pérez, S. (2003). Pág. 20

enteramente apolítico, será humanitaria y social y, por regla general, estará relacionados con grupos y categorías de refugiados³⁵.

i) Ámbito de aplicación

El Estatuto de la ACNUR y la Convención de 1951 proponen una definición sobre lo que deberá entender por refugiado³⁶, a fin de establecer el campo de aplicación sobre el cual va a recaer todo el Derecho Internacional de Refugiados. El temor alegado no puede ser fantasioso sino fundamentado, las causas de la misma no son propias de un delito común o de un deseo social por emigrar, toda vez que se entiende que un refugiado abandona su país por la amenaza de persecución, y no podrá regresar gozando de la misma seguridad existiendo tal amenaza. Asimismo para que una persona pueda alegar refugio, ésta deberá encontrarse fuera del país de origen, es decir, que para optar por el status de refugiado debe haber traspasado necesariamente las fronteras de su país.

ii) Características

Habiendo dado cuenta del sentido apolítico y social que creó la oficina del ACNUR y del carácter humanitario que ésta tiene en el ejercicio de sus

³⁵ Art. 2 del Estatuto de la Oficina del ACNUR de 1966

³⁶ Para ser refugiado se requiere tener un fundado temor de ser perseguido por razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas. Debe encontrarse fuera de su país y no poder o no querer valerse de la protección de su país de origen, o, en caso de tratarse de un apátrida, encontrarse fuera del país donde tuviera antes residencia habitual y no poder o no querer regresar a él.

funciones, la principal característica que a este derecho corresponde, es la protección internacional de millones de personas desarraigadas en el mundo. Para ello la Convención de Ginebra de 1951 promueve los derechos humanos básicos de los refugiados³⁷, los derechos económicos y sociales al igual que otros individuos³⁸ y la no repatriación contra su voluntad. Otra característica del Derecho Internacional de Refugiados, es el empleo de normas básicas del DIH a fin de poder repatriar a los refugiados a su país de origen cuando las condiciones así lo permitan, a integrarse en los países donde se le conceda ese asilo o bien, a reasentarse en terceros países de no lograrse ninguna de las circunstancias anteriores.

El ACNUR en su afán de promocionar los acuerdos internacionales sobre los refugiados, realiza labores de cooperación con los Estados para lograr el establecimiento de estructuras de asilo y actuar en calidad de observador internacional en relación con los asuntos de los refugiados. Así pues, el ACNUR no es (ni tiene intenciones de ser) una organización supranacional. Por lo tanto, no puede sustituir la protección inmanente de un Estado. El papel principal del ACNUR es asegurarse que los Estados están al tanto de sus obligaciones para con los refugiados y solicitantes de asilo y acaten dichas obligaciones³⁹.

SECCION III.- Derecho de los Conflictos Armados

³⁷ Derecho a asilo, derecho a libertad de movimiento y pensamiento y el derecho al respeto que debe recibir como persona.

³⁸ Derecho a recibir asistencia médica, derecho a trabajar en el caso de los adultos y a escolarización en el caso de los niños.

³⁹ ACNUR. (2002). < <http://www.acnur.org> >. [Consulta: 11 de setiembre del 2008].

A.- Noción de Conflicto Armado Internacional

Acá lo que se pretende es definir uno de los casos donde se aplica el Derecho Internacional Humanitario. Se trata del caso que en derecho internacional público clásico se llamaba situación de “guerra” en que se enfrentan por lo menos dos Estados. Las guerras declaradas ilícitas en el derecho internacional público, siguen siendo hechos que debemos tener en cuenta para poder delimitar la aplicación del derecho humanitario en tales situaciones. Es, ante todo, este estado de hecho el que es determinante, sea cual fuera la calificación que las Partes le atribuyan⁴⁰. Esto último, en razón de que en la mayoría de los casos, los Estados o bien las Partes involucradas no desean calificar un conflicto armado como tal, por razones de diversa índole y por las consecuencias que dicha declaratoria puedan generar a nivel del estadio mundial. Por esta razón, de los 189 conflictos que – según las informaciones más fidedignas que poseemos (SIPRI)⁴¹ – han tenido lugar en el mundo desde que terminó la Segunda Guerra Mundial, sólo 19 han sido calificados como conflicto internacional por todas las Partes, es decir como “guerra”, por ello la palabra guerra ha sido reemplazada por el término “conflicto armado” mismo que se aplica a situaciones más variadas⁴².

⁴⁰ Swinarski, Christophe. 1994. **Introducción al Derecho Internacional Humanitario**. Pág. 23

⁴¹ Instituto Internacional de Estocolmo de Investigación para la Paz (Stockholm International Peace Research Institute, SIPRI) es un instituto internacional independiente para la investigación en torno a los problemas de la paz y el conflicto, especialmente sobre la limitación de armamento y el desarme. Fue fundado en 1966 para conmemorar los 150 años de paz ininterrumpida de Suecia.

⁴² Op. Cit. Swinarski, Christophe. 1994. Pág. 24

Lo anterior, corresponde a datos obtenidos hasta el año 1984, no obstante; cabe señalar que en los 14 años de postguerra fría se produjeron 59 conflictos armados importantes y solamente 4 fueron calificados como una guerra entre países, cifras que no han variado mucho en comparación a los 19 conflictos armados importantes que se registraron en el año 2003⁴³ y a los 17 conflictos armados registrados para el año 2007, de los cuales en su gran mayoría son conflictos intra-estatales, siendo que la persistencia de las guerra intra-estatales y su resistencia a soluciones rápidas, se ven reflejadas en el 2003 con la continuación de los conflictos colombiano y palestino-israelí⁴⁴.

Siguiendo con la definición, se considera entonces como conflicto armado, toda controversia que surja entre dos o más Estados y que provoque la intervención de sus fuerzas armadas, aunque alguna de las Altas Partes Contratantes no reconozca el estado de guerra tal y como se ha venido indicando. En razón de ello, consideraciones de índole política no pueden por tanto evitar la aplicación del sistema de protección de la persona que se ejerce a través del Derecho Internacional Humanitario. Por esa razón, el sistema de los Convenios de Ginebra va más allá y estipula que todos los Convenios se aplicarán también en todos los casos donde exista ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre

⁴³ Stockholm International Peace Research Institute, 2004. **Yearbook 2004. Armaments, Disarmament and International Security**. Oxford University Press (OUP), Reino Unido, SIPRI.

⁴⁴ Stockholm International Peace Research Institute, 2007. **Yearbook 2007. Armaments, Disarmament and International Security**. Oxford University Press (OUP), Reino Unido, SIPRI.

resistencia militar, ello de conformidad con el artículo 2 párrafo segundo común de todos los Convenios⁴⁵.

B.- Calificación de un Conflicto Armado

Al momento de llegar a una clasificación de los conflictos armados, ello impone la necesidad de analizar múltiples factores que agrupados de una manera determinada, permiten elaborar tipos particulares según las causas que los originaron, según los actores, la intensidad, las armas empleadas, la cantidad de actores, su ubicación, la cantidad de muertes, por mencionar tan sólo algunos tipos.

No obstante, para el Derecho Internacional Humanitario importa diferenciar los conflictos armados internacionales de los internos y establecer los criterios que permitan distinguir estos últimos de los disturbios interiores o tensiones internas, con el fin de determinar el régimen jurídico aplicable en cada caso. Así pues, se pueden considerar tres modos de calificación de los conflictos en la comunidad internacional actual⁴⁶:

a) *Según las partes contendientes;*

b) *Según órganos de la comunidad internacional,* los mismos pueden ser la Organización de las Naciones Unidas, organizaciones políticas zonales como la Organización de Estados Americanos o bien la Unión Europea y,

⁴⁵ Op. Cit. Swinarski, Christophe. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Pág. 25

⁴⁶ Op. Cit. Swinarski, Christophe. Pág. 26

c) *Responsabilidad del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)*, en el caso de que sea este ente quien tenga a su cargo la custodia de los principios del derecho humanitario. No obstante, en este caso algunos olvidan que la competencia del Comité Internacional de la Cruz Roja durante un conflicto armado, se fundamenta en su calidad de intermediario neutral. La neutralidad del CICR no es sólo la garantía de su aceptabilidad por las Partes, sino que es la base misma de su acción en la situación de conflicto. Dado que la calificación de un conflicto es de índole eminentemente política para la comunidad internacional actual, un acto semejante sería evidentemente incompatible con el principio de neutralidad y haría que de inmediato, sea imposible para el CICR desempeñar su encargo, privando así a las víctimas del conflicto de la protección que necesitan⁴⁷.

C.- Protección de los Heridos, los Enfermos y los Náufragos

Ante el surgimiento de un conflicto armado, surge lo que en Derecho Internacional se conoce como Potencia Protectora, sea éste un país neutral en el conflicto al que una de las partes inmersas en el conflicto le confiere el cargo de proteger sus intereses en el territorio de la otra⁴⁸. Si se trata de la Potencia

⁴⁷ Ibidem. Swinarski, Christophe. 1994, pág. 27

⁴⁸ Esta institución de derecho consuetudinario se refrendó a través del artículo 54 del Convenio de Viena sobre las relaciones diplomáticas de 1961 y se complementó a través de los Convenios de Ginebra. Se trata pues de Estados neutrales en el conflicto, encargados de salvaguardar los intereses de las Partes contendientes en el país enemigo y particularmente de velar por la aplicación de los Convenios de Ginebra. Véase al respecto el artículo 8 común a

protectora encargada únicamente de representar los intereses diplomáticos de un Estado Parte en un conflicto, hablamos de “mandato de Viena”, mientras que si se trata de una Potencia designada para velar por la observancia de los Convenios de Ginebra y para controlar su aplicación, hablamos de “mandato de Ginebra”⁴⁹.

i) Principales normas internacionales

Analizando los Convenios de Ginebra, se puede establecer que los heridos, enfermos y náufragos se encuentran debidamente protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Así pues, el I Convenio de Ginebra establece que los miembros de las fuerzas armadas y las demás personas protegidas⁵⁰ que se encuentren heridos o enfermos, habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias⁵¹.

Por su parte, el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, suprimió la distinción que había entre miembros de las fuerzas armadas y las demás personas protegidas, ampliando la protección de los Convenios de Ginebra hacia las personas civiles⁵².

los primeros tres Convenios y el artículo 9 del Convenio IV. La existencia de una potencia protectora y las disposiciones que sobre éstas disponen los Convenios de Ginebra, no son obstáculo para el ejercicio de las actividades humanitarias que desempeña el Comité Internacional de la Cruz Roja u otro organismo humanitario imparcial.

⁴⁹ Op. Cit. Swinarski, Christophe. 1994, pág. 28

⁵⁰ Art. 13 del I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.

⁵¹ Art. 12 del I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

⁵² Art. 8 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977.

Como si fuera poco, el II Convenio de Ginebra añadió una tercera categoría de personas protegidas, propia de situaciones de guerra desarrolladas en el mar, y es la condición especial de los náufragos⁵³. Al respecto, el Convenio establece que las fuerzas armadas y demás personas protegidas por ese convenio, que encontrándose en el mar, estén heridos, enfermos o sean náufragos, deberán ser respetados y protegidos en todas las circunstancias, debiendo entenderse que el término "nafragio" será aplicable a todo naufragio, sean cuales fueren las circunstancias en que se produzca, incluido el amaraaje forzoso o la caída en el mar⁵⁴.

ii) Otras formas de protección

Habiendo citado las principales normas internacionales donde se protege a una categoría específica de personas a saber; heridos, enfermos y náufragos, tanto militares como de la población civil; se debe hacer referencia a un aspecto igualmente relevante que se desprende de los mismos Convenios. Al respecto, tanto los dos primeros Convenios de Ginebra como el Protocolo I Adicional que se han venido mencionando, protegen otro tipo unidades que refuerzan de forma directa la protección que se le brinda a heridos, enfermos y náufragos durante un conflicto armado. La normativa contempla la protección

⁵³ Se entiende por *náufragos* las personas, sean militares o civiles, que se encuentren en situación de peligro en el mar o en otras aguas a consecuencia de un infortunio que las afecte o que afecte a la nave o aeronave que las transportaba, y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Estas personas, siempre que sigan absteniéndose de todo acto de hostilidad, continuarán considerándose náufragos durante su salvamento, hasta que adquieran otro estatuto de conformidad con los Convenios o con el presente Protocolo;

⁵⁴ Art. 12 del II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar

debida que se le debe dar a los establecimientos fijos y las unidades sanitarias móviles, al transporte sanitario que sobre tierra, mar y aire sea utilizado, a los barcos hospitales y las embarcaciones costeras de salvamento, y por supuesto a todo el personal sanitario y religioso debidamente identificado, que de forma permanente o temporal se desempeñó en labores humanitarias, lo cual conllevó por supuesto, a un mayor resguardo de los derechos básicos de las personas durante las distintas situaciones de conflicto.

Corolario a toda esta protección, la misma normativa internacional establece la posibilidad de acción y de resguardo, sobre otros organismos imparciales que realicen labores humanitarias, al establecer en el art. 9 común de los tres primeros Convenios y el art. 10 del IV Convenio que las disposiciones del convenio no son óbice para las actividades humanitarias que tanto el Comité Internacional de la Cruz Roja, u otro organismo humanitario imparcial, emprenda para la protección de los heridos y de los enfermos o de los miembros del personal sanitario y religioso, así como para los socorros que, con el consentimiento de las Partes en conflicto interesadas, se les proporcione.

D.- Protección de los Prisioneros de Guerra

Otra de las categorías de personas protegidas dentro del campo de protección internacional de la persona humana, es la de *los prisioneros de guerra*.

En el sistema de los instrumentos de Ginebra, es prisionero de guerra todo miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, es decir, todo combatiente, que caiga en poder de la Parte adversa⁵⁵. De igual forma, el art. 4 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido de los prisioneros de guerra, incluye dentro de dicha categoría a los cuerpos voluntarios que formen parte de esas fuerzas armadas, a los miembros de otras milicias y movimientos de resistencia organizados que pertenezcan a una de las Partes y lleven sus armas a la vista, a las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas (miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, miembros de la tripulación de la marina mercante) y a la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras siempre y cuando lleven las armas a la vista y respeten las leyes y las costumbres de la guerra⁵⁶.

i) Principales normas internacionales y su importancia

⁵⁵ Op. Cit. Swinarski, Christophe. 1994, pág. 31

⁵⁶ El párrafo segundo del art. 4 del III Convenio de Ginebra, establece un grupo de personas que si bien se benefician del mismo trato reservado a los prisioneros de guerra por ese Convenio, no se les otorga el estatus de prisionero de guerra. Se trata de las personas que pertenezca o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado y si la Potencia ocupante lo considera necesario. También se le brindará el mismo trato a los internados militares que hayan sido recibidos por Potencias neutrales o no beligerantes; y por último, a los miembros del personal médico y religioso no combatiente que formen parte de las fuerzas armadas.

Analizado que fue el art. 4 del III Convenio de Ginebra como principal instrumento para la protección de los prisioneros de guerra, conviene añadir el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, el cual fue creado con el fin de resguardar aún más la protección de las víctimas al tenor de un conflicto armado internacional, sin obviar otro aspecto relevante que viene a introducir este protocolo, como lo es la protección especial que el instrumento brinda a los periodistas que efectúan misiones profesionales en zonas de conflicto armado. Y es que, si bien esta categoría de personas normalmente son consideradas civiles según el artículo 79 del Protocolo I Adicional en relación con el párrafo primero del art. 50 del mismo Protocolo, debe resaltarse el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran imbuidos los periodistas en virtud de su profesión, quienes contando con la debida identificación que los acredita como corresponsales de guerra son fácilmente identificables, resultando ser en ocasiones objetivos militares por razones políticas o militares que los conduce a ser tomados como prisioneros durante un conflicto armado.

Es por eso que, el régimen de protección de los prisioneros de guerra protege a estas categorías de personas por lo que respecta a su seguridad, a las condiciones físicas y morales de su existencia, a sus derechos y a su trato por parte de la Potencia detentadora⁵⁷.

E.- Protección de la Población Civil

⁵⁷ Op. Cit. Swinarski, Christophe. 1994, pág. 32

i) Antecedentes

Actualmente, se puede decir que los conflictos armados afectan cada día más a la población civil, la cual se ha convertido en un objetivo de guerra por sí misma. Mientras que en la Primera Guerra Mundial un cinco por ciento de las muertes como consecuencia directa de los combates correspondieron a la población civil, durante la década de los noventa, un noventa por ciento de las muertes de los conflictos armados fueron civiles⁵⁸. Posterior a la Segunda Guerra Mundial, fue necesario establecer un régimen especial dentro del derecho internacional humanitario en el que se protegiera a toda la población civil, dando como resultado la creación del IV Convenio de Ginebra en 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y que posteriormente fuese complementado con el Protocolo I Adicional de 1977.

Al respecto, el art. 4 del IV Convenio de Ginebra define a esta categoría de víctimas como aquellas personas que estando en caso de conflicto o de ocupación, pasen a ser poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas, considerándose fuera de su protección a las personas protegidas por los otros tres Convenios. No obstante, viene a ser el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, el instrumento que define con mayor claridad esta categoría de víctimas de un conflicto armado, siendo que el art. 50 de dicho Protocolo señala que personas civiles son todas

⁵⁸ Chamberlain Bolaños, Cynthia. (2006) **“Participación y Protección de la Mujer en los Procesos de Justicia Internacional Posteriores a un Conflicto Armado”**, Mesa Redonda **“La mujer en la guerra”** San José, Costa Rica, setiembre de 2005, pág. 69

aquellas que no pertenezcan a las fuerzas armadas, y cuya protección se extenderá a los bienes de carácter civil⁵⁹.

En general, la protección de la población civil prohíbe todo ataque indiscriminado contra ella. Esta categoría de víctimas dentro de un conflicto armado tendrá derecho en cualquier circunstancia al respeto a su persona, a su honor, a sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y costumbres. Las personas civiles deberán ser tratadas con humanidad en cualquier circunstancia, y se beneficiarán sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos, de todas las garantías fundamentales del ámbito internacional humanitario. Dentro de este mismo ámbito, también se puede incluir la protección debida al medio ambiente a favor de la población y otras medidas tendentes al bienestar y desarrollo de la misma como es el caso, por ejemplo, del establecimiento de zonas sanitarias, de seguridad y zonas neutralizadas para proteger a los extranjeros, a los refugiados, apátridas y/o desplazados durante un enfrentamiento.

⁵⁹ Los bienes de carácter civil, son todos los bienes que no son objetivos militares (objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida). También están protegidos los bienes culturales de la población civil (monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos)

ii) Protección Especial a los Niños y a las Niñas

Después de haber analizado brevemente las disposiciones de derecho internacional humanitario aplicables en el caso de un conflicto armado internacional, viendo también las disposiciones que protegen a las distintas categorías de personas inmersas durante un conflicto, se llega al punto donde, a pesar de que hombres y mujeres mayores de edad, niños y niñas y personas con discapacidad sufren las consecuencias de un conflicto armado, se avocará en este trabajo a la tarea de analizar la situación particular de los niños y las niñas, los cuales al ser los miembros de la población civil más expuestos a los sufrimientos que conlleva la guerra, son objeto de un régimen de protección especial.

Y es que, a medida que los conflictos proliferan y los civiles se convierten en sus principales bajas, millones de niños y niñas crecen en familias y comunidades desgarradas por conflictos armados y otros son obligados a luchar en el frente de una batalla⁶⁰. Desde 1990, los conflictos han cobrado la vida de hasta 3,6 millones de personas y han herido a muchos millones más. Lo más trágico es que el número de víctimas civiles, no militares, no deja de crecer (actualmente representan el 90% de los muertos y heridos) y sorprendentemente, más de la mitad de las víctimas civiles son niños y niñas⁶¹.

⁶⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. 2004. **Estado Mundial de la Infancia 2005. La Infancia Amenazada**. Nueva York, USA: UNICEF, pág. 10

⁶¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2003. **Informe de Desarrollo Humano 2003**. Nueva York, USA: Oxford University Press para el PNUD; pág. 45

Como si fuera poco, la muerte de inocentes no es la única amenaza sobre la infancia durante un conflicto, pues cientos de miles de menores de edad están atrapados en conflictos armados como soldados, otros se ven obligados a convertirse en refugiados o en personas internamente desplazadas, donde sufren a causa de la violencia sexual, los malos tratos y la explotación, o son víctimas de los restos de explosivos de guerra mientras juegan y caminan⁶². Los conflictos armados alteran sus vidas de muchas maneras, e incluso si no mueren o resultan heridos pueden quedarse huérfanos, ser secuestrados, violados o sufrir graves daños emocionales y traumas psicosociales debido a la exposición directa a la violencia, el desplazamiento, la pobreza o la pérdida de seres queridos.

Por otro lado, la destrucción que causa la guerra suele dejar a los niños y las niñas sin servicios muy importantes, como la educación y la atención de la salud. La educación del niño puede interrumpirse ante la ausencia de maestros o debido a que las minas terrestres y otros restos de explosivos de guerra en el entorno ponen en peligro su seguridad⁶³. Viendo preliminarmente esta situación, de inmediato se da paso a un análisis más exhaustivo en los próximos dos capítulos, acerca de la perspectiva que tiene la infancia ante el derecho internacional y las disposiciones específicas dentro de la normativa internacional humanitario cuyo eje principal es precisamente la protección de los niños y las niñas durante un conflicto bélico.

⁶² Op Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 10

⁶³ Op Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 41

CAPITULO SEGUNDO.- LA INFANCIA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

SECCION I.- Definición de la Infancia

Aunque no existe un acuerdo absoluto en la interpretación de todas y cada una de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cierto es que sí existe una amplia base sobre cuáles deben ser los parámetros de la infancia⁶⁴.

La infancia, que significa mucho más que el tiempo que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta, se refiere al estado y la condición de la vida de un niño: a la **calidad** de esos años separado de la edad adulta. A pesar de ese concepto, en la Convención sobre los de Derechos del Niño aprobada en 1989, aparece una nueva definición de la infancia basada esta vez en los derechos humanos, convirtiéndose en el primer tratado internacional de derechos humanos que combina en un instrumento único una serie de normas universales relativas a la infancia, y el primero en considerar los derechos de la niñez como una exigencia con fuerza jurídica obligatoria⁶⁵. La Convención viene a ser el capítulo final de un proceso de reconocimiento de los derechos de la infancia y del estatus especial de la niñez.

⁶⁴ Op.Cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2005. Pág. 1

⁶⁵ Op Cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2005. Pág, 3

SECCION II.- Importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Las repercusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño con respecto al estatus de la infancia que se mencionaba en la sección anterior, son de gran importancia para la consolidación de los derechos de la niñez. En primer lugar, *la Convención define la infancia como un espacio separado de la edad adulta*, históricamente las necesidades y las obligaciones de los niños y de las niñas nunca habían estado perfectamente diferenciadas de las de los adultos. Al respecto, la Convención reconoce que lo que resulta apropiado para los adultos puede no serlo para la infancia, y entre sus distinciones establece por ejemplo, una edad mínima para el reclutamiento en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades. El reconocimiento de la infancia como un “espacio separado” significa que incluso cuando los niños y las niñas tienen que enfrentarse a los mismos desafíos que los adultos, en su caso es necesario aplicar soluciones diferentes⁶⁶.

En segundo lugar, *la Convención reafirma el papel de la familia en las vidas de los niños y las niñas*. Bajo la Convención, los estados partes están obligados a respetar la responsabilidad primaria de los padres y las madres de

⁶⁶ Op Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 3

proporcionar atención y orientación a sus hijos, y a prestar apoyo a los progenitores en esta tarea ofreciéndoles asistencia material⁶⁷.

En tercer lugar, *la Convención declara que todos los niños y las niñas tienen derechos, independientemente de sus circunstancias*. En este sentido, la Convención viene a reconocer que tanto niños y niñas son titulares de sus propios derechos y ya no se derivaban de los derechos de los adultos, ello debido a que la propia personalidad del niño está investida con estos derechos, lo que les permite influir en las decisiones que afectan sus vidas, según su edad y su grado de madurez⁶⁸.

En cuarto lugar, *la Convención considera al niño un individuo y un miembro de una comunidad más amplia*, exigiendo a los países que garanticen y reconozcan los derechos individuales sin ningún tipo de discriminación y haciendo hincapié en la necesidad de respetar la evolución de las facultades del niño, estableciendo los espacios y promoviendo los procesos que faciliten a niños y niñas expresar sus puntos de vista⁶⁹.

En quinto lugar, *la Convención describe los atributos de la infancia*, representando un consenso mundial sobre los atributos de la infancia, a pesar de que algunos Estados Parte han emitidos directrices variadas al acuerdo como lo es el caso por ejemplo de la edad que se establece para atorgar la mayoría de edad.

⁶⁷ Op Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 3

⁶⁸ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 5

⁶⁹ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 5

Por último, *la Convención define las obligaciones hacia la niñez*, obligando a los estados a asegurar el cumplimiento y la protección de los derechos de los niños y las niñas creando un entorno protector en relación a todos ellos⁷⁰. Esto por su parte, obliga a los estados a cambiar sus leyes y políticas y modificar las actitudes y comportamientos que siguen socavando los derechos de la infancia, en especial tomando en cuenta que a medida que los conflictos armados proliferan y los civiles se convierten en sus principales víctimas, casi el 50% de las muertes de civiles se trata de niños y niñas⁷¹, millones de ellos crecen en familias y comunidades afectadas por la guerra, otros son obligados a luchar en el frente de batalla, miles se convierten en refugiados o en personas internamente desplazadas y otro tanto sufre de los restos de explosivos de guerra.

⁷⁰ Op Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág.6

⁷¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2003. **Informe de Desarrollo Humano 2003**, Oxford University Press para el PNUD, Nueva York, USA: pág. 45

CAPITULO TERCERO.- NORMAS BASICAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLES A LA INFANCIA

En este capítulo cabe hacer una única aclaración. Las disposiciones de derecho internacional humanitario aquí presentes, así como también las de derecho internacional aplicable a los conflictos armados en general, conciernen específicamente al ámbito de protección de la infancia. En esa misma línea se extiende el análisis abarcando aquellas disposiciones que indirectamente se relacionan con los niños, ya sea por estar estos involucrados dentro de una unidad familiar o no, o por disposiciones que traten sobre mujeres encintas o bien, de madres solteras.

No obstante, deberá tenerse en cuenta que adicional a esta protección especial que aquí se analiza, los niños gozan asimismo de la protección general otorgada a los civiles y mencionada en el Capítulo Primero de este Título.

A.- Generalidades

i) Introducción

Desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas pidió por primera vez que se realizara un estudio amplio acerca las repercusiones de los conflictos armados sobre la infancia a través de la resolución A/RES/48/157 del 20 de diciembre del 2003, la situación de los niños y niñas afectados por los conflictos armados ha obtenido una mayor prominencia, tanto en la comunidad

internacional como en muchos países a nivel local. El informe A/51/306 de Naciones Unidas del 26 de agosto de 1996 sobre los obstáculos para proteger a los niños y las niñas contra los conflictos armados, hizo que la comunidad internacional comenzara a preocuparse más por el problema de los niños y las niñas afectados por las guerras. Como resultado, el Secretario General de la Naciones Unidas nombró un Representante Especial para Niños en Conflictos Armados, con la misión de promover la protección, los derechos y el bienestar de los niños en todas las fases de los conflictos, y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas asumió un interés cada vez mayor en los informes anuales que recibe sobre el tema, incorporando en sus deliberaciones consideraciones específicas sobre la infancia, y escuchando los testimonios directos de los niños y niñas afectados.

No obstante, a pesar de los avances logrados en torno a la protección de la infancia en tiempos de guerra, los problemas en ese contexto sobre los niños y niñas se han agravado aún más en los últimos tiempos, diversas causas ponen a prueba las normas de protección ya existentes y la determinación por intentar mejorar el futuro de ese sector tan vulnerable dentro de la población civil⁷².

ii) Ámbito de Aplicación

⁷² Op Cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2005. Pág. 47

A pesar de la prohibición que existe a nivel internacional sobre el reclutamiento militar de niños y niñas durante un conflicto armado, se sabe que la realidad es otra. Es precisamente en ese momento, donde los niños pierden la protección concedida a los civiles en general y entra a regir la normativa internacional especial, estipulada principalmente a través del artículo 77 del Protocolo I y del artículo 4 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, ya sea sobre la protección debida a los niños y personas que participen o no en las hostilidades. Por otro lado y siguiendo dentro del contexto único del conflicto armado, también se debe tomar en cuenta el resto de los Convenios y Tratados, que han surgido como exigencia a algún hecho nuevo que evidentemente varía su naturaleza o finalidad, por ejemplo, en caso de ser prisioneros de guerra se aplicarán los artículos 16 y 49 del III Convenio de Ginebra, así como también en aquellos casos donde se esté ante un conflicto armado de carácter internacional se aplicará exclusivamente el III y IV Convenio de Ginebra en conjunto con el I Protocolo Adicional a esos convenios. En ese mismo sentido, de tratarse de un conflicto armado no internacional, se estará aplicando lo dispuesto por el II Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra.

Por su parte, los artículos que se citarán de la Convención sobre los Derechos de Niño, de la Carta Africana de los Derechos y del Bienestar del Niño, del Convenio No, 182 de la O.I.T., sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil y del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, se aplican tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales. No así sucede, con los Estatutos de los Tribunales

Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, que se aplicaron a los conflictos armados que se libraron en esos países tiempo atrás.

Finalmente, el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, es de vital importancia para esta investigación precisamente por su ámbito de aplicación, ya que concierne particularmente a la protección de toda la población civil de los Estados Partes en un conflicto armado y dentro de la cual se incluye por supuesto a los niños y las niñas, tal y como se ha venido indicando anteriormente desde los primeros capítulos.

B.- Instrumentos Internacionales aprobados

Las siguientes tres secciones, se refieren a la descripción de todas aquellas normas internacionales que de alguna u otra forma tienden a proteger a los niños y a las niñas dentro del contexto del conflicto armado. Así pues, en una primera sección se estarán enunciando las normas de derecho internacional humanitario que en sentido estricto, se aplican a las situaciones de conflicto armado internacional y no internacional. Seguido a ello, la Sección II describe un mayor número de normas jurídicas internacionales que son aplicables tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, haciendo hincapié en que los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la exYugoslavia y Ruanda, fueron utilizados para los conflictos propios de esas regiones años atrás. Hasta llegar finalmente, a analizar por separado en la Sección III el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que vendrá a ser complementado posteriormente, con el análisis sobre la importancia y la

apertura del espacio penal internacional a raíz del funcionamiento de la Corte Penal Internacional que se va hacer más adelante.

SECCION I.- Instrumentos de Derecho Internacional Humanitario en Sentido Estricto

- i) III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

Este convenio establece fundamentalmente, que todos los prisioneros de guerra deberán ser tratados de la misma manera por la potencia detenedora, ello sin hacer distinción alguna de índole desfavorable según sus cualidades⁷³. Acá, evidentemente se puede incluir la edad de la persona dentro de esas cualidades, lo cual imposibilita pues que se haga algún trato diferenciado que desfavorezca el estado de aquellos menores que hayan sido detenidos y convertidos en prisioneros de guerra. El mismo sentido de esa disposición, deberá tener la potencia detenedora, en aquellos casos en los que se emplee a los prisioneros de guerra como trabajadores, teniendo en cuenta en particular la edad del prisionero, a fin de mantenerlo en buen estado de salud física y moral⁷⁴.

⁷³ Art. 16 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949

⁷⁴ Art. 49 del III Convenio de Ginebra de 1949

ii) IV Convenio de Ginebra relativo a la protección
debida a las personas en tiempos de guerra de 1949

Este instrumento internacional, otorga la posibilidad a los estados miembros del Convenio y partes en un conflicto, a establecer de ser necesario, en los territorios ocupados, zonas o localidades sanitarias y de seguridad con el fin de proteger de los efectos de la guerra a los heridos, enfermos, inválidos, ancianos, niños menores de quince años, mujeres encintas y madre de menores de siete años⁷⁵. Adicionalmente, en aquellas zonas donde se encuentre hospitales civiles organizados para prestar asistencia, estos no podrán ser objeto de ataques bajo ninguna circunstancia⁷⁶.

Otras disposiciones en las que se especifica que la condición de ser menor de edad es motivo suficiente para asegurar un mejor trato al individuo son las siguientes. En materia de evacuación, las partes podrán concertar acuerdos para evacuar de las zonas sitiadas a los heridos, los enfermos, los inválidos, los ancianos, los niños y las parturientas⁷⁷ y se les resguardará protección cuando se les traslade, sea de forma terrestre, marítima o aérea⁷⁸.

Asimismo, los Estados Partes tienen la obligación de dejar paso libre a todos los envíos de víveres, ropa y tónicos reservados para los niños menores de quince años y para las mujeres encintas o parturientas, así como establecer

⁷⁵ Art. 14 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas en tiempos de guerra de 1949

⁷⁶ Art. 18 del IV Convenio de Ginebra de 1949

⁷⁷ Art. 17 del IV Convenio de Ginebra de 1949

⁷⁸ Arts. 21-22 del IV Convenio de Ginebra de 1949

condiciones a fin de que el enemigo no obtenga una ventaja manifiesta para sus acciones bélicas o para su economía⁷⁹.

El mismo Convenio, establece medidas a favor de la infancia con un carácter especial, señalando a las partes en conflicto a tomar las medidas para que los niños menores de quince años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia como consecuencia de la guerra, no queden abandonados, y se les procure, sus necesidades, su protección y su educación. Las mismas partes podrán favorecer la acogida de esos niños en un país neutral mientras dure el conflicto⁸⁰, tiempo en cual también deberán hacer lo posible por concertar el regreso al lugar de domicilio o la hospitalización en un país de esos niños⁸¹.

Por otro lado, en el caso de personas no repatriadas, los niños menores de quince años, las mujeres embarazadas y las madres de niños menores de siete años que no hayan sido repatriados, se beneficiarán del mismo trato preferente y las mismas condiciones que los ciudadanos del Estado en el que se encuentran⁸². En tales casos, también es obligación de la potencia ocupante facilitar el buen funcionamiento de los establecimientos dedicados a la asistencia y a la educación de los niños, tomando en cuenta para ello, las medidas que sean necesarias para facilitar la identificación de los niños y

⁷⁹ Art. 23 del IV Convenio de Ginebra de 1949

⁸⁰ Art. 24 del IV Convenio de Ginebra de 1949

⁸¹ Art. 132 del IV Convenio de Ginebra de 1949

⁸² Art. 38 del IV Convenio de Ginebra de 1949

garantizar el mínimo de sus derechos en materia de nutrición, educación, asistencia médica y protección contra los efectos de la guerra⁸³.

En materia penal, el artículo 68 del Convenio establece la pena de muerte, que dicha sanción sólo podrá aplicarse en casos específicos y a condición de que, en la legislación del territorio ocupado vigente antes del comienzo de la ocupación, se prevea dicha pena, pero en ningún caso podrá promulgarse esa pena contra una persona protegida menor de dieciocho años aún y cuando haya cometido una infracción. En ese sentido, pero ahora avocándose a los castigos disciplinarios aplicables a las personas internadas, el convenio establece que al aplicar dichos castigos habrá de tenerse particularmente en cuenta la edad de la persona a quien se pretende castigar, de tal forma que los castigos no podrán ser inhumanos, brutales o peligrosos para la salud de los internados⁸⁴.

iii) Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977

Importante hacer mención a la indicación que establece el artículo 8 de este protocolo, al indicar que sobre la terminología utilizada y para los efectos del Protocolo, los términos **heridos y enfermos** son también aplicables a las parturientas, a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o

⁸³ Art. 50 del IV Convenio de Ginebra de 1949

⁸⁴ Art. 119 del IV Convenio de Ginebra de 1949

cuidados médicos inmediatos y a los recién nacidos. Siendo éstos últimos quizás la mayor indicación a destacar por la finalidad que tiene este trabajo.

De forma genérica, el Protocolo establece en el artículo 75 como garantía fundamental que, cuando una persona se encuentre dentro de alguna de las situaciones a que hace referencia el artículo primero del mismo, serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos, incluyendo por tanto nuevamente la edad de la persona.

En materia de acciones de socorro, el Protocolo establece que cuando se brinde ayuda humanitaria a la población civil, la misma se efectuará sin ninguna distinción de carácter desfavorable y se deberá dar prioridad a los niños, mujeres encintas, a las parturientas y a las madres lactantes⁸⁵. Con la misma prioridad, el protocolo establece medidas de protección a favor de las mujeres encintas y de madres de niños de corta edad que hayan sido arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado.

En el campo propiamente de la niñez, los niños y las niñas serán objeto de un respeto especial de cualquier forma que atente contra su pudor. Las Partes en conflicto tomarán las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, en particular

⁸⁵ Art. 70 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977

evitando el reclutamiento para las fuerzas armadas. No obstante, en casos donde niños menores de quince años participaran directamente en las hostilidades, seguirán gozando de la misma protección especial sean o no prisiones de guerra. De la misma manera, si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados para los adultos, a menos de que se trate de familias alojadas en unidades familiares⁸⁶, y en ningún caso, los Estados podrán disponer la evacuación al extranjero de niños que no sean ciudadanos suyos, salvo casos excepcionales por razones de salud o seguridad⁸⁷.

iv) Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977

Este Protocolo, viene a ser el instrumento que regula por primera vez los conflictos armados domésticos, que por razones humanitarias, sí tendrán un carácter internacional humanitario.

Propiamente para lo que interesa, el artículo cuarto inciso tercero establece las garantías fundamentales sobre la protección que se le debe brindar tanto a niños como a niñas, a quienes se le proporcionará todos los cuidados y la ayuda que necesiten, recibirán educación y las facilidades para

⁸⁶ Art. 77 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977

⁸⁷ Art. 78 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977

propiciar la reunión de las familias temporalmente separadas. Asimismo, prohíbe el reclutamiento de menores de quince años en las fuerzas armadas y establece que en aquellos casos donde tenga que imponerse una sanción contra un menor que haya cometido una infracción en relación con el conflicto armado, de cualquier forma no se podrá dictar pena de muerte contra quien fuese menor de 18 años de edad al momento de la infracción ni se ejecutará a las mujeres encintas o madres de niños de corta edad⁸⁸.

SECCION II.- Otros Instrumentos Internacionales Aplicables

Como se indicó anteriormente, los siguientes instrumentos internacionales aplicables a la protección de la infancia, poseen un sentido más amplio en cuanto a su aplicación tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, destacando en tres de ellos, que su origen nace a propósito de conflictos regionales pero de implicaciones a nivel internacional, como lo fueron los conflictos ocurridos en la antigua Yugoslavia y en el país de Ruanda, y la situación de extrema pobreza y conflicto en la que se encuentra sumergida hoy, la población africana.

i) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Habiendo analizado anteriormente las repercusiones de esta Convención con respecto al estatus de la infancia, se debe recordar

⁸⁸ Art. 6 inc 4) del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977

únicamente sobre la definición de niño que da la Convención, que para todos los efectos se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad⁸⁹. Por eso, el artículo 38 de esta Convención relativo a los conflictos armados, establece el compromiso de los Estados a respetar y velar por las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables y pertinentes para el niño, tomando todas las medidas factibles para garantizar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años no participen en las hostilidades ni sean reclutados dentro de sus fuerzas armadas, al tiempo que brindarán toda la protección y cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
de 1966

Si bien este Pacto es uno de los más antiguos, su adopción constituyó un cambio cualitativo en el tratamiento de los derechos humanos, ya que se trata de un instrumento convencional que impuso obligaciones jurídicas directamente vinculantes para los Estados Parte. El Pacto establece el derecho que tiene todo niño, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen, posición económica o nacimiento, a las medidas de

⁸⁹ Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado⁹⁰.

En materia de la infancia, quizás el aspecto más relevante de este Pacto es la prontitud con la que se le exige a los Estados Parte, de llevar a los menores de edad procesados ante los tribunales de justicia para su debido enjuiciamiento⁹¹, y cuyo procedimiento deberá tener en cuenta no sólo la condición de ser menores de edad sino también deberá buscar siempre estimular la readaptación social de los menores⁹², los cuales deberán estar sujetos a un régimen penitenciario separado de los adultos y adecuado a su edad y condición jurídica⁹³.

iii) Convención Americana sobre Derechos Humanos
de 1969

Del mismo modo que lo hace el Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos, esta Convención en aras de asegurar la integridad física, moral y psíquica de los menores de edad, exige la celeridad con la que debe ser puesto un menor que pueda ser procesado ante los Tribunales especializados⁹⁴, haciendo énfasis en el derecho que tiene todo niño y niña a las medidas de protección que su condición de menor exige por parte de su familia, de la

⁹⁰ Art. 24 del Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos de 1966

⁹¹ Art. 10, párrafo segundo inciso b) del Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos de 1966

⁹² Art. 14, párrafo cuarto del Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos de 1966

⁹³ Art. 10, párrafo tercero del Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos de 1966

⁹⁴ Art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

sociedad y del Estado⁹⁵ y excluye la posibilidad de suspender esta garantía en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte⁹⁶.

iv) Carta Africana de los derechos y del bienestar del niño africano de 1990

Esta Carta fue adoptada como parte de los esfuerzos de los Estados Africanos miembros de la Organización para la Unidad Africana, para promover y proteger los derechos y el bienestar de los niños africanos en virtud a la situación crítica que enfrentan, debido a múltiples factores y dentro de los cuales se encuentran evidentemente los conflictos armados. La Carta, al igual que los dos instrumentos anteriores entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años⁹⁷ y obliga a los Estados Parte a garantizar el cumplimiento de las normas de derechos internacional humanitario que concierne a los niños y niñas que sean aplicables en conflictos armados, y adopten las medidas necesarias para evitar el reclutamiento de niños en sus fuerzas armadas, el sometimiento de niños y niñas a trabajos forzados, tratos inhumanos y al abuso o violencia sexual⁹⁸.

Por otro lado, y sabiendo de la situación real que enfrenta todo el continente africano y la no muy casual utilización de niños y niñas como

⁹⁵ Art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

⁹⁶ Art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

⁹⁷ Art. 2 de la Carta Africana de los derechos y del bienestar del niño de 1990

⁹⁸ Art. 22 de la Carta Africana de los derechos y del bienestar del niño de 1990

soldados, la Carta establece que todo niño que sea acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales, sea en tiempos de paz o de guerra; tendrá el derecho a recibir un trato especial y con la mayor celeridad posible⁹⁹.

v) Estatuto del Tribunal Internacional para la ex
Yugoslavia a partir de 1991

Este estatuto no dejó de lado la protección especial que en el ámbito internacional debe tenerse a favor de los niños y las niñas, estableciendo para lo que interesa que, se entenderá en particular por **genocidio**, el traslado por la fuerza de niños de un grupo nacional, étnico, racial o religioso con la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo como tal, o bien; la aplicación de medidas para dificultar los nacimientos en el seno de ese grupo¹⁰⁰.

vi) Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda
de 1994

Este Estatuto, presenta precisamente la misma consideración que establece el Estatuto anterior y que en materia de genocidio, incluye el trato debido de los niños y las niñas¹⁰¹.

⁹⁹ Art. 17 de la Carta Africana de los derechos y del bienestar del niño de 1990

¹⁰⁰ Art. 4, párrafo segundo incisos d) y e) del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia a partir de 1991

¹⁰¹ Art. 2. párrafo segundo incisos d) y e) del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda de 1994

vii) Convenio No. 182 de la O.I.T. sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de 1999¹⁰²

Este Convenio, utiliza el mismo parámetro de edad menor a 18 años para designar el término niño¹⁰³. Específicamente, trata el reclutamiento forzoso de los niños en las fuerzas armadas de forma análoga como una de las peores formas de trabajo infantil, al establecer la obligación de los Estados Partes a adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, en particular, el reclutamiento forzoso y obligatorio de niños para utilizarlos en los conflictos armados¹⁰⁴. Con ello, era la primera vez que se reconocía jurídicamente de manera específica que el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños y niñas, es una forma de trabajo infantil.

viii) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del año 2000

¹⁰² El Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo, se complementa con las recomendaciones relativas a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación tal como la Recomendación No. 190 de la misma Organización.

¹⁰³ Art. 2 del Convenio No. 182 de la O.I.T. sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil de 1999

¹⁰⁴ Art. 1 en relación al artículo 3 inciso a) del Convenio No. 182 de la O.I.T. sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil de 1999

Primeramente, téngase en cuenta que este Protocolo por encima de ser un instrumento más, viene a reafirmar que los derechos de los niños y de las niñas requieren de una protección especial, teniendo en cuenta los efectos perniciosos que trae consigo el surgimiento de un conflicto armado.

Por su parte, el Protocolo resalta la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y en particular; la inclusión del reclutamiento o alistamiento de niños menores de quince años como parte de los crímenes de guerra.

Concretamente, en cuanto a la participación directa de los niños y de las niñas en las hostilidades, el Protocolo obliga a los Estados Parte adoptar todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de dieciocho años de edad, participe directamente en las hostilidades¹⁰⁵ y velen asimismo, para que no se reclute obligatoriamente a ningún menor de dieciocho años¹⁰⁶.

El principal aporte del Protocolo hacia la Convención sobre los Derechos del Niño, es la de obligar a los Estados Partes a elevar la edad mínima para el alistamiento voluntario en sus fuerzas armadas por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención, sea quince años, reconociendo en particular, que los menores de dieciocho años tienen derecho a una protección especial. Así pues, al ratificar el Protocolo o bien adherirse a él, los Estados

¹⁰⁵ Art. 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del año 2000

¹⁰⁶ Art. 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del año 2000

depositarán una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima a partir de la cual autorizan el alistamiento voluntario. De igual manera, si la edad es menor a los dieciocho años, los Estados deberán garantizar las medidas de salvaguardia que garanticen un alistamiento auténticamente voluntario, el consentimiento de los padres o bien de quien tenga la custodia legal, que los alistados (menores) estén plenamente informados de los deberes del servicio militar y que presenten pruebas fiables de su edad¹⁰⁷.

En cuando a los grupos armados no estatales, estos no podrán bajo ninguna circunstancia, reclutar o utilizar en las hostilidades a menores de dieciocho años, los mismos Estados Partes tomarán las disposiciones necesarios para impedir ese tipo de prácticas, sea prohibiéndolas y penalizándolas¹⁰⁸, y en aquellos casos donde violando las disposiciones del Protocolo, existieran niños que hayan sido reclutados o utilizados en las hostilidades, las partes deberán tomar las medidas posibles para que esos niños sean desmovilizados y se les preste toda la atención lo más pronto posible¹⁰⁹.

SECCION III.- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹¹⁰ y el Derecho Penal Internacional

¹⁰⁷ Art. 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del año 2000

¹⁰⁸ Art. 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del año 2000

¹⁰⁹ Art. 6 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del año 2000

¹¹⁰ El Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional es el instrumento fundamental que rige el funcionamiento de este órgano de jurisdicción internacional.

El Estatuto de Roma, es otro de los instrumentos internacionales aprobados que forman parte de las normas básicas aplicables a la infancia, que requiere de especial atención al ser la Corte Penal Internacional uno de los principales logros a nivel de protección de los derechos humanos fundamentales, dentro del sistema moderno del derecho internacional de los derechos humanos.

i) Antecedentes

Dada la vulnerabilidad de los derechos humanos de las personas en caso de un conflicto armado, como ya se vio tanto en los Convenios de Ginebra de 1949 como en sus Protocolos Adicionales de 1977, vienen a resguardar y garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas en esa situación. Por ende, ambos regulan y exigen el respeto a los derechos humanos más allá de la esfera civil, de un Estado con respecto a sus nacionales, obligándolos a respetar a los ciudadanos y aún más, a los soldados y combatientes, incluso de un Estado enemigo en una guerra. Asimismo, se rompe con el carácter absoluto del principio de libre autodeterminación y soberanía en aras de la protección de los derechos humanos.

Así pues, fueron estos instrumentos de protección los que brindaron el fundamento jurídico para que ciertas conductas sean consideradas como

crímenes internacionales¹¹¹ y a su vez, condujeron para que en 1998, se creara el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional como un tribunal internacional permanente.

Por su parte, el Estatuto de Roma vino a crear una institución a través de la cual aplicar las normas de defensa de los derechos humanos ya existentes, ya sea la Corte Penal Internacional, como instrumento coercitivo neutral con plena vigencia en los ordenamientos nacionales que así lo ratifiquen. Dentro de las disposiciones, el Estatuto hace énfasis en la protección que se debe brindar a las víctimas durante todo el proceso, así como en la posterior rehabilitación e indemnización por los daños sufridos satisfaciendo sus más inmediatas necesidades especiales.

ii) Protección especial de los niños y las niñas según el Estatuto

Como resultado de la participación de grupos de la sociedad civil, y los intensos esfuerzos por lograr consolidar un sistema de protección especial al amparo de la infancia, se logró incorporar dentro del Estatuto una garantía de justicia para las víctimas dentro de las que se incluyó a los niños y las niñas.

¹¹¹ Chamberlain Bolaños, Cynthia. (2003). **La implementación del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional en el Derecho Costarricense.** Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, pág. 6.

Por primera vez, y gracias al apoyo de la UNICEF¹¹² y otros grupos de defensa de derechos humanos de la niñez, quienes se abocaron y lucharon por los derechos de la infancia, se logró conseguir la inclusión de protecciones especiales para los niños y las niñas víctimas de los delitos de genocidio¹¹³, crímenes de guerra¹¹⁴ (dentro de los cuales se incluye el reclutamiento de menores de quince años en las fuerzas armadas así como los delitos de violencia sexual contra menores de edad) y los delitos de lesa humanidad.

Como si fuera poco, la protección especial hacia la infancia se extenderá a todos aquellos niños y niñas que comparezcan en calidad de víctimas o testigos ante la Corte Penal, a fin de prevenir la revictimización de esas personas que han sufrido como consecuencias de uno de esos delitos durante la guerra.

A estas alturas, teniendo un panorama teórico sobre la evolución histórica de la protección internacional de la persona humana y las situaciones de conflicto, que encaminaron no sólo a la necesidad de crear nuevas normas internacionales, sino también, haber logrado una verdadera estructura normativa enfocada a la protección de la infancia en el contexto de un conflicto armado. Véase ahora con cifras, cuál es la situación real que viven millones de niños y niñas alrededor del mundo así como las consecuencias de la guerra

¹¹² Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

¹¹³ Se entenderá, en particular, por "genocidio" el traslado por la fuerza de niños de un grupo nacional, étnico, racial o religioso con la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo como tal. Art. 6 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional de 1998.

¹¹⁴ Se entiende, en particular, por "crímenes de guerra" reclutar o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas armadas (o en grupos armados) o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, ya sea en conflictos armados internacionales como no internacionales. Art. 8 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional de 1998

propiamente sobre la infancia, pasando a hacer un análisis sobre los posibles logros alcanzados, a efectos de lograr demostrar la hipótesis planteada al inicio de esta investigación y/o establecer razones para suponer lo contrario, y sentar con determinación las conclusiones finales.

TITULO SEGUNDO

CONSECUENCIAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

SOBRE LA INFANCIA

CAPITULO CUARTO.- PRINCIPALES AMENAZAS DE LA GUERRA

Como se había expuesto anteriormente, dentro de la población civil, el sector más vulnerable en el contexto de un conflicto armado son los niños y las niñas, quienes a su vez, terminan siendo las principales víctimas del conflicto al estar más expuestos a sus consecuencias letales. A menudo, miles de niños a nivel mundial mueren víctimas de la guerra o sufren innumerables mutilaciones, otros quedan huérfanos o se ven obligados a huir de sus hogares junto con sus familias, cientos de ellos son secuestrados y son testigos de las atrocidades que se cometen llegando a ser víctimas de la violencia o el abuso y la explotación sexual, lo que los motivó en ocasiones, a que ellos mismos sean quienes cometan crímenes de guerra y como consecuencia de ello, padezcan secuelas emocionales y traumas psicosociales el resto de su vida¹¹⁵. En el peor de los casos, los niños y las niñas son reclutados para emprender las armas y ser utilizados como combatientes durante algún conflicto.

¹¹⁵ Op. Cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2005. Pág. 39

La amenaza de los conflictos armados sobre la población civil ha aumentado de manera considerable, se estima que un 90% de las muertes relacionadas con conflictos en todo el mundo desde 1990 han sido civiles, y un 80% de las víctimas han sido mujeres y niños¹¹⁶. No siempre las víctimas de la guerra mueren a causa de las balas o de las bombas, muchas sufren a causa de las repercusiones del conflicto sobre la salud de las personas. Incluso, después de que el conflicto ha terminado, sus consecuencias ponen en peligro la supervivencia infantil. Las últimas investigaciones, han demostrado que durante los primeros cinco años de paz, el promedio de la tasa de mortalidad en la infancia sigue siendo un 11% más elevado que antes del conflicto¹¹⁷.

Por otro lado, las consecuencias nefastas que causan la guerra no se acaban ahí, a menudo deja a niños y niñas sin servicios muy importantes, como la educación y la atención de la salud¹¹⁸, provocando con ello un bajo nivel escolar y el consecuente aumento del analfabetismo. La interrupción de ambos servicios, se debe a la ausencia de maestros y/o expertos en salud que se hagan cargo de esos servicios, o bien a minas terrestres o restos de explosivos dispersos en el entorno y que ponen en peligro la seguridad de todas las personas.

En el mismo contexto, muchos países se encuentran envueltos en un ciclo vicioso según el cual la pobreza genera la desesperación, el temor y la

¹¹⁶ Op Cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2005. Pág. 40

¹¹⁷ Op Cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2005. Pág. 40

¹¹⁸ Op.Cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2005. Pág. 41

lucha por los recursos que podrían desencadenar un conflicto, lo que a su vez agrava aún más la pobreza de esos pueblos.

Vistas preliminarmente las aristas que envuelven a los niños y niñas durante y después de un conflicto armado, como un preámbulo sobre la repercusión de ese evento sobre la infancia, se procede a analizar cada una de ellas a continuación.

SECCION I.- INCIDENCIA DIRECTA E INDIRECTA

En esta sección, se pretende analizar cuatro ámbitos o situaciones sobre los cuales la guerra repercute de forma negativa e incide directa o indirectamente sobre la infancia. Directa, en el caso propiamente del conflicto bélico y la participación activa o pasiva que puedan tener niños y niñas inmersos en ese contexto, o bien; indirectamente, viendo esas situaciones como factores que se superponen en ocasiones uno de otro, pero que al fin de cuentas se refuerzan mutuamente amenazando todas ellas, la supervivencia y el desarrollo normal de los niños y niñas sobre todo en su primera infancia.

A.- Conflictos Armados

Actualmente, las consecuencias de la guerra y la incidencia directa que ésta tiene sobre la infancia son desastrosas. Específicamente, los niños y las niñas inmersos en una situación donde se desarrolla un conflicto armado, son siempre los primeros en verse afectados, sea porque son secuestrados y

obligados a convertirse en soldados, otros se ven en la obligación de convertirse en personas refugiadas o internamente desplazadas, hay quienes sufren como consecuencia de la violencia y el abuso sexual, los malos tratos y la explotación, o son víctimas de los restos de explosivos de guerra que quedan por todas partes¹¹⁹.

i) Niños y niñas combatientes

Como se indicó al principio de este capítulo, quizá la peor de las consecuencias de un conflicto armado sobre la infancia, es el secuestro, la utilización y el reclutamiento de niños y niñas como combatientes.

Estudios recientes revelan que los niños y niñas son objetivos de primer orden en los secuestros de personas durante los conflictos armados. El Informe Global 2008 denominado *“Niños Soldados”* publicado el 20 de mayo del 2008 por la Coalición para Acabar con la Utilización de Niño Soldados, revela que alrededor de 250. 000 niños y niñas todavía participan en conflicto armados como combatientes en 190 países de todo el mundo, ya sea en fuerzas armadas gubernamentales, grupos paramilitares, milicias civiles y una amplia variedad de grupos armados no estatales en más de 85 países.

Cifras del informe, revelan que los continentes donde el mayor número de niños y niñas participan como combatientes en los conflictos son África y

¹¹⁹ Op. Cit. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia 2005. Pág. 10

Asia, en los cuales el reclutamiento de niños y niñas va en ascenso y bajo las peores condiciones. En el continente americano, el reclutamiento de niños se hace presente con mayor gravedad en Colombia, donde cerca de 14.000 niños y niñas participan en el conflicto que azota ese país desde hace 40 años, tanto en grupos paramilitares –asociados con las Fuerzas Militares de Colombia– como también en las Fuerza Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) u otras milicias urbanas, cifra, que coloca a ese país como la cuarta nación con mayor número de infantes en conflicto, después de la República Democrática del Congo, Liberia y Myanmar (Birmania). El gobierno militar de Birmania es conocido por su sistemática negación de los derechos civiles y políticos, así como por sus violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario en sus operaciones contrainsurgentes. Las fuerzas gubernamentales matan a civiles sospechosos de colaborar con grupos de la oposición armada y ponen en práctica una política de limpieza étnica que ha obligado a centenares de miles de personas a huir de sus hogares. Además, los militares se dedican a violar de modo sistemático a mujeres y niñas en el Estado de Shan, reclutan por la fuerza a millares de niños y se les obliga a perpetrar las peores atrocidades¹²⁰.

Inglaterra por su parte, es el único país del continente europeo que todavía recluta soldados de 16 años y los envía al frente a los 17 años.

¹²⁰ Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. (2005). **Tratado sobre comercio de armas: no más armas para cometer atrocidades**. San José, Costa Rica: Editorial Alquimia S. A., pág. 11

Otro dato importante que arroja el Informe Global 2008, es que el reclutamiento militar de menores en tiempos de paz, dificulta la concretización de una norma mundial que prohíba la explotación de los niños en tiempos de conflicto. Esto se refleja aún con mayor claridad, con el hecho de que a pesar de que dos terceras partes de los países han firmado el Protocolo Facultativo sobre la Participación de Niños y Niñas en los Conflictos Armados, actualmente, por lo menos 63 gobiernos siguen permitiendo el reclutamiento voluntario de adolescentes de 16 y 17 años de edad. No obstante, el reclutamiento forzoso o voluntario, no es la única causa que lleva a la participación de los niños y las niñas en los conflictos. En ocasiones, los propios padres las entregan a las fuerzas armadas como un tipo de “impuesto” como sucede en Colombia y en Camboya y otras veces, las mismas niñas se enlistan en un grupo armado por razones de supervivencia, ello teniendo en cuenta el nivel de abuso físico y sexual al que son sometidas o simplemente porque significa su única fuente de alimentos y vivienda¹²¹. En el caso de los niños, suelen ser mucho más fáciles de convencer para someterlos a obligaciones que en el caso de los adultos. Desde el punto de vista táctico militar, los niños resultan buenos soldados y son perfectos para el combate porque, debido a su estatura las balas les pasan por encima de la cabeza. También, muchos de ellos lo ven como un juego y, tristemente, en ocasiones los drogan para que cumplan sus misiones¹²², aprovechando en la mayoría de

¹²¹ Op Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 42

¹²² Jara, Luis. **Los hijos de la guerra**. Revista Proa, La Nación. San José, Costa Rica: 25 junio 2006.

ocasiones, la poca noción que tienen sobre el peligro que enfrentan y las responsabilidades que acarrea cometer crímenes de guerra.

ii) Niños y niñas refugiados y desplazados del interior

Durante los años 1990, alrededor de 20 millones de niños y niñas se vieron forzados a abandonar sus hogares debido a los conflictos o a las violaciones de los derechos humanos¹²³. Esos niños y niñas que quedan huérfanos por alguna razón o se han visto en la obligación de huir de sus hogares a fin de evitar ser recluidos o bien sufrir algún maltrato físico, son conocidos como “viajeros de la noche”¹²⁴ y corren un mayor peligro a ser víctimas de abuso sexual o de ser obligados a formar parte como combatiente en algún grupo militar. Privados de apoyo, también son más vulnerables a sufrir de hambre o de cualquier tipo de enfermedad. Incluso, se dice que en aquellos casos donde las familias logran permanecer intactas hasta encontrar refugio, lo hacen en condiciones poco favorables para la infancia, aumentando las posibilidades de desnutrición de los niños y las niñas y el riesgo de contraer enfermedades.

El panorama al momento de los desplazamientos es poco alentador, por lo general las familias lo consideran una situación temporal, no obstante; con el paso del tiempo el exilio se puede prolongar por años, lapso en el cual los

¹²³ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 45

¹²⁴ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 48

niños y las niñas tiene que pasar toda su infancia en un campamento¹²⁵, desconociendo por completo el verdadero significado de vivir en un ambiente de paz y de tranquilidad, sin saber siquiera que es disfrutar a plenitud, el período de su infancia.

En otro orden de ideas, de los 40 millones de personas que han tenido que huir por la fuerza de sus hogares en todo el mundo, alrededor de la tercera parte son refugiados expulsados más allá de las fronteras nacionales. Las otras dos terceras partes son desplazados internos¹²⁶, una proporción que ha aumentado de manera uniforme como consecuencia del incremento de los enfrentamientos civiles¹²⁷. Sin embargo, los problemas de las personas internamente desplazadas pueden ser tan graves como los de los refugiados, entre ellos podemos citar la falta de acceso a los sistemas de apoyo, la ausencia de documentos de identidad o la discriminación de cualquier forma¹²⁸, así por ejemplo, según el Informe Global 2008 en aquellas regiones donde hay programas de desmovilización, las niñas soldados es difícil que se beneficien

¹²⁵ Los campamentos para personas desplazadas pueden ser lugares muy peligrosos para los niños y las niñas debido a que el hacinamiento, la desesperación y una deficiente aplicación de la ley pueden exponerlos al abuso sexual.

¹²⁶ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 45

¹²⁷ Una serie de variables sociales, económicas y políticas han alterado el concepto tradicional de guerra. Cada vez se reconoce más el aumento en la incidencia de los conflictos de origen étnico, una consecuencia inevitable debido a que las guerras entre los países han sido sustituidas por otras formas internas de hostilidad en un ámbito más reducido. Los enfrentamientos entre Estados para imponer sus intereses económicos y políticos han sido sustituidos por guerras internas en las que frecuentemente grupos con identidades diversas intentan obtener el poder político y militar, hacerse con el control de los recursos o imponer señas de identidad étnicas, religiosas o nacionales. La guerra está dejando de ser un instrumento para convertirse en un fin en sí mismo, en un medio estructural de supervivencia para grupos sociales.

¹²⁸ La principal diferencia que existe entre las personas desplazadas en el interior respecto a los refugiados, es el beneficio que reciben estos últimos sobre la protección jurídica a nivel internacional, ya que la atención y la protección que les prestan las autoridades internas a los desplazados es sumamente precaria.

de esos programas porque el requisito inicial es entregar el arma, pero en ocasiones, no tienen armas que entregar y no se las considera pues han sido utilizadas en labores de logísticas, como espías o como trabajadoras domésticas o sexuales. Por esa razón, no es de extrañarse que la proporción de niñas incluidas dentro de los programas de reinserción sea inferior al cálculo de niñas que han sido utilizadas en los conflictos. En Liberia, por ejemplo, el conflicto terminó en el 2004 y mientras los cálculos hablaban de 11.000 niñas combatientes, por el programa oficial del gobierno y UNICEF sólo pasaron 3.000, algo similar a lo que sucede hoy en la República del Congo.

iii) Niñas y niñas que son víctimas de violencia sexual, malos tratos y explotación

El abuso y la violencia sexual que se suele emprender en contra de los niños y las niñas durante un conflicto armado, no es un hecho aislado dentro de un conglomerado de acontecimientos, es a menudo; un arma de guerra que se despliega de forma conciente. En los conflictos que estallaron a comienzos de 1990 en Bosnia y Herzegovina y Croacia, violar a las adolescentes y a las mujeres y obligarlas a procrear niños y niñas, denominados a menudo como “hijos del enemigo”, fue una política deliberada¹²⁹. La situación de las niñas adolescentes, es por lo general aún más precaria y aterradora, pues a menudo son más vulnerables a la explotación sexual debido a su juventud y a su

¹²⁹ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 45

incapacidad relativa para defenderse, o porque se considera que tiene menos posibilidades de estar infectadas con el VIH¹³⁰.

Además la pobreza, el hambre y la inseguridad generadas por el conflicto pueden conducir a los niños y las niñas a la prostitución: en Colombia, por ejemplo, niñas de solamente 12 años se han sometido sexualmente a los grupos armados para garantizar la seguridad de sus familias¹³¹. Todos esos factores, evidentemente conducen a aumentar los riesgos de contraer el virus del sida y otra clase de enfermedades de transmisión sexual entre la población de las zonas en conflicto, produciendo un excesivo incremento en la propagación de la enfermedad y las tasas de infección, pues aunado a eso, los sistemas de escolaridad y de salud, son insuficientes o se encuentran inhabilitados para mitigar los riesgos de contraer enfermedades¹³².

Como si fuera poco, el mismo estado de indefensión de los niños y niñas ante los ataques de grupos armados y fuerzas rebeldes en sus propias comunidades, los expone a toda clase de maltratos y agresiones. Por ejemplo, durante la mayor parte de la década de 1990, el gobierno de Sierra Leona se enfrascó en una brutal guerra civil contra el Frente Revolucionario Unido (FRU). Ambas partes cometieron graves abusos contra los derechos humanos y el FRU se hizo mundialmente conocido por su horrenda práctica de amputar los brazos, las manos y los pies de los civiles, incluyendo a los niños. A menudo estos crímenes fueron cometidos con machetes o con otros materiales locales.

¹³⁰ Ibidem. Pág. 45

¹³¹ Ibidem. Pág. 45

¹³² Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 46

Pero al igual que el genocidio en Ruanda, los agresores no habrían sido capaces de atacar a sus víctimas en forma sistemática y eficaz sin un arsenal importante de armas pequeñas y ligeras¹³³.

iv) Niños y niñas que son víctimas de los restos de explosivos de la guerra

Como si fuera poco, las desgracias en perjuicio de la infancia no terminan ahí, pues una vez que las hostilidades cesan, los niños y niñas también sufren víctimas de los restos de explosivos que han quedado dispersos como resultados de la guerra. Entre ellos, se pueden mencionar explosivos y armamento que han sido abandonados, minas terrestres y otros materiales bélicos que no han sido detonados, pero que estratégicamente, fueron colocados por los soldados a orillas de pozos de agua, clínicas y escuelas, algo que provoca privaciones mucho después de que hayan cesado las hostilidades.

Solamente las minas terrestres son responsables de entre 15 000 y 20 000 nuevas víctimas al año en todo el mundo. Cerca de dos terceras partes de los 65 países donde se produjeron bajas debido a las minas entre 2002 y 2003 no habían sufrido un conflicto activo en ese período¹³⁴.

¹³³ Op. Cit. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. (2005), pág. 10

¹³⁴ Op Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 46

Aunque es imposible determinar la cantidad exacta de minas antipersonales manufacturadas en el mundo, la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas (ICBL) estima que cada año disminuye el número de minas fabricadas. Hoy por hoy el número de estados fabricantes de minas asciende a 16. Ocho de ellos se encuentran en Asia: Birmania, China, India, Corea del Norte, Corea del Sur, Pakistán, Singapur y Vietnam; tres en Europa: Rusia, Turquía y la antigua Yugoslavia; tres en Oriente Medio: Egipto, Irán e Iraq; y dos en América: Cuba y Estados Unidos. Las minas antipersonales se han sembrado en casi 70 países de Asia, Europa, África y América y la falta de información sistemática por parte de quienes han emplazado las minas alrededor del mundo, ha resultado en total desconocimiento de las cantidades de estos artefactos que permanecen enterrados. Las cifras varían entre 59 y 69 millones de minas, dejando por fuera enormes cantidades de municiones no detonadas¹³⁵.

Viendo el panorama poco alentador y la incertidumbre con la que viven millones de personas alrededor del mundo, la situación de la infancia y el peligro en el que se encuentra los niños y las niñas por esa situación es la misma, pues el sufrimiento producto de los restos de explosivos se debe a que en ocasiones, los niños se ven imbuidos por la curiosidad y son atraídos al momento de hallar algún objeto extraño, otros se encargan del pastoreo de animales y de buscar agua, lo cual les exige atravesar zonas del campo donde se hayan toda clase de objetos, o bien, su inocencia y la falta de capacidad de

¹³⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2000). **Colombia y las minas antipersonales. Sembrando minas cosechando muerte.** Bogotá, Colombia: Editorial Crear & Comunicar. Setiembre 2000. Pág. 10.

discernimiento producto de su edad, les impide comprender y determinar a través de signos los campos y lugares donde existe la presencia de minas y otros restos militares.

B.- Pobreza¹³⁶

Dentro de las principales amenazas para la supervivencia de la infancia, ya sean la pobreza, los conflictos armados y el VIH/SIDA, la primera es la causa fundamental de las tasas elevadas de morbilidad y mortalidad en la infancia¹³⁷. Mil millones de niños y niñas –más de la mitad de los niños y niñas de los países en desarrollo– no pueden disfrutar de sus derechos, debido a que carecen de por lo menos uno de los bienes o servicios básicos para sobrevivir. En el mundo en desarrollo, más de uno de cada tres niños no dispone de una vivienda adecuada, uno de cada cinco niños no tiene acceso al agua potable, y uno de cada siete carece de acceso a servicios esenciales de salud. Más de un 16% de los menores de cinco años no reciben una nutrición adecuada y un 13% de todos los niños y las niñas no han acudido nunca a la escuela¹³⁸. En esas circunstancias, no se puede evitar que uno de cada seis niños nacidos en países menos adelantados muera antes de cumplir cinco años, frente a uno de cada 167 en los países ricos¹³⁹.

¹³⁶ El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia considera *la pobreza infantil* como “una condición humana que se caracteriza por la privación de los recursos materiales, espirituales y emocionales necesarios para sobrevivir, desarrollarse y prosperar, lo que les impide disfrutar sus derechos, alcanzar su pleno potencial o participar como miembros plenos y en pie de igualdad de la sociedad”.

¹³⁷ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 10

¹³⁸ Ibidem. Pág. 10

¹³⁹ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**.Pág. 17

La pobreza amplía las desigualdades sociales, económicas y de género que en definitiva conduce al surgimiento de la mayoría de los conflictos civiles o guerras entre países, menoscabando el entorno protector tanto de la familia como de una comunidad, dejando a los niños y niñas vulnerables a la explotación, a los malos tratos¹⁴⁰, la violación, la discriminación y la estigmatización de niñas, quienes sufren el rechazo de su familias y sus comunidades debido a la vergüenza que acompaña a la violación y al nacimiento de niños engendrados por los abusadores de esas niñas. Intrínsecamente, la pobreza agrava los efectos del VIH/SIDA y los conflictos armados, por ejemplo, de los 20 países más pobres del mundo, 16 han sufrido una guerra civil en los últimos 15 años, provocando por lo general, un retroceso del desarrollo económico y social que a menudo perpetúa la pobreza de una generación a la siguiente¹⁴¹. Adicionalmente, si se toma en cuenta todas las manifestaciones de la pobreza que en mayor o menor grado recaen sobre niños y niñas durante su etapa de infancia, puede llegar a ser un obstáculo para toda su vida, sumiendo a la infancia en grados de desgracia inmanejables como se vienen indicando. Por ejemplo, la falta adecuada de sanidad de un lugar, genera la contaminación del agua que utilizan los niños y una nutrición deficiente los hace más vulnerables a la enfermedad, si no reciben atención inmediata y adecuada, las enfermedades reducen aún más su peso corporal y

¹⁴⁰ Una de las formas en las que se facilita la explotación y los malos tratos contra niños y niñas es a través del trabajo infantil. La pobreza crea una necesidad económica que en ocasiones conduce a la gente a actuar con desesperación y violencia. Asimismo, obliga a los niños y las niñas a realizar trabajos forzosos y peligrosos bajo las peores condiciones. En la actualidad, se cree que hay 180 millones de niños y niñas atrapados en las peores formas de trabajo infantil.

¹⁴¹ Op. Cit., UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Págs. 40-41

por ende su resistencia a las mismas. Los niños mal alimentados, enfermos o que no tienen acceso al agua potable, a una vivienda digna o a instalaciones de sanidad adecuadas, suelen tener más problemas en la escuela, o bien, un niño que viva en un hogar donde impera el hacinamiento y en un vecindario pobre, podría dejar de asistir a la escuela incluso teniéndola cerca de su casa.

C.- Salud y Nutrición

La pobreza y los conflictos armados amenazan la infancia exponiendo a millones de niños y niñas a enfermedades que podrían ser tratadas con medicamentos de bajo costo. Alrededor de 270 millones de niños y niñas, poco más de un 14% de toda la población infantil de los países en desarrollo, no tienen acceso a los servicios de salud básica¹⁴². Dos millones de niños menores de cinco años mueren todos los años por no estar vacunados contra las enfermedades más corrientes. Aproximadamente, 7 de cada 10 muertes que acaecen entre niños menores de cinco años en países en desarrollo, se pueden atribuir a infecciones de las vías respiratorias, diarrea, sarampión o paludismo¹⁴³. Más de un 16% de los menores de cinco años de los países en desarrollo sufren desnutrición grave¹⁴⁴, que pueden provocar retraso en el crecimiento o discapacidad, menoscabar el desarrollo cerebral del niño y sus capacidades de aprendizaje, reduciendo su aptitud para recabar conocimientos que son esenciales para sus posibilidades de prosperar en la vida. La falta de

¹⁴² Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**.Pág. 22

¹⁴³ Ibidem. Pág. 17

¹⁴⁴ Ibidem. Pág. 20

acceso al agua potable y a saneamiento adecuado ayuda a propagar las enfermedades, agrava la desnutrición y debilita la salud¹⁴⁵. Alrededor de 400 millones de niños y niñas –un promedio de uno de cada cinco niños en los países en desarrollo– carecen del acceso al agua potable. La situación es especialmente grave en África subsahariana, en países como Etiopía, Rwanda y Uganda, donde cuatro de cada cinco niños utilizan aguas superficiales o tiene que caminar extensas distancias para encontrar una fuente de agua protegida, situación que se agrava aún más en las regiones rurales¹⁴⁶.

Ciertamente, los avances en salud y nutrición suelen ser muy pocos y no siempre el acceso de medicamentos y alimentos en zonas de conflicto es fácil, muchos de los centros de nutrición y salud se encuentran en profundo deterioro, y las acciones de las fuerzas militares a veces hacen imposible la distribución de ayuda a los más necesitados, conduciendo a que uno de cada tres niños en el mundo en desarrollo –más de 500 millones de niños y niñas– carecen completamente de acceso a instalaciones de saneamiento¹⁴⁷, poniéndoles una vez más, en peligro de contraer enfermedades que a la postre, va reducir sus posibilidades de supervivencia. Un ejemplo de esa situación, es lo que sucede en la región de Gulu al Norte de Uganda, donde un 90% de la población ha tenido que huir de sus hogares debido al conflicto y menos de un 20% de los habitantes tienen acceso a una atención efectiva de la salud¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Ibidem. Pág. 17

¹⁴⁶ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 20

¹⁴⁷ Ibidem. Pág. 21-22

¹⁴⁸ Ibidem. Pág. 49

D.- Educación

Como se viene señalando, otro de los factores que no se escapa de los efectos negativos de la guerra, es el aspecto de la educación. Históricamente, han ocurrido hechos que dejan en evidencia que las escuelas no se escapan de las atrocidades que comete la guerra y pueden convertirse en objetivos militares o campos de batalla, como ocurrió en El Salvador durante la guerra civil de 1980 que duró aproximadamente 12 años, cuando las fuerzas del ejército salvadoreño tomaban las escuelas con el fin de reclutar a todos los niños que habían cumplido 12 años de edad, o bien, las mismas fuerzas utilizaban las edificaciones escolares como fuertes de batalla en los enfrentamientos contra los miembros del movimiento guerrillero¹⁴⁹. Otro de los acontecimientos, ocurrió en septiembre de 2004 durante la crisis de rehenes y la batalla que se produjo en la ciudad rusa de Beslán, donde murieron más de 150 niños y niñas y un mayor número de adultos. En Aceh, Indonesia, los incendios intencionados causaron la destrucción de 460 escuelas solamente durante el mes de mayo del 2003, como resultado del conflicto entre las fuerzas gubernamentales y los grupos rebeldes. En Nepal, la oposición al Gobierno utiliza habitualmente las escuelas como centros de propaganda y reclutamiento. Los ataques y los secuestros tanto de maestros como de estudiante son frecuentes¹⁵⁰, como ocurre por ejemplo en Colombia, donde

¹⁴⁹ Mandoki, Luis. **Voces Inocentes**. 20th Century Fox. 120 minutos. México, 2004

¹⁵⁰ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 41

cientos de niños son secuestrados y reclutados para hacerlos formar parte de las fuerzas armadas en tanto que, muchos profesores son perseguidos con fines ideológicos para adoctrinar a los nuevos “niños soldados”.

Por otro lado, las cifras de niños y niñas que no han asistido nunca a la escuela son realmente desconcertantes. Más de 140 millones de niños y niñas de los países en desarrollo –un 13% de aquellos que tienen de 7 a 18 años– no han acudido nunca a la escuela. Estudios reflejan que, a nivel mundial el porcentaje de niñas que no asisten a la escuela es aún mayor que el de los niños, lo que contribuye de manera considerable a la desventaja mundial general que sufren las niñas. En todo el mundo, un 16% de las niñas y un 10% de los niños no acuden en ningún momento a la escuela¹⁵¹. Incluso, aquellas niñas que si cuentan con la posibilidad de estudiar, en momentos de crisis familiar son las primeras que deben abandonar las escuelas para trabajar y conseguir ingresos para el hogar.

El acceso deficiente a los servicios básicos que se analizó en el ámbito de la pobreza, tienen implicaciones muy marcadas para las mujeres y sus hijos. Las grandes diferencias en la mayoría de las regiones entre el número de niñas y de niños que nunca han acudido a la escuela son una muestra palpable de la discriminación que confrontan las niñas y las mujeres. En muchos sectores, se considera que la discriminación de género es uno de los elementos que contribuyen con más fuerza a que los niños vivan en situaciones de pobreza. La forma en que se obtienen los recursos, y cómo se valoran y distribuyen,

¹⁵¹ Ibidem. Pág. 22

depende de las relaciones de poder entre los hombres y las mujeres dentro del hogar y en la propia sociedad. Bien señala Bina Agarwal¹⁵² en el informe para el Estado Mundial de la Infancia 2005 titulado “*Bienestar del niño y propiedad de la madre*”¹⁵³, lo siguiente:

“Investigaciones recientes parecen indicar que, aunque los bienes familiares tienen un efecto positivo en el bienestar del niño, son los bienes que pertenecen a la madre los que realmente influyen... El hecho de que las mujeres carezcan de propiedades o de derechos sobre propiedades puede también afectar al bienestar del niño cuando el VIH/SIDA representa una amenaza... Los niños (y especialmente las niñas) son quienes más ayudan a sus madres en la recogida de leña, forraje y agua. En épocas de escasez, esta carga se endurece, y puede incluso hacer que algunas abandonen la escuela o que no asistan a clase, a fin de poder ayudar a sus madres...”

Así pues, enumerar estos factores no es simplemente establecer una lista de circunstancias aisladas que podrían afectar la situación y el futuro de niños y niñas, por el contrario, se trata de la enunciación de una serie de

¹⁵² La Dra. Agarwal es profesora de economía en el Institute of Economic Growth de la Universidad de Delhi, y autora de un influyente libro que ha cosechado múltiples premios: *A Field of One's Own: Gender and Land Rights in South Asia* (Cambridge University Press, 1994). Ha escrito además numerosos artículos sobre pobreza, desigualdad de géneros, derechos de propiedad y gestión del medio ambiente entre otros temas.

¹⁵³ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 24-25

factores que se superponen a veces uno de otro, pero se refuerzan mutuamente, generando la inevitable consecuencia en común de amenazar la infancia y poner en riesgo la supervivencia de millones de niños y niñas alrededor de todo el mundo. Las cifras sobre las consecuencias nefastas que engendra un conflicto armado, son realmente alarmantes. Por encima de los excesivos índices de pobreza, los problemas de salud, nutrición y educación y las repercusiones de la guerra, queda patente la vulnerabilidad tanto de niños y de niñas en cada una de esas situaciones, y la poca reacción que los mismos puedan tomar cuando las posibilidades en realidad se limiten a una sola: sobrevivir. Así mismo, dichos factores reflejan no sólo la influencia que tienen sobre la población y en especial sobre la infancia, sino también arroja un hecho que a nivel mundial cobra mayor número de víctimas, es decir, los niños y niñas inmersos en esas circunstancias son tratados a veces como mercancías y lo que es aún peor, se han convertido en objetivos militares de carne y hueso.

SECCION II.- LOGROS ALCANZADOS Y NUEVOS RETOS

Habiendo mostrado las distintas repercusiones de la guerra sobre la infancia, y cifras aproximadas que permiten generar una mejor visión acerca de la condición real y el impacto de la guerra sobre los niños y las niñas, se pasa en seguida a analizar, la no muy fácil tarea de establecer, cuáles son los principales logros alcanzados hasta este momento enfocados a mejorar la condición de la infancia, no sólo en el plano investigativo y de formulación de propuestas sino también en el campo normativo y/o jurisdiccional, a fin de garantizar a millones de niños y niñas alrededor del mundo, la protección de

sus derechos para poder acercarse a un mayor desarrollo que les permita participar como miembros plenos y en igualdad de condiciones dentro de la sociedad.

A.- Consenso mundial en torno a la protección de la infancia

Como ya se ha visto, el incremento considerable del número de muertes entre la población civil quizás sea el mejor reflejo del aumento de conflictos armados tras la caída del bloque comunista. Desde 1990, más de 50 conflictos armados¹⁵⁴ han costado directamente las vidas de 3,6 millones de personas y más de un 45% de esas muertes se trata de niños y niñas¹⁵⁵. Las fuerzas y los grupos armados han convertido a los civiles en un objetivo de guerra, especialmente a los niños y las niñas.

En contraposición a lo anterior, la explotación cada vez mayor de los niños y las niñas como soldados, ha potenciado un mayor consenso para proteger la participación infantil en los conflictos armados.

Anteriormente, las primeras normas que prohibían el reclutamiento de niños y niñas se establecieron en 1977 a través de los Protocolos Adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹⁵⁶ y por medio de la Convención

¹⁵⁴ Op. Cit. Stockholm International Peace Research Institute, 2004. **Yearbook 2004. Armaments, Disarmament and International Security.**

¹⁵⁵ Op Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005.** Pág. 10

¹⁵⁶ El artículo 77 inciso 2) del Protocolo I Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, establece: "...Las Partes en conflicto tomarán todas las

sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁵⁷, donde inicialmente se estableció el mínimo de 15 años de edad para el reclutamiento y la participación de niños y niñas en cualquier tipo de hostilidades. Posterior a ello, en una etapa intermedia ubicada en la década de los 90 un grupo de nuevas normas han venido a reforzar la protección infantil. Algunas surgieron ante un conflicto o situación en particular como lo fueron el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia de 1991 y el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda de 1994, otras por el contrario surgieron como consecuencia de un problema regional de mucha gravedad tal como la Carta Africana de los derechos y del bienestar del niño de 1990, que se creó con el fin de resguardar los derechos del niño africano. En 1998 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el mismo que entró en vigor el 1 de julio del año 2002, y preparó el terreno para la creación de un órgano reconocido internacionalmente, que enjuiciara a los presuntos criminales de guerra que, por una u otra razón, han escapado al juicio en los sistemas judiciales nacionales. Un año después, se aprobó el Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo de 1999, que vino a considerar el reclutamiento forzoso de los niños en las fuerzas armadas como una de las peores formas de trabajo infantil, pues no sólo los hace proclives a su explotación sino también a los malos tratos y al abuso.

medidas posibles para los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad". El artículo 4 inciso 3) del Protocolo II Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, establece: "...Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten, y en particular: ...c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades."

¹⁵⁷ El artículo 38 inciso 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades."

Hasta llegar finalmente al 2002, año en el que entró en vigor el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados del año 2000, que se centra sobre la participación de niños y niñas combatientes y aumenta la edad mínima de las personas para ser reclutadas a participar en la guerra, en 18 años de edad.

Otro de los avances significativos en materia de protección de la infancia en el contexto de un conflicto, es la participación activa de gobiernos, organismos de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales, más otras entidades e individuos identificados con la causa, quienes se han esforzado por investigar, dar a conocer la situación actual y promover soluciones al problema. En ese sentido, cabe destacar el informe titulado *“Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños”* publicado por Graça Machel en 1996¹⁵⁸, considerado el primer estudio en serio sobre la infancia y los conflictos armados, he hizo un llamamiento urgente para poner fin a la explotación de los niños y las niñas como soldados. Un año después, el Secretario General de las Naciones Unidas nombró un Representante Especial para la Infancia y los Conflictos Armados con el mandato de promover la protección, los derechos y el bienestar de la infancia en todas las fases de los conflictos a través de concienciar a la opinión pública sobre el problema,

¹⁵⁸ Graça Machel es fundadora y presidenta de la Fundación por el Desarrollo de la Infancia y presidenta de la Fundación Alianza Global Pro la Vacunación e Inmunización. Nombrada en 1994 presidenta de la Comisión de Estudios de las Naciones Unidas sobre el Impacto de los Conflictos Armados en la Infancia, y autora de uno de los más importantes estudios sobre la infancia y los conflictos armados. Galardona en 1995 con la Medalla Nansen de Naciones Unidas por sus trabajos en defensa de los derechos humanos y especialmente por la defensa de los derechos de la infancia. En 1998 recibió el Premio Príncipe de Asturias de Cooperación Internacional, por su trabajo en defensa y por la dignidad de la mujer.

fomentar las actividades de movilización, promover la aplicación de las normas internacionales relativas a la protección de los niños y las niñas en los conflictos armados, proponer iniciativas que obliguen a las partes en conflicto a realizar compromisos específicos para proteger a la infancia, e intentar que la protección de la infancia sea una prioridad en los procesos y las operaciones de paz¹⁵⁹.

La “*Declaración del Milenio*” del 2000, es otro proyecto de gran trascendencia y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pues en él se reproducen las aspiraciones de 189 países de la comunidad internacional y las instituciones dedicadas al desarrollo de cara al siglo XXI, con el fin de conseguir la paz y un mejor nivel de vida de todos los habitantes del planeta, en especial los más vulnerables, los niños y niñas del mundo, a través del cumplimiento de ocho objetivos puestos en práctica en los países más necesitados por un período de quince años y hasta el 2015¹⁶⁰.

En este mismo orden de ideas, el informe sobre “*El Estado Mundial de la Infancia 2005, La Infancia Amenazada*” elaborado por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y otras investigaciones de igual importancia publicadas por ese mismo organismo, ponen en evidencia la amenaza que pesa hoy sobre la infancia, cómo la pobreza sumerge a niños y niñas en

¹⁵⁹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. 2004. **Guía del protocolo facultativo sobre la participación de niños y niñas en los conflictos armados.** Nueva York, USA: UNICEF, pág 8.

¹⁶⁰ Los 8 Objetivos del Desarrollo del Milenio (ODM) son los siguientes: **1.-)** Erradicar la pobreza extrema y el hambre; **2.-)** Lograr la educación primaria universal; **3.-)** Promover la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer; **4.-)** Reducir la mortalidad de los niños menores de cinco años; **5.-)** Mejorar la salud materna; **6.-)** Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; **7.-)** Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y **8.-)** Fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

desgracia extrema, los conflictos armados y la violencia que reinan en la sociedad ponen en peligro sus vidas y les impide disfrutar de una vida familiar segura y tranquila durante su primera infancia, y el VIH/SIDA no sólo pone en riesgo la salud y la vida de todas las personas adultas, sino también sus consecuencias recaen directamente sobre los niños y las niñas.

Por otro lado, en la actualidad el apoyo y la discusión sobre tema dentro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no es la excepción. Desde 1999, el Consejo de Seguridad ha aprobado seis resoluciones sobre los niños y los conflictos armados: 1261 (1999), 1314 (2000), 1379 (2001), 1460 (2003), 1539 (2004) y 1612 (2005)¹⁶¹, que representan un avance en los esfuerzos llevados a cabo para poner fin a la utilización de los niños y las niñas en los

¹⁶¹ En la resolución S/RES/1261/1999 párrafo 2 de la parte dispositiva, el Consejo de Seguridad expresa: “Condena enérgicamente...el reclutamiento y la utilización de niños en conflictos armados.” En la resolución S/RES/1314/2000 párrafo 4 de la parte dispositiva, el Consejo expresa: “Insta a los Estados Miembros que estén en condiciones de hacerlo a que firmen y ratifiquen el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”. En la resolución S/RES/1379/2001 párrafo 16 de la parte dispositiva el Consejo de Seguridad expresa: “Pide al Secretario General que adjunte a su informe una lista de las partes en conflicto armado que recluten o utilicen niños en violación de las obligaciones internacionales que les sean aplicables”. **Esto introduce una medida de verificación sobre el reclutamiento y el uso de menores de edad en las hostilidades pues nunca se había señalado a las partes en un conflicto armado que reclutaran niños y niñas soldados.** En la resolución S/RES/1460/2003 párrafo 16 inciso a) de la parte dispositiva el Consejo expresa: “Pide al Secretario General que presente un informe que se refiera entre otras cosas a: a) Los progresos realizados por las partes en las tareas de poner fin al reclutamiento o la utilización de niños en conflictos armados”. En la resolución S/RES/1539/2004 párrafo 5 inciso a) de la parte dispositiva el Consejo expresa: “Toma nota con preocupación de que continúan el reclutamiento y la utilización de niños por las partes mencionadas en el informe del Secretario General...y a ese respecto: a) Pide a esas partes que preparen planes de acción concretos y con plazos precisos para poner fin al reclutamiento y la utilización de niños en contravención de las obligaciones internacionales. Por último, en la resolución S/RES/1612/2005 párrafo 16 de la parte dispositiva expresa: “Exhorta a los Estados Miembros, a las Entidades de Naciones Unidas, a las organizaciones regionales y subregionales y a otras partes interesadas a que adopten medidas adecuadas para controlar las actividades ilícitas que redundan en perjuicio de los niños, entre ellas el secuestro de niños y su utilización y reclutamiento como soldados”.

conflictos armados¹⁶². En el mismo seno de las Naciones Unidas, la Asamblea General a través de la Sesión Especial celebrada en mayo del 2002 emitió un documento final llamado *“Un mundo apropiado para los niños”*, donde los Estados Partes se comprometen a poner fin al reclutamiento y la utilización de niños en los conflictos armados en contravención del derecho internacional y velar por la desmovilización y desarme efectivos, y poner en práctica medidas para lograr su rehabilitación, su recuperación física y psicológicas y su reinserción en la sociedad¹⁶³.

Varias organizaciones no gubernamentales participan en la verificación y presentación de informes sobre los derechos de los niños y niñas en situaciones de conflicto y su tarea sirve de base informativa para las actividades del Consejo de Seguridad. Por ejemplo, como respuesta a la resolución 1379, la Coalición para Acabar con la Utilización de Niños y Niñas Soldados¹⁶⁴ preparó en 2002 un informe alternativo sobre el reclutamiento y el uso de niños y niñas soldados¹⁶⁵. La Coalición elabora también cada tres años un *“Informe Global sobre Niños y Niñas Soldados”*, que proporciona

¹⁶² Op. Cit. UNICEF. **Guía del protocolo facultativo sobre la participación de niños y niñas en los conflictos armados**. Pág. 9

¹⁶³ Ibidem. Pág. 9

¹⁶⁴ Esta Coalición fue creada en mayo de 1998 por varias organizaciones internacionales humanitarias y de derechos humanos, siendo la principal organización internacional no gubernamental para el seguimiento de la utilización de niños y niñas soldados en el mundo. Actualmente su sede central se encuentra en Londres pero cuenta con sedes de trabajo en África, Asia, Europa, América Latina y Oriente Medio. Las organizaciones que forman su Comité de Dirección son: Amnistía Internacional, Defensa de los Niños Internacional, Human Rights Watch, el Servicio Jesuita a Refugiados, la oficina Quaker para la ONU en Ginebra, la Alianza Save de Children y Terre des Hommes quienes mantienen relación con UNICEF, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Organización Internacional del Trabajo y trabajan para poner fin al reclutamiento y la utilización de niños y niñas como soldados, lograr su desmovilización y promover su reintegración en la sociedad.

¹⁶⁵ Op. Cit. UNICEF. **Guía del protocolo facultativo sobre la participación de niños y niñas en los conflictos armados**. Pág. 9

información detallada por país sobre el reclutamiento y la utilización de niños en conflictos armados y, donde procesa, información sobre los programas de desmovilización y reintegración.

Otra red de organizaciones internacionales no gubernamentales que elabora informes y programas sobre las violaciones a los derechos de la infancia, es la Watchlist on Children and Armed Conflict¹⁶⁶.

Finalmente, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja alrededor de todo el mundo, despliega a través del Comité Internacional de la Cruz Roja fundado en 1863 actividades operacionales para proteger la vida y asistir a las víctimas de la guerra o de la violencia interna, y promover el derecho internacional humanitario impulsando la aprobación por parte de los Estados de nuevas normas jurídicas. El CICR ha recibido de los Estados el cometido de seguir prestando protección y asistencia a las víctimas de los conflictos armados, al ser una organización humanitaria independiente, neutral e imparcial debidamente reconocida a través de los cuatro Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos Adicionales. Asimismo, ha adscrito acuerdos de sede con sujeción al derecho internacional con las autoridades de casi todos los países donde trabaja, lo cual lo ha hecho merecedor de privilegios e inmunidades, tales como la inmunidad contra procedimientos jurídicos y la inviolabilidad de sus instalaciones, archivos y otros documentos, que habitualmente sólo se conceden a las organizaciones intergubernamentales.

¹⁶⁶ Ibidem. Pág. 9

Visto algunos de los logros más importantes en el campo de protección de la infancia en el contexto de un conflicto armado, véase ahora los principales retos que se originan a propósito de la Corte Penal Internacional en el concierto de la Sociedad Internacional.

B.- Apertura del espacio penal internacional a partir del funcionamiento de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (CPI) se trata de un sistema jurisdiccional creado a través de un tratado aprobado en julio de 1998 y puesto en vigor el 1 de julio del 2002, creado como el primer tribunal mundial permanente de crímenes de guerra. A seis años de comenzar a funcionar, la CPI comienza hacer sentir sus primeros frutos en el campo del derecho penal internacional. La acción de la Corte, va encaminada hacia dos áreas totalmente definidas. La primera de ellas, hacia el interior, dirigida a definir los mecanismos de procedimiento, recolección de prueba, tratamiento de víctimas y testigos, así como las relaciones entre cada uno de sus respectivos órganos. La otra área, hacia el exterior, orientada fundamentalmente hacia la persecución penal de quienes cometen o participan en la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio.

Es justamente en esta segunda área donde cobra importancia la CPI, pues la actividad jurisdiccional de la Corte se caracteriza por ser de carácter subsidiario. Así el párrafo décimo del preámbulo establece que la "*Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria a las jurisdicciones penales nacionales*". Lo cual implica que la Corte actuará

cuando la jurisdicción nacional a la que corresponda juzgar los hechos denunciados no lo haga¹⁶⁷.

En ese mismo sentido, la acción jurisdiccional de la CPI puede presentarse en tres situaciones diferentes. La primera de ellas, cuando por declaración expresa por parte de un Estado, éste delega las potestades de persecución, investigación y juzgamiento en la CPI, a través de la remisión de los hechos ante la Fiscalía¹⁶⁸. Incluso Estados que no formen parte del Estatuto de Roma podrán acudir a la CPI, pero para ello deberán declarar expresamente su voluntad mediante comunicación ante la Secretaría de la misma Corte¹⁶⁹.

La segunda situación, regulada por lo artículos 14, 15 y 17 del Estatuto, se presenta cuando un Estado *“no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento”*¹⁷⁰. Para valorar la existencia de este supuesto debe recurrirse a los criterios previstos por el párrafo 2 del artículo 17 según el cual esta condición puede darse cuando: (a) el juicio realizado en el Estado competente para realizarlo *“haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”*; (b) la existencia de *“una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la*

¹⁶⁷ Cascante Segura, Carlos Humberto. (2002). **Corte Penal Internacional. Análisis jurídico-político del Estatuto de Roma.** Trabajo final de graduación para optar por título de Maestría en Diplomacia. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, pág. 30.

¹⁶⁸ Art. 13 inc) a) en relación al art. 14 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998

¹⁶⁹ Art. 12 inc 3) del Estatuto de Roma de 1998

¹⁷⁰ Art. 17 párrafo 1) inciso b) del Estatuto de Roma de 1998

persona de que se trate ante la justicia” y; (c) la existencia en el proceso seguido por el Estado de elementos que hagan presumir que el juicio “no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”¹⁷¹.

La tercera situación, consiste en la “incapacidad para investigar o enjuiciar los hechos previstos por el Estatuto de Roma. Lo cual, de acuerdo con el artículo 17 párrafo 3, puede presentarse por: (a) el “colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella”; (b) la incapacidad para “hacer comparecer al acusado”, y; (c) la imposibilidad de disponer de las pruebas y los testimonios necesarios. Asimismo, el artículo en cuestión abre la posibilidad de incluir otras situaciones en este supuesto al señalar que la Corte puede llevar a cabo sus funciones cuando “por otras razones los órganos de Estado competente para ello no este en condiciones de llevar a cabo el juicio”¹⁷².

Como se puede apreciar, la apertura del ámbito penal internacional a partir del funcionamiento de la Corte Penal Internacional es enormemente significativa. Su funcionamiento, no sólo permite llevar a cabo un juicio que por diversas razones no pueda realizarse a través de las jurisdicciones nacionales, sino también; aumenta las posibilidades reales de enjuiciar a personas que han cometido delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, y que por

¹⁷¹ Op. Cit. Cascante Segura, Carlos Humberto, págs. 32-33

¹⁷² Ibidem., pág. 33

las razones señaladas se han escapado de la acción de la justicia, reduciendo un poco la brecha de impunidad que existe hoy, por quienes han cometido esa clase de delitos atroces en contra de la humanidad y específicamente en perjuicio de niños y niñas inocentes.

Visto lo anterior, se pasa entonces a analizar un caso particular que evidencia la puesta en marcha de la labor jurisdiccional de la Corte, y a la vez, genera grandes expectativas sobre cuál va a ser la capacidad operativa de la CPI y sus repercusiones a nivel internacional, cual es el Caso “El Fiscal vrs. Thomas Lubanga Dyilo que de inmediato se pasa a analizar.

i) El Caso “El Fiscal vrs. Thomas Lubanga Dyilo”

El Caso de Thomas Lubanga Dyilo, marcó un importante hito en la historia del derecho penal internacional y de la Corte Penal Internacional (CPI), al constituirse en el primer juicio en conocimiento del nuevo Tribunal cuyo estatuto entró en vigor desde el 1 de julio del 2002. Lubanga, es la primera persona contra quien se ha llevado a cabo un juicio ante la CPI, el primer individuo acusado en la situación de la República Democrática del Congo (RDC) y el primer detenido de la CPI¹⁷³.

Inicialmente, la Corte emitió sus primeras órdenes de arresto el 14 de octubre 2005 contra cinco dirigentes del Ejército de Resistencia del Señor (ERD) de Uganda, quienes han encabezado una insurgencia de más de 20

¹⁷³ Coalición por la Corte Penal Internacional (2002). < [http:// www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) >. [Consulta: 29 de octubre del 2008].

años que ha dejado miles de víctimas a su paso. Tiempo después, justamente el 17 de marzo del 2006 la CPI dio a conocer la orden de detención de Lubanga y otros dirigentes de grupos armados en Ituri, República del Congo, que a raíz de la matanza de nueve bangladeshíes que integraban una fuerza de la ONU para el mantenimiento de la paz en Ituri, fueron detenidos y reclusos en la prisión de Makala, ubicada en Kinshasa capital de la República Democrática del Congo desde donde fueron trasladados luego hacia la Corte Penal Internacional de la Haya¹⁷⁴.

Thomas Lubanga, presunto líder fundador de la Unión de Patriotas Congoleños (Union des Patriots Congolais UPC) y comandante en jefe de su ala militar, las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (Forces Patriotiques pour la Libération du Congo FPLC), fue acusado en aplicación del artículo 8 del Estatuto de Roma, de cometer crímenes de guerra en la República Democrática del Congo desde julio del 2002, por el alistamiento y la conscripción de menores de quince años y su utilización para participar activamente en las hostilidades¹⁷⁵ que se desencadenaron en esa región desde hace 15 años¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Amnistía Internacional (2002). < [http:// www.amnesty.org](http://www.amnesty.org) >. [Consulta: 29 de octubre del 2008].

¹⁷⁵ La República Democrática del Congo, es una región rica en oro, diamantes y madera. Fue campo de batalla de rebeldes, facciones locales, tribus y varios países vecinos durante una guerra de 1998 a 2003 considerada una de las más sangrientas desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, y que dejó como saldos negativos 4 millones de muertos debido principalmente al hambre y las enfermedades, y en la que se lograron contabilizar 30.000 niños y niñas asociados a los grupos armados al momento de culminar la guerra. Una situación similar, se vive en la región de Darfur ubicada en Sudán, donde aproximadamente unas 200.000 personas murieron y dos millones más debieron huir de sus casas, víctimas de milicianos árabes apoyados por el gobierno de Sudán, en una campaña lanzada contra los negros africanos desde el 2003.

¹⁷⁶ Amnistía Internacional (2002). < [http:// www.amnesty.org](http://www.amnesty.org) >. [Consulta: 29 de octubre del 2008].

Sobre la acusación, los fiscales aseguraron que Lubanga había entrenado a niños de 10 años para matar, luego los hizo cometer crímenes y posteriormente los dejó morir en el período antes señalado. Por su parte, Lubanga un hombre de 46 años negó terminantemente los cargos, y por el contrario, su abogado acusó a la fiscalía de haber retenido información vital para los intereses propios de la defensa.

El 2 de julio del 2008, la Sala Primera de Instancia de la CPI le otorgó al acusado la liberación provisional como consecuente de la decisión del 13 de junio del 2008, por medio de la cual se suspendía el proceso por las complicaciones surgidas de la publicación de pruebas exculporias¹⁷⁷. Al respecto, los magistrados se refirieron sobre la imposibilidad de llevar a cabo un juicio justo en contra del acusado, razón por la que consideraron que la justificación para continuar con su detención ya no era válida, dando razón a la defensa del acusado que había alegado que la Fiscalía no puso a su disposición, documentos con aparente material eximente a favor de su representado que hubiesen tendido a demostrar la inocencia de Lubanga, mitigar su culpa o afectar la credibilidad de las pruebas ofrecidas por la Fiscalía.

Para la Corte, la desclasificación de las pruebas exculporias en posesión de la Fiscalía es un aspecto fundamental del derecho del acusado a un juicio justo, e indicó a la misma Fiscalía que había hecho una interpretación

¹⁷⁷ Coalición por la Corte Penal Internacional (2002). < [http:// www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) >. [Consulta: 29 de octubre del 2008

errónea del artículo 54 inc) 3 del Estatuto de Roma¹⁷⁸, instándola a garantizar que su labor de investigación y los procedimientos iniciados, reflejaran la diversa y compleja naturaleza de los crímenes cometidos.

Posteriormente, tanto la suspensión del juicio como la liberación del acusado fueron apeladas por el Fiscal y se les concedió un “efecto suspensivo”, por medio del cual el acusado no abandonaría el centro de detención hasta que no se pronunciara la Sala de Apelaciones¹⁷⁹.

Finalmente, el 21 de octubre del 2008 la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional rechazó la apelación presentada por el Fiscal Luis Moreno Ocampo para retomar el juicio en contra del primer acusado de la CPI, Thomas Lubanga Dyilo, confirmando la decisión de la Sala Primera de Instancia de mantener la suspensión en el proceso seguido contra el miliciano congonés.

Sin embargo, los magistrados decidieron dar lugar a la apelación del fiscal con respecto a la liberación del acusado, revirtiendo la decisión de la Sala Primera de Instancia de liberar al acusado, argumentando que la Sala de Instancia se equivocó al decir que la liberación de Lubanga sería una consecuencia inevitable de la suspensión del proceso. Por lo tanto, reenviaron el tema de la liberación del acusado a la Sala de Primera de Instancia para una nueva determinación a la luz de ese último juzgamiento y tomando en

¹⁷⁸ Al analizar el artículo, la Cámara concluyó que la Fiscalía puede recibir información y documentos de forma confidencial, pero estos no pueden ser utilizados en el juicio y sólo pueden usarse con el fin de generar nueva evidencia. En el fallo, la Cámara concluyó que el error provocó que una gran parte de la evidencia incriminatoria no haya sido revelado al acusado y esto inhibió inadecuadamente las oportunidades del acusado de preparar su respectiva defensa.

¹⁷⁹ Coalición por la Corte Penal Internacional (2002). < [http:// www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) >. [Consulta: 29 de octubre del 2008

consideración todos los factores relevantes, incluyendo la necesidad de que el acusado permanezca detenido, de conformidad con las condiciones provistas en los artículos 60 y 58 inciso primero del Estatuto de Roma. Para ello, la Sala de Apelaciones recordó que en la decisión del 29 de mayo de 2008, la Sala de Primera Instancia determinó que la detención de Lubanga era necesaria dado que el acusado podría regresar a la República Democrática del Congo y sería imposible garantizar su permanencia en un futuro juicio¹⁸⁰.

A pesar del resultado, el fallo refuerza el compromiso de la propia CPI por lograr y mantener mayores estándares para un juicio justo de cualquier persona, incluso en los casos donde la persona sea acusada de cometer delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra. De la misma manera, la imparcialidad, la independencia y la cooperación con los demás Estados, son principios fundamentales con los que trabajan los jueces de la Corte, con miras a contribuir enormemente con toda la comunidad internacional y a fortalecer la credibilidad en la propia Corte como Tribunal internacional justo, eficaz e independiente.

Corolario a lo anterior y a la importancia que ha significado el caso descrito, se han sentado precedentes importantísimos en la lucha contra la impunidad por delitos cometidos contra los niños, adquiriendo con mayor seriedad la determinación por aplicar las normas internacionales de protección de niños y niñas. Producto de esa determinación, actualmente el Caso Lubanga no es el único en proceso de investigación puesto en conocimiento de

¹⁸⁰ Coalición por la Corte Penal Internacional (2002). < [http:// www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) >. [Consulta: 29 de octubre del 2008]

la CPI, que ha emitido órdenes de arresto para realizar las respectivas investigaciones enfocadas en cuatro de los conflictos más desastrosos de los últimos 20 años en países como Sudán, Uganda, La República Democrática del Congo y la República Centroafricana, dando como resultado la detención hasta el día de hoy, de cuatro personas acusadas de cometer crímenes de lesa humanidad y de utilizar a niños y niñas para enlistarlos y enviarlos a combatir como soldados, mismos que se encuentran custodiados en el centro de detención del propio seno de la CPI¹⁸¹.

ii) Responsabilidad penal de los menores

Teniendo en cuenta a estas alturas toda la situación que engloba un conflicto armado y la inevitable consecuencia que lleva a miles de niños y niñas a cometer atrocidades durante una guerra, surge la siguiente interrogante: Se puede exigir responsabilidad penal a un niño por las atrocidades que comete durante un conflicto armado?

Al respecto, debemos recordar que en la mayoría de los casos donde niños y niñas participan como combatientes lo hacen de forma forzada, en menor cantidad son inducidos a cometer toda clase de delitos valiéndose de engaños o de su propia inocencia y falta de discernimiento, y en el peor de los

¹⁸¹ Bosco Ntaganda, se convirtió en el cuarto detenido en la CPI, después de las detenciones de Thomas Lubanga Dyilo; Germain Kananga y Mathieu Ngudjolo entregado a la CPI por las autoridades congoleesas, entre otras órdenes de arresto que aún no se han hecho efectivas, como la de Omar Al-Bashir a quien la Fiscalía le atribuye haber cometido 10 cargos por crímenes de guerra y genocidio, en el marco de una campaña de muerte, violaciones y deportaciones en Darfur, una provincia de Sudán que se rehúsa a colaborar con las acciones emprendidas por la CPI.

casos, los niños que participan lo hacen por subsistencia, ya que combatir se convierte en su única fuente de alimento y de vivienda. De esta manera, los adultos que obligan a estos niños a participar en las hostilidades, o que consienten a tal participación, son los principales responsables de su reclutamiento, y por ende, de las consecuencias que de ello se deriven. Así pues, los niños y las niñas que hayan perpetrado estos actos, deben ser considerados víctimas de políticas criminales cuyos principales responsables son los adultos, de tal forma que los mecanismos judiciales internacionales deben centrarse en juzgar a los grupos políticos y militares responsables de la planificación y ejecución de crímenes durante un conflicto armado, y no exigiendo esa responsabilidad a los menores.

Sin embargo, a fin de restablecer el respeto por el imperio de la ley en las sociedades después del conflicto, los niños y las niñas que hayan participado en crímenes graves deben ser sometidos a una forma apropiada de rendición de cuentas, que se lleve a cabo de una manera que respete sus derechos y tenga en consideración su edad y su madurez, pues no se debe obviar que según la Convención sobre los Derechos del Niño, el objetivo principal es promover la reintegración en la sociedad de los niños y niñas que hayan perpetrado esos actos. Así entonces, cualquier procedimiento judicial que involucre a los niños debe situarse en el contexto de una justicia juvenil y reformativa para asegurar la recuperación física, psicológica y social del niño. Estos procedimientos deben incluir también a jueces, abogados, policías y

trabajadores sociales que hayan recibido formación sobre los derechos de la infancia¹⁸².

En todo caso, si el menor es prisionero de guerra o internado civil, la normativa que se ha venido utilizando prohíbe la ejecución de la pena de muerte impuesta a personas que en el momento de la infracción tuvieran menos de 18 años de edad¹⁸³ y en tal circunstancia, deberán ser mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos y acondicionado para menores excepto cuando estén alojados con sus familias, se les procurará el más inmediato apoyo para ponerlos en contacto directo y periódico con sus familiares, se les debe brindar acceso a los servicios básicos (alimentación, agua potable, condiciones de higiene adecuado y asistencia médica acordes con su edad y estado de salud en general) y por supuesto se les brinde educación¹⁸⁴, pues no se puede olvidar de todo este proceso, que la prioridad

¹⁸² Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**.Pág. 55

¹⁸³ El artículo 68 párrafo 4) del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece: "...En ningún caso podrá dictarse sentencia de muerte contra una persona protegida cuya edad sea de menos de dieciocho años cuando cometa la infracción". El artículo 77 párrafo 5) del Protocolo I Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, establece: "...5.- No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años". El artículo 6 párrafo 4) del Protocolo II Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, establece: "...5.- No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieran menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encintas ni en las madres de niños de corta edad".

¹⁸⁴ El Art. 76 del IV Convenio de Ginebra de 1949 establece sobre el trato debido a los detenidos: "Las personas protegidas inculpadas quedarán detenidas en el país ocupado y, si son condenadas, deberán cumplir allí su condena. Estarán separadas, si es posible, de los otros detenidos y sometidas a un régimen alimenticio e higiénico suficiente para mantenerlas en buen estado de salud...Habrà de tenerse en cuenta el régimen especial previsto para los menores de edad". El Art. 77 párrafo 4 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 establece: "Protección de los niños...4.-Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75". Y el Artículo 75 párrafo 5 de ese mismo Protocolo establece: "Garantías fundamentales...5.- Las mujeres privadas de libertad

máxima de aquellos niños y niñas combatientes, es justamente que vuelvan pronto con sus familias y a sus comunidades de origen, garantizándoles un futuro mejor.

por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar”.

CONCLUSIONES

Habiendo llegado hasta este punto, nos permitidos hacer una última mención sobre un acontecimiento de vital importancia con miras a determinar las conclusiones finales de esta investigación.

Precisamente, en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en junio de 1993 en Viena, tanto el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como el Comité Internacional de la Cruz Roja, lograron que la Conferencia considerase los vínculos entre las tres vertientes de protección analizadas en el primer capítulo de este trabajo (Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Refugiados), con el fin de promover una mayor conciencia sobre la materia y en beneficio de los más necesitados de protección, donde lógicamente se debe incluir de forma especial, el trato dirigido hacia niños y niñas de todo el mundo.

Y es que, el reconocimiento de la legitimidad sobre la preocupación de toda la comunidad internacional por la observancia de los derechos humanos en toda parte y en todo momento, constituye un paso decisivo hacia la consagración de obligaciones erga omnes en materia de derechos humanos¹⁸⁵, las mismas que no solo recaen y obligan a los Estados, sino en igual medida

¹⁸⁵ Op. Cit. Cançado Trindade, Antonio Augusto. (1996) “Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos”, pág. 39

sobre los organismos internacionales, los grupos particulares y las entidades detentadoras de poder económico, superando la concepción clásica según la cual el derecho internacional de los derechos humanos obliga sólo a los Estados y el derecho internacional humanitario extiende sus obligaciones en determinadas circunstancias a los particulares.

Sobre esta misma base, no se puede pretender entonces lograr la protección efectiva que la infancia requiere y reducir los índices de impunidad existentes, con la sola creación de organismos internacionales con función jurisdiccional y de investigación como en el caso de la Corte Penal Internacional, o bien, con la creación de otros cuerpos normativos que vengán a engrosar la lista de instrumentos internacionales creados con ese fin, a pesar de que esto último tiende a hacer progresivamente más complejo, amplio y eficaz el conjunto de medios de protección internacionales de los derechos humanos de niños y niñas combatientes.

La situación que afrontan los niños y las niñas así como la impunidad a raíz de los delitos que se cometen en contra de los infantes, es un problema que va más allá de tener instrumentos “eficaces” para sancionar a los presuntos responsables de cometer crímenes de guerra, genocidios y delitos de lesa humanidad, como el alistamiento forzoso de niños y niñas en las fuerzas armadas y/o el trato inhumano que se ejerce contra niñas víctimas de abuso y violencia sexual.

Para eso, los esfuerzos encaminados deben contar con el apoyo de todos los Estados quienes poseen los recursos técnicos, humanos y económicos necesarios, por lo que se considera que la reducción de los niveles

de impunidad y la presencia de niños y niñas soldados, es una meta que implica un cambio en la realidad de las estructuras actuales tanto nacionales como de la sociedad internacional, cambio de conciencia y de acción que debe centrarse primero a nivel interno de cada país, justamente en cada uno de los ámbitos analizados en la Sección I de del Capítulo Cuarto sobre los cuales la guerra ha repercutido de forma directa e indirecta en la infancia.

Habiendo aclarado eso, la hipótesis formulada al inicio de esta investigación queda debidamente probada. Se considera que ya existe una amplia gama de normas internacionales tendentes a regular las situaciones que se originan como consecuencia de un conflicto armado, por lo que resulta innecesaria la adopción de nuevas leyes internacionales que prohíban el reclutamiento de los niños y niñas combatientes, pues por sí solas no van a poner fin al reclutamiento. Deberán entonces los Estados en conflicto a adquirir compromisos más serios para evitar esa situación y por otro lado, todos los Estados deberán comprometerse de una vez por todas, a eliminar los obstáculos que oponen a la aplicación de la gran mayoría de instrumentos internacionales analizados en el Capítulo Tercero.

Los casos particulares para los cuales se han instaurado tribunales especiales para juzgar crímenes como los que aquí han quedado demostrados, tales como El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Tribunal Internacional para Rwanda y los Tribunales Especiales en Sierra Leona, han demostrado también que las normas existentes pueden ser tan efectivas como se espera que lo sean, para sancionar a los responsables de cometer delitos en contra de los niños y las niñas, no obstante; no se puede esperar a que

mueran miles de niños en todo el mundo o a nuevos estudios que revelen las cifras sobre la amenaza de la guerra y los niños que llegan a convertirse en combatientes, para generar los resultados esperados, y sean más bien los Estados quienes pongan de su parte y eliminen aquellas barreras ideológicas con el fin de no sujetarse a las responsabilidades internacionales de sus actos, como es el caso, por ejemplo, más claro de todos, de haber establecido un procedimiento de reforma tal y como se creó para el Estatuto de Roma, el cual implica que cualquier modificación o reforma al Estatuto, sólo podrá hacerse siete años después de la entrada en vigor del mismo. Es decir, si se pretende variar la definición del delito de agresión, el cual ha sido uno de los principales caballos de batalla por quienes se oponen al Estatuto, se sabrá que se debe esperar hasta el 2009 para entrar a analizar ese aspecto, evidenciando con ello la intención de muchos países por retrasar los procesos de ratificación y su compromiso por mejorar la situación. De igual manera pasa con el Protocolo Facultativo sobre la participación de niños y niñas soldados, al ver que son más la cantidad de países que han firmado la aprobación de dicho Protocolo, que de aquellos que lo han ratificado.

Por otro lado, también es preciso crear un entorno protector en el que se haga valer el interés superior del niño, invirtiendo recursos en la mediación y resolución de conflictos. Ello lleva también a la creación de nuevos modelos, que tiendan a eliminar las peores formas de trabajo infantil como el trabajo en condiciones de servidumbre y la explotación criminal de niños y niñas en la prostitución, a fin de evitar los malos tratos y la explotación de niños y niñas, lo mismo que, sirvan para asegurar el acceso de todos los servicios básicos de salud y educación, así como de convivencia y de recreación sin ningún tipo de

discriminación. En materia de educación, preciso sobre la necesidad de integrar programas de información relevante sobre la identificación de minas terrestres y restos de explosivos, toda vez que la educación es considerada también como uno de los elementos esenciales en una situación de emergencia¹⁸⁶. En el caso de los niños desplazados o refugiados que han sido parte y testigos de la guerra, se deberá promover con mayor rapidez la desmovilización de esos niños y niñas, a fin de ponerlos en contacto lo más pronto posible con sus familiares y sus comunidades, para no hacer más prolongado ese estado de sufrimiento y puedan ganarse la vida con nuevas opciones de educación y trabajo sano.

En materia de género, a estas alturas del siglo XXI indudablemente se debe romper con la errónea creencia sobre el sexo más débil, sobre todo en países de los continentes africanos y asiáticos donde se puede hallar con mayor número ejemplos de este tipo, sin obviar claro está, que esto es un problema global que ha variado con el tiempo de distintas maneras a través de todo el orbe. En el caso de las situaciones posconflicto, deberá prestarse mayor atención a los programas dedicados a la mujer, como por ejemplo, variar los financiamientos reservados para el ejército en comparación con las asignaciones a los programas de educación. Una prueba de esta afirmación, es que los proyectos dedicados específicamente a la mujer representaron solamente un 0.07% de los 1.700 millones de dólares del plan de

¹⁸⁶ En Liberia por ejemplo, el programa “Regreso a la Escuela” auspiciado por la UNICEF sigue activo luego de 14 años de guerra y ha brindado educación a más de un millón de niños y niñas a través de nuevas escuelas donde canalizan también otros servicios básicos, entre los que se incluyen atención a la salud, agua potable y saneamiento.

reconstrucción en el Afganistán patrocinado en 2002 por las Naciones Unidas¹⁸⁷.

En materia de salud y nutrición, debo destacar que los esfuerzos y las metas aún por alcanzar son a gran escala, a corto plazo se debe mejorar las condiciones sanitarias de los centros de salud y en un plazo no mayor, los Estados deberán dirigir sus propios programas de salubridad para ampliar los servicios de medicina preventiva e inmunización, tal como las campañas de vacunación para atender todo tipo de enfermedad infecto-contagiosas y extenderlos lo más pronto posible a las regiones más necesitadas. Deberán apoyar y fomentar, los programas de alimentación de niños y niñas y promover hábitos de una higiene segura entre la población.

Es de vital importancia hoy, que los mismos países faciliten el acceso a la población a los servicios integrales de prevención del VIH y el tratamiento de cualquier otro tipo de infección de transmisión sexual, que en conjunto con la pobreza y los conflictos armados como se vio anteriormente, se combinan para magnificar las repercusiones negativas sobre la infancia.

Por último, no se pueden reducir los esfuerzos por brindar apoyo psicológico esencial que requieren todos los niños y niñas que han sufrido consecuencias emocionales y psicosociales por las secuelas que genera la guerra, pues de todos esos esfuerzos en conjunto dependerá la posibilidad de

¹⁸⁷ Op. Cit. UNICEF. **Estado Mundial de la Infancia 2005**. Pág. 53.

reintegrar a niños y niñas víctimas de la guerra y dueños del mañana, lo antes posible en la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. ¿En que consiste la protección internacional?
http://www.acnur.org/index.php?id_pag=29
- Amnistía Internacional. República Democrática del Congo: la primera detención de la Corte Penal Internacional debe ir seguida de otras en todo el país.
<http://www.amnesty.org/es/library/asset/AFR62/008/2006/es/domAFR620082006es.html>
- Amnistía Internacional. Investigaciones y Casos.
<http://www.amnesty.org/es/international-justice/issues/international-criminal-court/investigations-cases#Investigacion-y-enjuiciamiento-de-crimes-cometidos-en-Darfur>
- Coalición por la Corte Penal Internacional. Sala de Apelaciones confirma suspensión del proceso, pero rechaza la liberación del Señor de la Guerra Thomas Lubanga Dyilo.
http://www.iccnw.org/documents/Lubanga_appeals_decision_21_october_2008_sp.pdf
- Coalition To Stop the Use of Child Soldiers. Global Report 2008: Child Soldiers. Bell and Bain. First Published. United Kingdom. 2008.

- Comisión Costarricense de Derecho Internacional Humanitario. Mesa Redonda: La mujer en la guerra. C.C.D.I.H. M&RG, S.A. San José, Costa Rica. 2006.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Estado Mundial de la Infancia 2005. La Infancia Amenazada. UNICEF. Nueva York, U.S.A. 2004.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Guía del protocolo facultativo sobre la participación de niños y niñas en los conflictos armados. UNICEF – Coalición para acabar con la utilización de niños soldados. Nueva York, U.S.A. 2004
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Colombia y las minas antipersonales: Sembrando minas cosechando muerte. UNICEF-Colombia. Editorial Crear & Comunicar. Bogotá, Colombia. 2000.
- Instituto Interamericano de Derecho Humanos. Seminario Interamericano sobre la protección de la persona en situaciones de emergencia. I.I.D.H. San José, Costa Rica. 1996.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. IIJ-UNAM, Distrito Federal, México. 2002.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. IIIJ-UNAM, Distrito Federal, México. No.- 45, setiembre-diciembre, 1982.
- Méndez Silva, R. y López Ortiz, L. Derecho de los Conflictos Armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos

relacionados. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Tomos I-II. Distrito Federal, México. 2003.

- Pastor Ridruejo, José Antonio. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales. Editorial Tecnos. Octava Edición. Madrid, España. 2002.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe de Desarrollo Humano 2003. Oxford University Press para el PNUD. Nueva York, U.S.A. 2003.
- Swinarski, Christophe. Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana. Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comité Internacional de la Cruz Roja. Primera Edición. San José, Costa Rica. 1990.
- Swinarski, Christophe. Introducción al derecho internacional humanitario. Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comité Internacional de la Cruz Roja. Primera Edición. San José, Costa Rica. 1994.
- Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Yearbook 2004. Armaments, Disarmament and International Security. SIPRI. Oxford University Press. United Kingdom. 2004.
- Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Yearbook 2007. Armaments, Disarmament and International Security. SIPRI. Oxford University Press. United Kingdom. 2007.

TRABAJOS FINALES DE GRADUACION

- Cascante Segura, Carlos Humberto. Corte Penal Internacional. Análisis jurídico-político del Estatuto de Roma. Trabajo final de graduación para optar por el título de Maestría en Diplomacia. Campus Rodrigo Facio: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2002.
- Chamberlain Bolaños, Cynthia. La implementación del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional en el Derecho Costarricense. Tesis para optar por título de licenciada en derecho. Campus Rodrigo Facio: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2003.
- González Chacón, C. y Nájera Pérez, S. Aplicación del derecho de refugiados y del derecho humanitario en conflictos armados. Trabajo final para optar por el grado de licenciatura en derecho. Campus Rodrigo Facio: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2003.

REVISTAS

- Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. Tratado sobre comercio de armas: no más armas para cometer atrocidades. Primera Edición. Editorial Alquimia S.A. San José, Costa Rica. 2005
- Jara, Luis. Los hijos de la guerra. Revista Proa, La Nación. San José, Costa Rica. 25 de junio del 2006.

TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

- Carta africana de los derechos y del bienestar del niño africano de 1990
- Convención Americana sobre derechos humanos de 1969
- Convención sobre los derechos del niño de 1989
- Convenio No. 182 de la O.I.T. sobre las prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de 1999
- Estatuto de la Oficina de la ACNUR de 1966
- Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia a partir de 1991
- Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda de 1994
- Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional de 1998
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del 2000
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977
- III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949
- IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas en tiempos de guerra de 1949

RESOLUCIONES

- Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/55/2 La Declaración del Milenio. 8 de septiembre del 2000.
- Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/48/157 Protection of children affected by armed conflicts. 20 de december de 1993.
- Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/S-27/2 Un mundo apropiado para los niños. 11 de octubre del 2002.
- Asamblea General de las Naciones Unidas A/51/306 Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños. Graça Machel, 26 de agosto de 1996.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1261/1999
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1314/2000
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1379/2001
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1460/2003
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1539/2004
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1612/2005

OTROS

- Mandoki, Luis. Voces Inocentes. 20th Century Fox. 120 minutos. México, 2004.