

I. ESTUDIOS/ STUDIES

LOS PAÍSES DE LA UE Y EL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS Y NIÑAS SOLDADO: ¿A LA VANGUARDIA EN LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA?

THE EU COUNTRIES AND THE RECRUITMENT, ENLISTMENT, AND USE OF CHILD SOLDIERS: LEADING IN CHILD PROTECTION?

Dra. Ruth ABRIL STOFFELS*

Resumen: El reclutamiento, alistamiento y uso de menores de 15 y 18 años ha sido regulado tanto por el Derecho internacional humanitario como por el Derecho internacional de los derechos humanos. Los Estados tienen la obligación de no hacer y de prevenir y sancionar. En este sentido, nos acercamos a la normativa de los 27 Estados miembros de la Unión Europea para ver si está previsto el alistamiento y reclutamiento de menores de 15 y 18 años, así como el uso que, en su caso, se puede hacer de los mismos en las hostilidades. De igual manera, nos acercamos al Derecho penal de este grupo de Estados para ver cómo se sancionan estos comportamientos. Teniendo todo esto en cuenta, nos planteamos si los países de la Unión Europea podrían crear una costumbre internacional que eleve la protección de niños y niñas más allá de lo que lo hacen las normas internacionales universales en forma de tratados o de costumbres. O si, por el contrario, pese a lo que parece, los países de la Unión Europea no están a la vanguardia en este campo.

Palabras clave: niños soldados; alistamiento y reclutamiento de niños y niñas; participación activa en las hostilidades; OPAC, PFCDN, niños y niñas asociados a grupos armados, Unión europea y DIH.

Abstract: The recruitment, enlistment, and use of children under 15 and 18 years old have been regulated both by International Humanitarian Law and International Human Rights Law. The obligations of States in this field are both to refrain from and to prevent and punish such actions. In this regard, we examine the regulations of the 27 European Union member States to determine whether the enlistment and recruitment of children under 15 and 18 years old, as well as their potential use in hostilities, are provided for or not. Similarly, we investigate the criminal law of these States to understand how these behaviours are punished. With all this in mind, we consider whether indeed the

* Profesora titular Universidad Cardenal Herrera CEU — rabril@uchceu.es. Estudio realizado con ayuda de la subvención para grupos de investigación consolidados — AICO 2023 (ciaico/2022/235/uchceu), correspondiente a la convocatoria establecida en el anexo X de la Resolución de 6 de octubre de 2022, de la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital (DOGV núm. 9449 de 14.10.2021).

countries of the European Union could establish an international custom that enhances the protection of children beyond what is provided by universal international norms in the form of treaties or customs. Or whether, on the contrary, despite appearances, the countries of the European Union are not at the forefront in this field.

Keywords: child soldiers; enlistment and recruitment of boys and girls; active participation in hostilities; OPAC; children associated to armed conflicts, European Union and IHL (International Humanitarian Law)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CUESTIONES PREVIAS. 3. COMPROMISOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE EN LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS FRENTE AL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO. 4. ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CONTRA EL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO. 5. EDAD MÍNIMA DE RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO POR PARTE DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA. 5.1. Conscripción. 5.2. Alistamiento. 5.3. Uso de niños en conflictos armados. 6. SANCIÓN DEL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO ILÍCITO DE NIÑOS EN LAS LEGISLACIONES PENALES DE LA UE. 6.1. Sanción del reclutamiento y alistamiento. 6.2. Sanción de uso de niños y niñas. 6.3. Consideración expresa como crimen de guerra, sanción penal y jurisdicción universal. 7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Los ciudadanos y gobernantes de la Unión Europea (UE) siempre han presumido de su compromiso con la protección y promoción de los derechos humanos dentro y fuera de sus fronteras. De hecho, es el grupo de países que ha firmado más convenios en este ámbito. Además, en el marco de su región, cuenta con varios instrumentos internacionales que elevan los estándares establecidos a nivel universal y los mecanismos de garantía de estos. Entre ellos, destacan la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, ya que ofrecen una importante protección a los individuos de forma general.

Por otro lado, los países de la UE se sitúan en el núcleo de países que contribuyen al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, no solo por su actuación en operaciones de paz de distintas organizaciones internacionales, sino también por ser altavoces de la promoción y protección de los derechos humanos en las organizaciones y organismos en los que participan, vinculados a este ámbito.

Por todo ello, podríamos plantearnos tres cuestiones cuyas respuestas, en principio, deberían ser positivas y corroborar el papel estelar de la UE en la protección y promoción de los niños en los conflictos armados, en concreto frente al reclutamiento, alistamiento y uso de niños en todo tipo de conflictos armados.

La primera cuestión sería saber si, efectivamente, todos los países de la UE han firmado estos convenios y, en todo caso, conocer el nivel internacional mínimo y máximo al que están sujetos.

La segunda cuestión sería saber si la edad de reclutamiento y alistamiento de niños soldado por parte de los países de la UE se sitúa en todo caso en los 18 años.

La tercera sería saber si los códigos penales de estos países recogen la infracción de las normas internacionales sobre este tema y si existe sanción para todos los comportamientos prohibidos por el Derecho internacional en todos los niveles. También, si la protección es mayor que la establecida por el Derecho internacional humanitario (DIH), convirtiendo esta región en la promotora de una costumbre internacional que eleva la protección de estos niños.

Las respuestas a estas preguntas nos servirán, en todo caso, para responder a la pregunta que da título a este artículo y, además, para ver la homogeneidad de la regulación nacional de los países de la UE, más allá de los documentos oficiales de esta organización al respecto.

Vamos a analizar los códigos penales de los Estados miembros, así como los códigos penales militares y otros textos penales y manuales militares para confirmar si los compromisos internacionales en materia de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños por fuerzas y grupos armados se reflejarán en los códigos penales de los Estados miembros. Como veremos a continuación, su consideración de violación grave del DIH y crimen de guerra obliga a sancionar penalmente estos comportamientos, al tiempo que a establecer jurisdicción extraterritorial para su enjuiciamiento.

Este estudio es original por la perspectiva y los documentos analizados. Así, se trata de ver cómo se incorporan las normas de Derecho Internacional en el Derecho interno en el campo del DIH y del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), para un grupo de Estados que presume estar a la vanguardia en la protección de los derechos humanos y, en especial, de los derechos de la infancia, en un tema de conexión entre ambos ordenamientos jurídicos. En concreto, se analiza cómo ambos ordenamientos protegen la infancia de los efectos de las hostilidades, en especial, a través de la prohibición de su reclutamiento y alistamiento, así como de su uso directo e indirecto por parte de fuerzas armadas y de los grupos armados no estatales.

Para conocer estos datos, nos serviremos de la legislación interna de los países. En concreto, nos centraremos en la legislación penal, fundamentalmente en códigos penales, códigos penales militares y otra legislación penal específica distinta de los códigos mencionados, en la que se encuentre la sanción de estos comportamientos¹. También serán de utilidad los informes que

¹ Se ha utilizado la traducción no oficial al inglés de estos documentos que se nos ofrece en internet. Salvo en el caso de Chipre, en el que no hemos podido obtener una versión actualizada en inglés, francés o español del código penal ni de las normas penales militares, con lo que no podemos hacer afirmaciones directas al respecto. No obstante, podemos extraerlas de las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño al respecto, que indican que no hay legislación penal alguna al respec-

los Estados presentan al Comité de los Derechos del Niño (CDN), tanto en sus informes iniciales sobre el cumplimiento del artículo 8 del Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados de 2000 (en adelante, “Informe OPAC”) como en los informes periódicos posteriores en cumplimiento del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, “Informe CDN”). En estos informes se completa la información incluida en este primer informe y las observaciones finales del Comité a los informes periódicos presentados por los Estados en virtud del artículo 44 de la Convención (Observaciones Finales CDN) y al primero de los informes presentados (Observaciones Finales OPAC). Finalmente, también nos serviremos de los informes globales de 2008 sobre niños soldado, ofrecidos por *Refworld* y UNHCR². Aunque la información que esta última contiene está desfasada, incluye información proporcionada directamente por representantes estatales que no se encuentra en otros lugares oficiales.

2. CUESTIONES PREVIAS

Respecto a la distinción entre reclutamiento y alistamiento que está en el centro de este estudio, es urgente destacar que el término “reclutamiento” se usa a menudo de manera amplia, englobando ambas modalidades, conscripción y alistamiento. Sin embargo, en algunos contextos, se utiliza como sinónimo de conscripción, leva o incorporación forzosa, es decir, el proceso mediante el cual una persona es compelida a incorporarse de forma obligatoria al ejército de un país o a un grupo armado, generalmente por un período de tiempo prolongado y en circunstancias que pueden variar dependiendo del nivel de excepcionalidad de la leva o incorporación forzosa, llevada a cabo por autoridades o individuos con poder en el grupo armado. Por otro lado, estaría el “alistamiento”, que se origina a partir de un acercamiento inicial del niño al grupo o fuerza armada al que decide unirse de manera voluntaria.

Para los fines de esta investigación emplearemos el término “reclutamiento” en referencia a la conscripción, y el término “alistamiento” para describir la entrada voluntaria en el contexto de fuerzas o grupos armados.

Todo ello sin perjuicio de que esta distinción formal se vuelva conceptualmente compleja en el caso de los niños y niñas menores de edad, especialmente cuando son muy jóvenes. Muchos organismos internacionales han abogado por no diferenciar entre estos conceptos en la redacción de textos

to. Observaciones finales sobre el informe presentado por Chipre en virtud del artículo 8, párrafo 1, del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (CRC/C/OPAC/CYP/CO/1) de 13 de octubre de 2017.

² REFWORLD, “Search the leading source of legislation, case law and UNHCR guidance on refugees, stateless and internally displaced persons, 2024. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain>

normativos, debido a la dificultad de determinar el grado de conocimiento e intencionalidad de los menores en la toma de decisiones, y por el contexto en el que se ven obligados a tomar estas decisiones, lo que les impulsa a incorporarse a las fuerzas o grupos armados en contra de su voluntad.

En segundo lugar, los textos jurídicos de los países, en general, nos hablan de “participación activa en las hostilidades”, pero hay textos que nos hablan de “participación en las hostilidades”, “uso para hostilidades” y “uso de niños por grupos armados”.

Ciertamente, el Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de los niños en los conflictos armados (en adelante OPAC) contiene en su título la palabra “participar”, en su preámbulo aparece el término “participación en las hostilidades” e incluso “participación de niños en conflictos armados”. Sin embargo, en la parte dispositiva, cuando se refiere a los ejércitos estatales habla de la “participación directa en las hostilidades”³ y cuando se refiere a los grupos armados⁴ nos habla de “participación en las hostilidades” como infracciones al Protocolo. Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional nos habla de “participar activamente en hostilidades”⁵ (ECPI) como crimen de guerra.

En efecto, el OPAC no nos está hablando de crímenes de guerra y el ECPI sí, pero los Estados, en general, en los textos que analizamos, cuando mencionan este comportamiento, lo hacen refiriéndose a delitos y crímenes de guerra y a niños de distintas edades. Por lo tanto, parece que esta distinción no está clara. Y más aún, cuando en las preguntas del CDN, previas a la aprobación de las observaciones finales específicas sobre las medidas tomadas por los Estados para aplicar el OPAC, aquel pide continuamente a los Estados aclaraciones acerca del alcance del término “participación directa”, cosa a la que los Estados o no responden o responden con evasivas. Por otro lado, las labores incluidas en esta conceptualización de participación directa, invisibilizan las tareas asignadas a las niñas por los grupos armados⁶. Además, en los textos penales normativos internos no se distingue siempre entre grupos armados o fuerzas armadas, por lo que parece que se emplean como sinónimo.

Durante mucho tiempo se ha debatido acerca de las diferencias entre participación activa y participación directa en las hostilidades⁷. Y no se trata de

³ Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de los niños en los conflictos armados (OPAC), Nueva York, 25 de mayo de 2000, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2173, art.1.

⁴ *Ibidem*, art. 4.

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), art. 8.2.b.xxvi y 8.2.c.vii.

⁶ ABRIL STOFFELS, Ruth y OJINAGA RUIZ, Rosario, “Los procesos de desvinculación y reintegración de las niñas asociadas con fuerzas o grupos armados: thinking outside the box”, *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2021, núm. 14, pp. 167-222.

⁷ DÍAS, Leandro, “Participación activa en las hostilidades según la Corte Penal Internacional: consecuencias problemáticas de un derecho internacional fragmentado”, en BUIS, Emiliano y LUTERS-TEIN, Natalia (eds.), *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional*, Sempithidia, Buenos

un asunto baladí, ya que de ello se derivan consecuencias, no solo para la protección frente al reclutamiento y uso de niños menores de 15 o 18 años, sino también para determinar en situaciones de conflicto armado interno hasta qué punto estos niños pueden ser objetivo militar e incluso, llevándolo al extremo, si pueden ser considerados miembros de grupos armados⁸. El origen de la problemática está en que en las distintas versiones de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos de 1977 se usa distinta terminología en distintos idiomas y textos. No obstante, según N. Melzer⁹ estos términos deben entenderse como sinónimos. Lo cierto es que incluso en estos casos el alcance del contenido de este tipo de participación tiene consecuencias graves, tal y como destacó la Sala de Apelaciones de la CPI en el asunto Lubanga¹⁰.

El problema está en que, si aceptamos que “participación activa” incluye participación directa e indirecta, a efectos de protección frente a ataques militares, y, en este caso, de los niños y niñas asociados a los grupos armados, su protección será menor, dado que podrían ser objeto de ataques y ser considerados como objetivos militares. Pero al mismo tiempo, al incluir dentro de la prohibición del uso de niños soldado a aquellos que se dediquen a funciones indirectas estamos ampliando su protección¹¹.

Por el contrario, si “activa” es equivalente a “directa”, muchos niños asociados con grupos armados quedarían fuera de los ataques directos. Salvo en los casos en los que se hable de participar en las hostilidades de forma general, dejaríamos fuera de la prohibición de ataque a todos los niños que realizan actividades vinculadas a la participación indirecta, cuya participación en ocasiones sí estaría permitida.

En todo caso, estos problemas de interpretación se verán en las normas de los Estados miembros de la UE que utilizan distinta terminología.

Introduzcamos ahora un nuevo elemento que puede arrojar algo de luz en este tema. *Los principios y compromisos de París relativos a los niños asociados a fuerzas o Grupos armados* de 2007, que han sido ratificados por todos los países de la UE, nos dan esta definición que es todavía más amplia:

Niño o niña vinculado con un grupo o fuerza armada se refiere a cualquier persona menor de 18 años que esté o haya sido reclutada o utilizada

Aires, 2016, pp. 145-166; SCHABAS, William, “The International criminal court”, en BLACK, David y WILLIAMS, Paul (eds.), *The International Politics of Mass Atrocities*, Routledge, 2010, pp. 150-170.

⁸ DÍAS, Leandro, *op. cit.*

⁹ MELZER, Nils, Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2010.

¹⁰ *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction* (Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo), 1 de diciembre de 2014, ICC-01/04-01/06-3121-Red, Corte Penal Internacional.

¹¹ ABRIL STOFFELS, Ruth, “¿Niñas soldado o niñas asociadas a las fuerzas armadas? Reclutamiento, vínculo y labores como elementos claves para determinar su estatus y proceso de desvinculación”, en PÉREZ, María (ed.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia: un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2020, pp. 155-179.

por un grupo o fuerza armada en cualesquiera condición, incluyendo, pero no limitándose a niños, niñas usadas como combatientes, cocineras, vigías, mensajeras, espías o para propósitos sexuales. No se refiere solo a una niña o niño que haga parte o haya sido parte directa en hostilidades¹².

Si bien este texto tiene como objeto proteger a los niños vinculados a fuerzas o grupos armados tanto antes como después del conflicto armado, y no tiene fuerza jurídica, lo cierto es que se emplea cuando se quiere hacer un análisis de los términos de “niños soldado” y “niños asociados a grupos y fuerzas armadas”, utilizando para ello, un concepto muy amplio, y se refiere a su utilización en “cualquiera condición”, es decir sea para lo que sea, y diciendo expresamente que no se refiere solo a la participación directa en las hostilidades.

Así y siguiendo la lógica mencionada, podríamos aventurarnos a decir que, a efectos del Derecho de La Haya, la participación directa se considerará de la forma más estricta. A efectos de Derecho de Ginebra, la participación en las hostilidades incluirá la participación directa e indirecta, activa o de otro tipo y, a efectos de prevención, liberación, desarme, participación en proyectos de desarme, desmovilización y reinserción se incluirá cualquier tipo de actividad que vincule a los niños con los grupos o fuerzas armadas, excluyéndose a los niños que tengan lazos de filiación (hijos) de miembros de estos grupos.

Esta solución dada no es la que favorece la integridad y el carácter compacto del DIH, pero ciertamente es la que vela de una mejor manera por el interés superior del menor de 18 años y parece más acorde con el espíritu del DIH¹³.

Teniendo como prisma este último principio mencionado, el interés superior del niño, es interesante realizar una interpretación estricta de estos conceptos para protegerlos en tanto que civiles en los conflictos armados y evitar que sean objeto de ataques. Sin embargo, desde la perspectiva de su protección como menores y visto como prohibición, lo más interesante sería una interpretación amplia que impidiese a los menores estar presentes en los grupos armados en cualquier caso. Por otro lado, y pensando en las niñas que son objeto de prostitución y esclavitud sexual, la justificación de que su participación pueda ser considerada como participación activa o directa o indirecta exige un hilado muy fino, tal y como se puede apreciar en la opinión disidente de la jueza

¹² FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCA [UNICEF], *Principios de París. Principios y Directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados*, Naciones Unidas, Nueva York, 2007.

¹³ En contra de este fraccionamiento véase: DÍAS, Leandro, “El voto de la jueza Elisabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”, *Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2014, pp. 20-46.

Odio Benito en el asunto Lubanga¹⁴ (Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párrs. 15-17), donde consideró, a efectos de sanción penal, que los actos de violencia sexual deben ser considerados como una participación directa en las hostilidades. Es decir, que cuando se prohíbe la participación directa, se incluye también la prohibición de violencia sexual contra los niños y niñas. Utilizó para ello el argumento de que de los tres requisitos que se exigen en la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* de N. Melzer¹⁵ publicada por el CICR, para la determinación de la participación directa en las hostilidades (superación del umbral del daño del acto protegido por la persona de que se trate, relación de causalidad entre la conducta y el daño y un nexo beligerante del acto), el primer elemento, que determina la posibilidad de cumplimiento de los otros, se verá satisfecho, no solo cuando se cause daño al enemigo, sino, en este caso, a la persona protegida por la prohibición de uso de los niños en los conflictos armados, esto es, los y las menores. Por ello incluiría su riesgo de que sean sometidos a entrenamientos brutales, y a torturas y malos tratos, violencia sexual, y otras actividades y condiciones de vida contrarias a sus derechos fundamentales. Y por ello incluiría todo tipo de participación y hasta la presencia en grupos armados, que estarían prohibidas.

Si bien las ideas de la jueza Odio Benito son acertadas en referencia a que si lo que se pretende es proteger a los y las menores, todo tipo de participación estaría prohibida, lo cierto es que los Estados distinguen entre participación directa y otros tipos de participación y parecen querer sancionar este uso de las niñas asociadas a los grupos armados a través de los tipos penales de agresiones sexuales.

Antes de continuar, debemos indicar que, pese a lo que, como veremos, aparece en algunos textos nacionales, el PAI, OPAC y ECPI distinguen dos acciones distintas, por un lado, la incorporación a las fuerzas o grupos armados y por otro el uso que una vez dentro. Por lo tanto, cuando se habla de reclutamiento para la participación en las hostilidades, se están fundiendo dos comportamientos distintos que merecen análisis distinto y sanción diferentes. Así, el reclutamiento de un menor de 12 años estaría prohibido, independientemente de que su labor fuese recoger flores para decorar las mesas o hacer turnos de guardia en un polvorín. Sin embargo, el alistamiento de un menor de más de 15 años podría estar permitido, en función de la normativa aplicable al país, pero nunca estaría permitido que participase directamente en actividades de combate.

Aunque los términos “jurisdicción universal” (aplicable necesariamente a los crímenes de guerra) y “jurisdicción extraterritorial” (que puede estable-

¹⁴ *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute* (The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo), 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06, Corte Penal Internacional.

¹⁵ MELZER, Nils, *op. cit.*

cerse unilateralmente a otro tipo de comportamientos sin que deban tener la gravedad de crimen internacional) no son sinónimos, los Estados parecen hablar de jurisdicción universal al hablar de ambos comportamientos en sus informes. Sin embargo, el CDN solo habla de jurisdicción extraterritorial en sus observaciones finales para todo tipo de comportamientos y para todo tipo de Estados. Aunque efectivamente, el uso de este último término puede tener un objetivo concreto, al no estar considerados explícitamente todos los comportamientos prohibidos como crímenes de guerra, lo cierto es que el CDN pide el mismo tipo de jurisdicción para los comportamientos que son crímenes de guerra y los que son considerados solo como infracción del OPAC. Ya sea para presionar indirectamente para que todos los comportamientos previstos en este texto se consideren como crímenes de guerra, ya sea para facilitar la labor del propio CDN simplificando sus demandas, lo cierto es que al leer los informes de los Estados y los documentos del CDN la distinción no está clara.

3. COMPROMISOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE EN LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS FRENTE AL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO

Todos los Estados de la UE han firmado los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, así como convenios de derechos humanos con disposiciones que se aplican en este campo como son: la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, la CDN)¹⁶, y su Protocolo facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (ONU 2000)¹⁷, el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, (núm. 182) (OIT 1999)¹⁸ y el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998)¹⁹.

Sin embargo, este compromiso a nivel internacional debe concretarse en medidas internas que permitan hacer efectivos los compromisos adquiridos. Esto se puede y se debe hacer mediante medidas legislativas, ejecutivas y judiciales.

Por otro lado, en los casos en los que estas medidas internas vayan más allá de lo establecido en la norma jurídica internacional, podemos plantearnos si ello está contribuyendo a la creación de una norma consuetudinaria regional o universal.

¹⁶ *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1577, p. 3.

¹⁷ OPAC, *op. cit.*

¹⁸ *Convenio N° 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, Ginebra, 1 de junio de 1999, Unión Europea, Organización Internacional del Trabajo.

¹⁹ ECPI, *doc cit.*

4. ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CONTRA EL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO

De acuerdo con lo indicado anteriormente, existe una serie de convenios que establecen una edad mínima para la presencia de niños en grupos y fuerzas armadas, así como para la realización de actividades vinculadas más o menos a los conflictos armados.

Los tres sectores que se ocupan de este tema, y que pretenden disuadir de los comportamientos objeto de nuestro análisis, son el DIH, el DIDH y el Derecho penal internacional. Vamos a comparar su protección, entendiendo por ella su capacidad de disuasión de estos y las edades contempladas por los mismos.

Empezando por el último, que es el que establece una protección más fuerte, aunque no la más alta, tenemos el Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde se considera como crimen de guerra el reclutamiento y participación en las hostilidades de niños y niñas menores de 15 años.

Teniendo en cuenta que los tipos penales consagrados en este texto se consideran costumbre internacional, y que las discusiones en el proceso de aprobación del texto se centraron en el alistamiento (que fue finalmente retirado) y en la participación (que fue finalmente limitada a la participación directa). Podemos decir que este sería el estándar mínimo aceptado por los Estados. Como he indicado es la protección más fuerte, porque implica que no solo están prohibidos estos comportamientos, sino que su comisión se califica como crimen de guerra tanto si se comete en un conflicto armado interno como internacional, tanto si es realizado por personas pertenecientes al Estado como si se trata de personas vinculadas a grupos armados no estatales. Sin embargo, como veremos a continuación, es la más baja existente en los textos internacionales (salvo en los propios Convenios de Ginebra, donde no hay protección alguna).

El siguiente nivel de protección es el contenido en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977. El Protocolo Adicional I establece en el artículo 77 que la edad mínima de reclutamiento en las fuerzas armadas es de 15 años, estableciendo una preferencia para los mayores de esta edad, en su caso, en orden inverso a los años. En cuanto a la participación, solo se prohíbe la “participación directa en las hostilidades” de menores de 15 años²⁰. El artículo 77.2²¹ del PAI No se dice nada sobre otro tipo de participa-

²⁰ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, Unión Europea, art. 77.

²¹ PILLOUD, Claude, SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno, *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Norwll, 1986, pp. 3183-3191.

ción ni sobre el alistamiento. Estos comportamientos prohibidos no se recogen expresamente como infracciones graves que puedan considerarse como crímenes de guerra. Además, no debemos olvidar que la esencia del DIH es proteger a los nacionales de un Estado o de un grupo enemigo. Sin embargo, aquí estamos protegiendo, en general, a nuestros propios nacionales. Este artículo es una de las pocas excepciones a esta idea.

El Protocolo Adicional II²², por su parte, ofrece una protección diferente, ya que sólo se refiere al reclutamiento por parte de fuerzas y grupos armados, a una edad mínima de 15 años y de “participar en las hostilidades” que, parece ser más amplio que el de la participación directa prevista en el PAI para los conflictos internacionales²³.

Así pues, queda claro que, en estos textos, el nivel mínimo de protección es el de reclutamiento y la participación directa en las hostilidades para menores de 15 años. El alistamiento y participación en las hostilidades quedan en una zona gris en la que se distingue entre fuerzas y grupos armados, por un lado, y conflictos armados internacionales e internos, por otro.

Más de diez años después, la Convención sobre los Derechos del Niño repite textualmente lo dicho en el PAI, sin aclarar las zonas grises²⁴. Y como consecuencia de ello, en el momento de la ratificación del Convenio e incluso posteriormente, algunos Estados emiten declaraciones que aclaran su interpretación de los compromisos o que elevan la protección ofrecida por la CDN. España, por ejemplo, manifiesta su disconformidad con el límite de edad de 15 años en reclutamiento y alistamiento²⁵; Argentina, por su parte, manifiesta su disconformidad e indica su compromiso con los 18 años como edad mínima²⁶. Lo mismo ocurre con Colombia, que indica que, a efectos de aplicación de la Convención en este campo, la edad de referencia es de 18 años²⁷.

Diez años después se abre a la ratificación el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, conocido como el Convenio 182 de la OIT. En este convenio se establece que los Estados tienen prohibido y deben eliminar las peores formas de trabajo infantil, entre las que se encuentra “el reclutamiento

²² Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo II), 8 de junio de 1977, Unión Europea, art. 4.3.c.

²³ PILLLOUD, Claude, SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno, *op. cit.*, pp. 4555-4557.

²⁴ OJINAGA, Rosario y ABRIL STOFFELS, Ruth, “La protección de las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2020, núm. 39, p. 7.

²⁵ Committee on the Rights of the Child: CRC/C/2/Rev.3, “Reservations, declarations and objections relating to the Convention on the Rights of the Child — Note by the Secretary-General”, 11 de julio de 1995, p. 19.

²⁶ *Ibidem*, p. 13.

²⁷ *Ibidem*, p. 16.

to forzoso u obligatorio para utilizarlos en conflictos armados”²⁸. Nótese, por tanto, que eleva la protección a 18 años, pero parece unir en una sola conducta ilícita lo que hemos calificado como dos comportamientos distintos: reclutamiento y uso. Al mismo tiempo excluye el alistamiento de menores para utilizarlos en conflictos armados. Está claro que la esencia de este artículo está en la incorporación forzada del menor de 18 años a fuerzas o grupos armados, sea cual sea la función que se les atribuya.

Sin embargo, en este mismo periodo, la sensibilidad hacia estos temas había avanzado considerablemente, y con el apoyo de una plataforma que reunía a los principales actores humanitarios que trabajaban para eliminar el fenómeno de los niños soldado, se firmó el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados y se hizo campaña para que los países lo ratificaran²⁹.

Este último texto es el que ofrece una protección más elevada a los niños y niñas. En primer lugar, porque separa la incorporación y participación como dos conductas distintas, prohíbe tanto el reclutamiento en todo tiempo y lugar de niños y niñas menores de 18 años en fuerzas o grupos armados como la participación directa en las hostilidades³⁰. En segundo lugar, porque se permite el alistamiento de menores de 18 pero mayores de 15 en las fuerzas armadas, pudiendo los Estados, a través de una declaración unilateral, ampliar el compromiso. En todo caso, estos niños no podrán participar directamente en las hostilidades. Para los grupos armados no estatales, la prohibición es más estricta, ya que se prohíbe el reclutamiento y la participación en las hostilidades a menores de 18 años. Esto, leído conjuntamente implica que se prohíbe incorporar a menores de 18 años a los grupos armados, cualquiera que sea su función en los mismos.

Teniendo en cuenta que todos los Estados de la UE han ratificado todos los documentos mencionados, la situación sería la siguiente:

En primer lugar, la conscripción y el uso de niños y niñas menores de 15 años para participar directamente en las hostilidades no solo están prohibidos, sino que son crímenes internacionales.

En segundo lugar: está prohibido el reclutamiento y uso de niños y niñas de entre 15 y 18 años para participar directamente en las hostilidades.

En tercer lugar: se prohíbe el alistamiento de niños menores de 18 años en grupos no estatales, y en el caso de fuerzas armadas se permite el de mayores de 15 años, pero se propone el depósito de una declaración unilateral de los

²⁸ Convenio N.º 182 de la OIT, *op. cit.*, art. 3.a.

²⁹ AMADOR, Ana y DE INZA, Blanca, “La evolución del reclutamiento de menores en los países participantes en la campaña “Niños, No Soldados” (Parte II)”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, 2017, núm. 8, pp. 363-400.

³⁰ OPAC, arts. 1, 2 y 4.1.

Estados Partes en la que se aumente la edad mínima de alistamiento que es de 15 años.

Cuarto: se prohíbe a los grupos armados el uso de menores de 18 años para participar de cualquier forma en las hostilidades. Sin embargo, para los grupos estatales, se permite la participación de niños y niñas menores de 18 años y mayores de 15 años en las hostilidades siempre que esta participación no sea directa.

Este sería el mínimo convencional al que estarían obligados todos los Estados de la UE, que, por lo tanto, deben trasladar a su normativa estatal interna, en unos casos al campo directo del Derecho administrativo militar y, en otros casos, al Derecho penal.

Por tanto, es preciso analizar el Derecho interno de los Estados miembros para verificar si, de hecho, han incorporado las obligaciones mencionadas a su normativa interna. También se debe analizar si los Estados han elevado unilateralmente esta protección que están obligados a proporcionar y si ello pudiera servir de base para afirmar la existencia de una costumbre internacional al respecto.

5. EDAD MÍNIMA DE RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE NIÑOS SOLDADO POR PARTE DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA

5.1. Conscripción

El reclutamiento militar en los Estados miembros de la Unión Europea (UE) presenta una notoria heterogeneidad, caracterizada por dos tendencias temporales discernibles. La primera de estas tendencias emergió en la década de 1980 y se orientó hacia la profesionalización de las fuerzas armadas. La segunda, que comenzó a manifestarse en la primera década del siglo XXI, contempla la reintroducción del servicio militar obligatorio, aunque en todos los casos se mantiene un componente militar profesional.

En este contexto, es importante resaltar que solo algunos Estados miembros de la UE aún conservan el servicio militar obligatorio y, por ende, la práctica de la conscripción. Estos Estados incluyen a Austria, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Letonia y Suecia con una edad de reclutamiento de 18 años, Grecia y Lituania incorporan a sus filas a varones de 19 años y la excepción dentro de toda la UE, Chipre, que recluta a niños de 17 años.

Cabe destacar que Suecia, a pesar de haber abolido el servicio militar en 2010, lo reintrodujo en 2019.

En cuanto a Chipre, se permite el reclutamiento, con ciertas excepciones en tiempos de paz. Sin embargo, en situaciones de conflicto o emergencia,

como la actual, se permite el reclutamiento para todas las personas que alcancen los 17 años a partir del 1 de enero del año en que cumplen dicha edad, según su declaración al firmar el OPAC. Cabe señalar que esta edad efectiva de reclutamiento se sitúa en los 17 años y seis meses, debido al momento de la convocatoria, que tiene lugar en julio. Es crucial tener en cuenta la posibilidad de que estos menores puedan ser desplegados para participar en operaciones militares.

Además, algunos Estados miembros de la UE no han abolido por completo el servicio militar, sino que lo han suspendido, con la capacidad de reactivarlo en situaciones excepcionales. Estos países comprenden Eslovaquia, Italia, Países Bajos, Polonia y Portugal. Todos estos Estados han ratificado el OPAC y han establecido la edad mínima de reclutamiento entre los 18 a 19 años.

El resto de los Estados miembros de la UE ha abolido por completo el reclutamiento militar, entre ellos se encuentran Alemania, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Malta, República Checa y Rumanía³¹.

Un dato relevante, que merece ser destacado es que, tras la reintroducción del servicio militar obligatorio, Suecia se ha convertido en el único Estado miembro de la UE que incluye a las mujeres en este proceso. En contraste, en los demás Estados miembros, la conscripción se aplica exclusivamente a la población masculina.

En resumen, en el contexto de los Estados miembros de la UE que mantienen el reclutamiento militar o pueden reactivarlo en situaciones excepcionales, solo Chipre permite el reclutamiento de personas menores de 17 años, a pesar de haber ratificado el OPAC, que prohíbe esta práctica. La mayoría del resto de los países mantienen una edad mínima de reclutamiento de 18 años, con algunas excepciones que la elevan a 20 años. En todos los casos, estos países cumplen con las obligaciones estipuladas por el OPAC.

5.2. Alistamiento

En la UE, todos los Estados miembros cuentan con fuerzas armadas profesionales a las que se accede mediante un proceso de alistamiento o reclutamiento voluntario. Sin embargo, existen diferencias notables en cuanto a las edades y las condiciones requeridas para este alistamiento en los diferentes países. Es importante señalar que todos los países de la UE han presentado una declaración voluntaria, de conformidad con el artículo 3 del OPAC, en la que establecen que la edad mínima para el alistamiento debe ser superior

³¹ Estos datos se pueden obtener en la sección de Military service age and obligation de CIA: The World Factbook en <https://www.cia.gov/the-world-factbook>, así como en las declaraciones al OPAC se pueden recuperar en la página: <https://indicators.ohchr.org/> y en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es.

a los 15 años. No obstante, como se detallará a continuación, algunos países fijan la edad de alistamiento en 18 años, por lo que excluyen la incorporación de menores de 18 años a las fuerzas armadas, mientras que otros permiten el alistamiento a partir de los 17 años. De este modo, el estándar mínimo de alistamiento en la UE se sitúa en los 17 años.

Los países de la UE que no permiten el alistamiento de menores de 18 años son los siguientes: Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia.

No obstante, cabe destacar que Irlanda permite la asistencia a escuelas militares, aunque es importante subrayar que los menores no pueden desempeñar “tareas militares” hasta alcanzar los 18 años. En el caso de Italia, aunque en la declaración realizada en la ratificación del OPAC se establece una edad mínima de 17 años para el alistamiento, la normativa interna actualmente prohíbe el alistamiento de menores de 18 años. En el caso de Bélgica se permite la entrada en la academia militar a los 17 años, donde adquieren el estatuto militar.

Los países que sí permiten el alistamiento de mayores de 17 años y menores de 18 son los siguientes: Alemania, Austria, Chipre, Francia, Malta y Países Bajos.

Aunque en Alemania el alistamiento es a los 17 años, se indica expresamente que es para recibir formación, no para participar en combate, algo que no se permite hasta los 18 años, y en Países Bajos se considera como un período de prueba. En Malta, aunque la edad permitida es de 16 años y 6 meses, de hecho, no han ingresado menores de 18 años desde hace más de 50.

En este sentido, un aspecto que genera cierta ambigüedad se refiere a las escuelas militares, ya que su consideración como parte del proceso de alistamiento varía según dependan del Ministerio de Defensa o del Ministerio de Educación y según se les otorgue o no el estatuto militar a los cadetes. En este sentido, el CDN considera que en ocasiones puede incluirse dentro del alistamiento la realización de estudios específicos en escuelas de preparación en artes militares o de la entrada en el ejército de los Estados. No obstante, los Estados no suelen proporcionar respuestas claras al CDN, lo que conduce a zonas grises que el CDN busca esclarecer para garantizar el cumplimiento adecuado de las obligaciones.

Por ejemplo, en Francia se admite a niños y niñas en las escuelas militares a partir de los 16 años, pero solo se les otorga el estatuto militar desde los 17 años, y solo se les permite participar en misiones exteriores después de completar un período de prueba y formación, lo que impide su participación antes de cumplir los 18 años. En Alemania, el alistamiento puede realizarse

desde los 17 años, pero solo con fines de entrenamiento, incluido el uso de armas de fuego, sin la posibilidad de participar en operaciones militares o desempeñar funciones que involucren el uso de armas de fuego.

En Estonia, existe la “Liga de Defensa de Estonia”, una especie de asociación juvenil supervisada por el Ministerio de Defensa, en la que niños y niñas pueden ingresar desde los 7 años. A partir de los 12 años pueden adquirir habilidades relacionadas con el manejo de armas, aunque no se considera entrenamiento militar, sino “competencias para la supervivencia en la naturaleza”.

Por otro lado, en Austria, el “Militärrealgymnasium de Wiener Neustadt” ofrece educación secundaria especializada en ciencias naturales a estudiantes mayores de 14 años, con un internado dirigido por personal militar. Mientras que la escuela está bajo la supervisión del Ministerio de Educación, el internado está bajo el control del Ministerio Federal de Defensa. Los estudiantes se preparan para posibles carreras militares, pero no forman parte del ejército.

Diferente es la situación de las academias militares propiamente dichas, que solo admiten a mayores de 18 años y se encuentran presentes en prácticamente todos los Estados de la UE, con el propósito de profesionalizar las fuerzas armadas en áreas de interés específico para los conflictos actuales³².

En definitiva, la edad mínima de alistamiento para los países de la UE es de 18 años para casi tres cuartos de los países. Para el resto, la edad mínima es de 17 años y, en general, no es para participar activamente en las hostilidades, sino para prepararlos para que a los 18 años puedan hacerlo.

5.3. Uso de niños en conflictos armados

Analizaremos la normativa de los países miembros de la UE que permiten el reclutamiento de individuos menores de 18 años. Para llevar a cabo este análisis, utilizaremos las declaraciones emitidas en la firma del OPAC, las restricciones impuestas por los Estados en cuanto al empleo de menores de 18 años en sus fuerzas armadas, así como los informes periódicos y las respuestas proporcionadas a las preguntas del CDN. Dejaremos para el siguiente apartado el análisis de las disposiciones penales de los Estados miembros, dado que estas conllevan un nivel de protección más elevado, especialmente cuando se incluyen en categorías de crímenes internacionales.

³² Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/OPAC/AUT/1, “Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 8 del protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Informe inicial que los Estados Partes deben presentar en 2004. Austria”, 8 de julio de 2004.

En el caso de Alemania, se prohíbe la “participación en cualquier operación militar” y la implicación en actividades que requieran el uso de armas.

Austria, por su parte, prohíbe el despliegue de menores fuera del país y su participación directa en operaciones militares. Según lo informado al CDN, esta prohibición no incluye actividades como la recopilación y transmisión de información, el transporte de armas y municiones, o la provisión de suministros.

En Bélgica, se prohíbe a los menores participar en operaciones militares fuera del país ni hacerlo en hostilidades, aunque se les permite participar en actividades militares dentro de Bélgica, específicamente en fases de adiestramiento de menores de 18 años y mayores de 17.

La República de Chipre permite el despliegue de cualquier miembro de sus fuerzas armadas cuando se cumplan dos condiciones: a) la existencia de una necesidad militar legítima para desplegar su unidad en una zona donde se desarrollen hostilidades y b) que la naturaleza y urgencia de la situación hagan que sea impracticable retirar a estas personas antes del despliegue, o que hacerlo socavase la eficacia operativa de su unidad, poniendo en riesgo la exitosa realización de la misión militar y la seguridad de otro personal. El CDN ha insistido en que el uso de niños en estas circunstancias constituye una violación del OPAC³³.

En Francia, los menores de 17 años que se alistán en el ejército o en la Legión Extranjera adquieren un estatuto militar, pero la formación y preparación requerida impide que estén operativos antes de cumplir los 18 años.

En Malta, se prohíbe la participación de menores en las hostilidades.

Finalmente, en los Países Bajos, no se permite en ninguna circunstancia que los menores alistados participen en operaciones militares ni en conflictos armados.

En resumen, observamos que no existe una tendencia uniforme en cuanto a las políticas nacionales con respecto al uso de menores. Desde Chipre, que permite una amplia gama de participación, hasta los Países Bajos, que prohíben de manera absoluta cualquier forma de participación, pasando por países que establecen diversas restricciones relacionadas con “participar en hostilidades”, “participación directa en hostilidades” y “estar operativos”. En cualquier caso, es importante recordar que el OPAC prohíbe la participación directa de los menores en conflictos armados. Por lo tanto, excepto Chipre, que ha sido objeto de reproche por parte del CDN por incumplir este protocolo³⁴, la normativa del resto de los países debe interpretarse en consonancia

³³ Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/CYP/CO/5-6, “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Chipre”, 24 de junio de 2022.

³⁴ *Ibidem*, párr. 42. b.

con las disposiciones del OPAC. De ahí la gran relevancia de la aclaración de estos conceptos por parte de la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales, de los órganos de control de los tratados e incluso de la costumbre internacional.

6. SANCIÓN DEL RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO ILÍCITO DE NIÑOS EN LAS LEGISLACIONES PENALES DE LA UE

En esta sección del análisis nos centraremos en las sanciones aplicables a los comportamientos vinculados al reclutamiento, alistamiento y uso de niños soldado que se recogen en los textos penales de los países de la UE. La consideración de “delitos” ya supone una protección cualificada de estos comportamientos, dado que el DIH no exige expresamente la sanción penal de los mismos, salvo si se consideran como crímenes de guerra, lo cual se menciona expresamente en los códigos penales. En todo caso, si nos encontramos con la consideración de estos comportamientos como crímenes de guerra o en general, crímenes internacionales por vía consuetudinaria o en otro convenio internacional, la protección sería más elevada, ya que, aparte de tener que ser castigados como delitos se activarían mecanismos como la obligación de detener y enjuiciar o, en su caso extraditar a los países que reclamen a los responsables de este comportamiento.

Al igual que el Protocolo Adicional I pide que las violaciones graves del DIH se sancionen penalmente, la R190 de la OIT pide expresamente que “se consideren como delitos el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”³⁵. Cabe destacar que se refiere al reclutamiento o alistamiento “para” (cualquier) uso. En el mismo sentido, la resolución 1998 (2011) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre niños en conflictos armados:

(...) los exhorta [a los Estados] además a que... sometan a la acción de la justicia a los responsables de las violaciones prohibidas en virtud del Derecho internacional aplicable, incluidas las relativas al reclutamiento y la utilización de niños... mediante los sistemas nacionales de justicia y, cuando proceda, los mecanismos internacionales de justicia y las cortes y los tribunales penales mixtos, con miras a poner fin a la impunidad de quienes cometen crímenes contra los niños³⁶

En el caso del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, el artículo 4 prevé expresamente la sanción por reclutamiento, alistamiento y uso de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades³⁷ y, en

³⁵ OIT, Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil (núm. 190), 1999. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182

³⁶ Consejo de Seguridad: S/RES/1998(2011), “Los niños y los conflictos armados”, 12 de julio de 1998, p. 5.

³⁷ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 de enero de 2002. Disponible en: <https://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>.

este sentido, tenemos varias sentencias que hablan expresamente de reclutamiento de niños, permitiéndoles participar en las hostilidades, como en los asuntos Hinga Norman o Charles Taylor³⁸.

La Corte Penal Internacional establece el mismo tipo penal³⁹. También tenemos sentencias en las que este tema ha sido el eje del proceso (por ejemplo, el asunto Lubanga⁴⁰). Esto supone que podemos considerar como estándar mínimo el reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años, así como hacerles participar activamente en las hostilidades.

Cabe destacar que no se ha incluido en estos textos como crimen de guerra ni el reclutamiento de menores de 18 años, pero mayores de 15 años. Tampoco se ha incluido el uso de estos menores que no sea para participar directa /activa en las hostilidades.

De acuerdo con lo que acabamos de analizar, se espera que en todos los países de la UE el reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años esté sancionado penalmente, al igual que el uso de estos niños y niñas para participar activamente en las hostilidades.

Todo lo que esté por debajo de este estándar iría en contra de la costumbre internacional. Por encima de ello tendríamos el estándar de la OPAC que pide la sanción de los comportamientos previstos en su texto, sea de forma penal o administrativa. Así pues, el reclutamiento y la participación activa de niños entre 15 y 18 años deberían estar sancionados; finalmente, también debería sancionarse el alistamiento de menores de 18 años por parte de grupos armados y de la edad a la que los Estados se han comprometido para las fuerzas armadas.

Veamos, pues, en qué nivel los países de la UE cumplen estas obligaciones y en qué medida van más allá.

6.1. Sanción del reclutamiento (conscripción) y alistamiento

No existe homogeneidad alguna en cuanto a la sanción de este tipo de comportamiento. Así, tenemos países como España⁴¹, Estonia⁴², Eslovaquia⁴³,

³⁸ Prosecutor v. Hinga Norma — Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment) (dec.), núm. SCSL-2004-14-AR72(E), SCSL 2004; The Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa (the CDF Accused) (dec.), núm. SCSL-2007-04-14-T, SCSL 2007; Prosecutor v. Charles Ghangay Taylor (dec.), núm. SCSL-03-1-T, SCSL 2012.

³⁹ ECPI, doc. *cit.*, arts. 8.2.b) xxvi y 8.2.e) vii.

⁴⁰ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *op. cit.*

⁴¹ *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, art. 612.1. 3°. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20230428&tn=1>

⁴² *Estonia Penal Code*, de 02 de junio de 2021, art. 102.1, subchapter 4 “War Crimes”. Disponible en: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/00/EST_CC_as%20of%20May%202021.pdf

⁴³ *Act 300 of 2005 Coll*, of 20 May 2005, Slovak Criminal Code, section 433. Disponible en: <https://derechos.org/intlaw/doc/svk1.html>

Hungría⁴⁴ y Portugal⁴⁵ que castigan el alistamiento y el reclutamiento de menores de 18 años. Austria es un caso singular, ya que distingue, al igual que hace el OPAC, entre reclutamiento o incorporación a las fuerzas armadas, cuya sanción como crimen de guerra se fija en los 15 años. Cuando esto se hace por grupos armados no estatales, la edad por debajo de la cual se sanciona como crimen de guerra es la de 18 años. En todos estos países, el castigo de ambos comportamientos está en línea con la prohibición que ellos mismos hacen del reclutamiento y alistamiento de menores de 18 años.

El Código Penal de la República Checa tiene una dicción peculiar al hablar de “drafts children for service with weapons”⁴⁶, lo cual parece incluir, todo tipo de reclutamiento y alistamiento a todas las edades, puesto que en caso de que no se diga nada se presume la edad de 18 años.

Francia también merece una atención especial, ya que nos habla de la sanción como crimen de guerra del reclutamiento o alistamiento “enrollement” de menores de 18 años, pero también indica expresamente que queda fuera de este tipo penal el “enrollement volontaire des mineurs de plus de quinze ans”⁴⁷ Lo cual, si bien es una dicción algo confusa, está en línea con la aceptación del alistamiento voluntario de menores de 17 años en sus filas.

Polonia, por su parte, no tiene ninguna sanción específica para este tipo de comportamiento⁴⁸. No obstante, se prevé una modificación de su Código Penal en un sentido similar al español.

Sin embargo, el Código Penal de la República Checa tiene una dicción⁴⁹ compleja: “recluta niños para el servicio con armas” por un lado, parece establecer la edad mínima de 18 años, pero por otro, sólo sanciona el reclutamiento (no el uso en sí mismo) y solo en acciones que impliquen el uso de armas, lo cual, como hemos visto ni es suficiente ni es necesario para que su actividad sea considerada como participación directa.

Hay otro grupo de Estados que tipifican como delito el alistamiento y reclutamiento de niños de menos de 15 años. Entre ellos se encuentran Alema-

⁴⁴ *Act C of 2012*, of 1 January 2013, on the Criminal Code of Hungary, section 152 (3), “War Crimes”. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4c358dd22.html>

⁴⁵ *War Crimes Law No. 31/2004*, of 22 July 2004. Adapts Portuguese criminal legislation to the Statute of the International Criminal Court, defining types of conduct that constitute breaches of international humanitarian law. — Seventeenth amendment of the Criminal Code. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/en/national-practice/law-implementing-statute-international-criminal-court-2004>

⁴⁶ *Criminal Code of the Czech Republic*, versión posterior a la reforma de 2011, Chapter XIII “Criminal Offences Against Humanity, Peace and War Crimes”, division 2 “Criminal Offences against Peace and War Crimes”, section 413 “Persecution of Population”, 2.e).

⁴⁷ *Code Pénal française*, de 28 de enero de 2024, article 461,7. Disponible en: <https://codes.droit.org/PDF/Code%20p%C3%A9nal.pdf>

⁴⁸ Informa que no se ha tipificado en el documento: CRC/C/POL/5-6.

⁴⁹ *Criminal Code of the Czech Republic*, *op. cit.*, Chapter XIII, division 2, section 413 (2) 6). Disponible en: https://adatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CZECH%20REPUBLIC_Criminal%20Code.pdf

nia⁵⁰, Bélgica⁵¹, Croacia⁵², Eslovaquia⁵³ y Eslovenia⁵⁴, Grecia⁵⁵, Irlanda⁵⁶, Letonia⁵⁷, Lituania⁵⁸, Luxemburgo⁵⁹, Malta⁶⁰, Países Bajos⁶¹, Rumanía⁶² y Suecia⁶³. Parece que no hay vinculación directa entre esto y que la mayoría de estos países⁶⁴ permitan el alistamiento de niños de menos de 18 años. Salvo en el caso de Austria⁶⁵ que distingue entre fuerzas y grupos armados. Ciertamente, otra respuesta sería incoherente con lo dispuesto para sus propios ejércitos.

⁵⁰ *Code of Crimes Against International Law (CCAIL) of Germany*, of 26 June, 2002. Federal Law Gazette I, p. 2254), as last amended by Article 1 of the Act of 22 December 2016 (Federal Law Gazette I, p. 3150), section 8 “War crimes against persons” (1) 5, Chapter 2 “War Crimes”. Disponible en : https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vstgb/englisch_vstgb.html

⁵¹ *Code Pénal de 1867 Belge* tel qu’il est modifié par 2014/02/07/115, Des violations graves de Droit International Humanitaire, art. 136 quarter, 17°. Disponible en: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6e/BELG_CC_fr.pdf.

⁵² *Croatian Criminal Code*, The Official Gazette of the Republic of Croatia No. 110 of October 21, 1997 (Amendments and Supplements to the Criminal Code: NN 111/2003 of July 15, 2003), art. 158 (1) “War Crimes Against the Civilian Population”. Disponible en: https://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation__Criminal-Code.pdf

⁵³ *Code Slovak Republic*, section 433, Title 2 “War Crimes”, Chapter XII “Crimes Against Peace, Humanity and War Crimes”. Disponible en: <https://derechos.org/intlaw/doc/svk1.html>

⁵⁴ *Slovenia Criminal Code (KC)*, article 102 a) “War Crimes Chapter Fourteen Criminal Offences Against Humanity”. Disponible en: <https://www.policija.si/images/stories/Legislation/pdf/Criminal-Code2009.pdf>

⁵⁵ *Greek Law No. 3948/2011* on the adaptation of internal law to the provisions of the ICC Statutes adopted by Law 3003/2002 (A75), Official Gazette of the Hellenic Republic, vol. A, No. 71/5 April 2011, art. 9.1.e) “War crimes against persons”. Disponible en: <https://iccdb.hrlc.net/documents/implementation/pdf/Greece>

⁵⁶ *International Criminal Court Act*, 2006, art. 8.2.b.XXVI and art.8.2.e.VII. Disponible en: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2006/act/30/enacted/en/print#sec8>

⁵⁷ *Criminal Law 17 of June 1998* (as amended up to May 23, 2018), art. 74 “War Crimes”. Special Part Chapter IX “Crimes Against Humanity and Peace, War Crimes and Genocide Latvia.” Disponible en: <https://www.riigiteataja.ee/eli/529042022005/consolide>

⁵⁸ *Criminal Code of the Republic of Lithuania* (as amended in 2017), art. 5, Chapter XV “Crimes Against Humanity and War Crimes”. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://legislationline.org/sites/default/files/documents/62/Lithuania_CC_2000_am2017_en.pdf

⁵⁹ *Criminal Code of the Grand-Duchy of Luxembourg* (French version), art. 135 quater (1) 2. z y art. 136 quater (1) 4.g Titre Ibis, «Des violations graves du droit international humanitaire». Disponible en: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/penal/20230905>

⁶⁰ *Malta Criminal Code*, 10 of June, 1854, art 54.D.(.)XXVI y 54D (d) vii), Title I “Crimes Against Humanity, War Crimes and Crimes of Aggression”. Disponible en: <https://legislation.mt/eli/cap/9/eng/pdf>

⁶¹ *Act of 19 June, 2003*, containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act), section 6.3.f y section 5.5.r. Disponible en: https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/netherlands_-_international_crimes_act_english_.pdf

⁶² *Romanian Criminal Code*, 1 February 2014, art. 440.4 “War crimes against individuals”, Chapter II “War crimes”, Title XII “Crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes”. Disponible en: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/e5/Romania_Penal%20Code_am2017_en.pdf

⁶³ *Swedish Act on Criminal Responsibility for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*, issued on 28 May, 2014, section 1, first paragraph, point 5 or section 4. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/en/national-practice/act-criminal-responsibility-genocide-crimes-against-humanity-and-war-crimes-2014>.

⁶⁴ Bélgica, Rumanía y Suecia son la excepción.

⁶⁵ *Criminal Code of Austria*, 1974 (as amended 2020), art. 321 b. (4).2, section XXV “Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes”. Disponible en: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/32/Austria_CC_1974_am122019_de.pdf

Finlandia⁶⁶ se remite al DIH para determinar la sanción de uno u otro comportamiento. Es decir, establece la prohibición del reclutamiento de niños menores de 18 años en contravención con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, así como otras reglas y costumbres de Derecho internacional sobre la guerra. En este caso, el DIDH es más protector que el DIH y, por tanto, este artículo debe interpretarse en el sentido de lo previsto en el OPAC o, en su caso de una norma consuetudinaria de mayor protección, como serían los tipos penales contenidos en el ECPI. Así, quedaría sancionado directamente el reclutamiento de menores de 18 años por parte de fuerzas y grupos armados, el alistamiento de menores de 15 años por fuerzas armadas, el alistamiento de menores de 18 por estos grupos armados.

Respecto al uso de menores de 18 años para participar activamente en las hostilidades, la prohibición alcanzaría a todos ellos. En cuanto al resto de participaciones, la prohibición se extendería los menores de 15 y 18 años. Hasta ahí sería normativa internacional escrita, pero por encima, el Juez debería considerar si existe una costumbre que proteja a los niños de forma más elevada.

En estos casos, sin embargo, se plantea el siguiente problema: todos estos países, firmantes de la OPAC, no condenan, sin embargo, el reclutamiento de menores de 18 años y mayores de 15. No se trata, por tanto, de su consideración o no como crimen de guerra, sino de que ni siquiera aparece como delito en las normas penales, pese a la obligación que tienen los Estados de prevenir este comportamiento. Por lo tanto, no es extraño que el CDN insista a estos Estados para que de una u otra forma sancionen estas violaciones, e incluso, establezcan jurisdicción extraterritorial para enjuiciar a los culpables.

Mención especial merecen Bulgaria⁶⁷, Italia y Polonia que no tienen tipificado ningún tipo de alistamiento o reclutamiento ni en grupos armados ni en fuerzas armadas. El hecho de no cumplir las normas de DIH, Derecho Penal Internacional y la OPAC, implica en serias dificultades para extraditar o trasladar a culpables de terceros países a un Estado o Corte Penal Internacional que sí tenga capacidad para enjuiciarlos⁶⁸.

⁶⁶ *The Criminal Code of Finland* (39/1889, amendments up to 766/2015 included), section 5 (1) (1) "War Crimes", Chapter 11 "War crimes and crimes against humanity". Disponible en: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/a4/Finland_CC_1889_am2015_en.pdf

⁶⁷ Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/BGR/CO/3-5, "Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de Bulgaria", 21 de noviembre de 2016, párr. 64. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsr0LvUU%2F3w7Wad%2FRd7NmgCdOqiNv%2FmaeWUP0cGER4Lz%2Bxu%2F1%2BhFcv4uDq-bwBAENBn9cFiG8%2BjF1zMtyHJ1eRWzLI4KabKEbUU65v9crwo>

⁶⁸ Italia alega que, aunque no expresamente ni como crimen de guerra, hay otras disposiciones que pueden ser utilizadas para castigar estos comportamientos (por lo menos los de 15 años) (CRC/C/ITA/3-4, párr. 955 y ss. Y el CDN insiste en que además de tipificar esto expresa y concretamente debe tipificar el resto de los comportamientos previstos en la OPAC (CRC/C/ITA/CO/3-4, párr. 72).

Polonia, por su parte, indica que: "Según la legislación penal vigente en Polonia (artículo 124 del Código Penal) la imposición de la obligación de servir en fuerzas armadas enemigas a personas que

El nivel de protección de Dinamarca es algo confuso dado que su Código Penal no contiene disposición directa al respecto y su Código Penal militar nos habla de castigar con cadena perpetua a “cualquiera que utilice deliberadamente métodos o procedimientos bélicos contrarios a un acuerdo internacional firmado por Dinamarca o al derecho consuetudinario”⁶⁹.

6.2. Sanción de uso de niños y niñas

Como hemos indicado anteriormente, la forma de llamar a los comportamientos sancionados puede tener repercusiones, quizás no tanto si hablamos de participación directa o activa, dado que ya vimos que el propio CICR no distingue entre ambos comportamientos, pero sí cuando hablamos de “servicio con armas”(República Checa), “actos de guerra” (Estonia) o “participación en las hostilidades” (propuesta de modificación del CP en Polonia todavía en trámite⁷⁰) cuyo alcance puede ser mucho más restringido y en este caso, mucho más amplio que el anteriormente mencionado.

De esta forma, la mayoría de las normas penales de los países hablan de “participación activa en las hostilidades”: Alemania, Austria, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Malta y Rumanía. Irlanda, Letonia, Países Bajos. O “Participación directa en hostilidades”: Croacia, España, Hungría, Letonia, Suecia. El problema está, como

gocen de protección internacional, en transgresión del derecho internacional, se considera un crimen de guerra. La norma no contiene disposiciones sobre el límite de edad de la víctima. En este caso, debe regir el principio de jurisdicción universal, porque Polonia tiene la obligación de enjuiciar por este delito en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949. La disposición pertinente sólo se aplicaría al alistamiento de menores en fuerzas armadas enemigas, mencionado en la pregunta; en cambio, no se aplicaría al reclutamiento de menores de 15 años en el propio ejército. Sin embargo, y dependiendo de las circunstancias concretas, estos actos podrían reunir las características de otros delitos comunes, como la privación ilegal de la libertad (artículo 189 del Código Penal), la inducción forzada de cierta conducta (artículo 191 del Código Penal) o la exposición a un riesgo concreto de pérdida de la vida (artículo 160 del Código Penal). Además de lo anterior, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 124 del Código Penal, que forma parte del proyecto de enmienda de código presentado por el Gobierno, el reglamento introductorio del Código y la nueva ley sobre procedimientos penales se prevé complementar el listado de crímenes de guerra, entre otras cosas mediante la aplicación de sanciones a “quien, en violación del derecho internacional... aliste, reclute en las fuerzas armadas a menores de 18 años o de hecho los utilice para participar en hostilidades”. El proyecto de enmienda está en proceso de aprobación ministerial por común acuerdo. Una vez que entre en vigor, todas las formas de utilización de menores en conflictos armados serán sancionadas como crímenes de guerra”. Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/OPAC/POL/Q/1/Add.1, “Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Polonia en relación con la lista de cuestiones (CRC/C/OPAC/POL/Q/1) que deben abordarse al examinar el informe inicial de Polonia con arreglo al párrafo 1 del artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados (CRC/C/OPAC/POL/1)”, 17 de septiembre de 2009, párr. 7. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsq3bGBgj7nnUgqOo%2FynBtO%2BLsyL62dicD-4jpywUj6KqnmFQIpU2NJVltjwXQwHWv5lzCPs59lQ4MbmEaoAh8QUp%2Beu4LkN6uDwlPFZaARY-FjOpRaDF%2F5hiehAlt%2FePOYZw%3D%3D>

⁶⁹ Act 530 de 24/06/2005. Military Penal Code, 2005. Disponible en: <https://www.fauk.dk/globalassets/fauk/dokumenter/engelsk-danish-military-penal-code-.pdf>

⁷⁰ CRC/C/OPAC/POL/Q/1/Add.1, *op. cit.*, párr. 7.

hemos indicado anteriormente que su contenido en una u otra dicción no es claro, circunstancia que obliga a la CDN a preguntar por lo que entienden por este término, a lo que los Estados mayoritariamente van a permanecer callados o dan una respuesta muy restringida de participación directa (por ejemplo EE. UU.⁷¹).

Un caso singular es el de Austria donde parece que este comportamiento no se sanciona como algo distinto del reclutamiento o el alistamiento. Ya que se habla de la sanción directa del reclutamiento o incorporación de niños menores de 15 años a las fuerzas armadas, independientemente de la función que cumplan, pero para los mayores de esa edad y menores de 18 la incorporación a grupos armados la incorporación debe ser “para participar en las hostilidades”, lo cual supone que la participación misma está incluida en este tipo penal. Esta misma dicción parece darse en Finlandia. En este país, Finlandia, se remite al DIH para determinar la sanción de uno u otro comportamiento, Así se habla claramente de: “En violación de las normas de DIH (Convenios y protocolos) y otras normas de derecho internacional y costumbres aplicables al Derecho de la guerra, conflictos armados u ocupación 5) aliste o reclute a niños menores de 18 años en las fuerzas armadas o en grupos en los que se utilizan para las hostilidades”. Por lo tanto, podría entenderse que el reclutamiento estaría sancionado cuando se comete contra menores de 18 años y el alistamiento contra menores entre 15 y 18 años.

6.3. Consideración expresa como crimen de guerra, sanción penal y jurisdicción universal

Ya hemos indicado que, en el Derecho internacional, una cosa es la infracción cualquiera de una norma de DIH, que debe ser sancionada, pero no necesariamente por normas penales, y otra son los crímenes de guerra, que deben ser perseguidos por el Derecho penal y para los que rigen los principios de *aut dedere aut iudicare* y el de la jurisdicción universal. A efectos de este estudio, consideramos, en la línea de lo afirmado por Thomas Graditzky, que las violaciones graves del DIH previstas en el PAI se incluirían dentro de un grupo más amplio de violaciones también comprendidas en el concepto crímenes de guerra y que tendrían su encaje dentro de las situaciones previstas por el artículo 3 común y en general por los conflictos armados internos⁷².

⁷¹ En este Caso, el Comité lamenta la interpretación dada por el Estado al concepto de participación directa pide una revisión (Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados presentados por los Estados Unidos de América en virtud del artículo 8, párrafo 1, del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados). Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/OPAC/USA/CO/3-4. “Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados presentados por los Estados Unidos de América”, 11 de julio de 2017.

⁷² GRADITZKY, Thomas, “La responsabilidad penal por violación del derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 23, 1998, núm. 145, pp. 31-61.

La pregunta ahora sería dónde se colocan estos comportamientos dentro de los códigos penales de los Estados miembros.

Lo cierto es que casi todos están dentro de una sección o parte titulada “Crímenes de guerra”. Pero una vez más, no hay unanimidad, al menos literalmente. Así, Bélgica y Luxemburgo los incluyen en la categoría de violaciones graves del DIH, mientras que Alemania los incluye dentro de los crímenes de Derecho internacional. En el caso de Países Bajos, aunque no dice nada en la parte dispositiva, en el preámbulo del Código de crímenes internacionales incluye violaciones graves de Derecho internacional humanitario y sólo en el artículo 12 (que excluye la consideración de delitos políticos los crímenes definidos en este documento a efectos de extradición o entrega de sospechosos a terceros países) menciona la palabra de crímenes de guerra. No así en el resto del texto incluidos los tipos penales recogidos, que no mencionan este término.

España incluye estos comportamientos dentro “de los delitos contra las personas y bienes protegidos en el caso de conflicto armado” dentro del título llamado “Delitos contra la Comunidad Internacional”.

Por lo tanto, aunque la literalidad sea distinta, debemos considerar que en todos los códigos que hemos analizado, los comportamientos recogidos se consideran como crímenes de guerra.

Esta circunstancia que parece irrelevante adquiere importancia si tenemos en cuenta las legislaciones de los Estados. Lo contenido en los códigos no coincide siempre con lo establecido expresamente en las leyes de DIH y DIDH al respecto, sino que algunos países van más allá. Así, como hemos visto, España, Estonia, Eslovaquia, Finlandia y Hungría consideran reclutamiento y alistamiento de menores de 18 años como crimen de guerra, lo cual supera estándar consuetudinario internacional. Otros ponen la edad de criminalidad en 15 años para todos los comportamientos, aunque hay normas de DIH y de DIDH a las que nos hemos referido anteriormente, que elevan esta protección, aunque no a nivel penal.

En cuanto a las sanciones, las divergencias entre los países son notables. Dinamarca y Eslovenia permiten el castigo con hasta cadena perpetua, mientras que Hungría contempla hasta 30 años de privación de libertad. También tenemos países que establecen un mínimo de privación de libertad, pero no un máximo, por ejemplo, Alemania, que prevé penas de cárcel de más de tres años. Otros, establecen franjas muy bajas, entre tres y cinco años en España, o entre uno y cinco años, en Estonia. Algunos países establecen que los que cometan estos crímenes puedan ser castigados con penas que tienen un rango muy amplio, como Austria, que prevé entre 5 y 15 años (o excepcionalmente entre 10 y 20 si tiene como resultado la muerte). Y otros países establecen penas máximas como Portugal que prevé un máximo de 10 años,

Croacia que dice que la pena no puede ser de más de 15 años o Irlanda, que establece el máximo en 30 años.

Como se puede apreciar, la disparidad es máxima: de un año en Estonia a cadena perpetua en Dinamarca. A pesar de lo chocante de esta situación, lo cierto es que para hacer una valoración adecuada sería necesario estudiar la política penal de cada uno de los países, lo cual queda fuera del alcance de estudio.

Otro tema que también debería estudiarse es el de la aplicación del principio de jurisdicción universal a todos los crímenes internacionales y el de jurisdicción extraterritorial a los comportamientos previstos en el OPAC. Así, mientras que el reclutamiento, alistamiento y uso en las hostilidades de menores de 15 años se considerarían en todo como crímenes de guerra y por lo tanto, podrían ser perseguidos bajo el principio de jurisdicción universal, aquellos comportamientos prohibidos, pero que no sean considerados como crímenes de guerra, como el reclutamiento, alistamiento y uso en las hostilidades de mayores de 15 y menores de 18 años, solo podrían ser perseguidos, de acuerdo con la OPAC, bajo el principio de jurisdicción extraterritorial. Esta última circunstancia no está garantizada en muchos países, a tenor de las previsiones de los códigos penales y de las observaciones finales del CDN a la luz de los informes periódicos presentados por los Estados. Sin embargo, sí lo está en los países que, como España, consideran crímenes de guerra, todo comportamiento mencionado cuando se cometa con menores de 18 años.

7. CONCLUSIONES

A las preguntas que nos hicimos al principio de este documento debemos responder que:

Todos los países de la UE han firmado el OPAC y el ECPI, por lo que esta región estaría comprometida formalmente con los estándares de protección más elevados para niños y niñas frente al reclutamiento, alistamiento y uso en hostilidades por parte grupos y fuerzas armadas.

La edad de reclutamiento en las fuerzas armadas es de 18 años como establece el OPAC, pero la edad de alistamiento varía de unos países a otros. En algunos casos la edad mínima sería de 17 años y en otros de hasta 20 años. Sin embargo, esto supone un aumento del nivel de protección previsto en la OPAC para niños y niñas.

Existe una enorme heterogeneidad en cuanto a las disposiciones de los códigos penales de los Estados miembros. Así, mientras que, en algunos países, cualquiera de los comportamientos antes mencionados se sanciona como crimen de guerra si se comete con menores de 18 años, en otros solo se sanciona (con la gravedad que se quiera) si se comete contra niños y niñas de más de

15 años. E incluso algunos países no han sancionado ninguno de los comportamientos mencionados en sus normas penales.

En definitiva, solo podríamos hablar de costumbre internacional que eleva las normas internacionales escritas cuando hablamos de la prohibición del alistamiento de menores de 17 años en las fuerzas armadas. En el resto de los casos, las disparidades son muy grandes y no podemos hablar de comportamiento uniforme.

La imprecisión del DIH en la delimitación de lo que se considera participación directa y/o activa frente a otros comportamientos prohibidos no ayuda, al igual que la separación formal entre DIH y DIDH, que en este caso se solapan en la protección de los niños, pero que pueden tener consecuencias en la calificación o no de un comportamiento como crimen de guerra.

La labor del CDN en la búsqueda de los estándares de protección más elevados posibles para los niños debe ser encomiada. Especialmente, hay que elogiar su invitación a elevar la edad de protección máxima a 18 años, su propuesta de sanción penal y aplicación de la jurisdicción extraterritorial (que no universal) y la eliminación de la doble incriminación en la extradición de las personas sospechosas de haber cometido comportamientos prohibidos por la OPAC, pero no por el ECPI. También debe reconocerse su voluntad de aclarar los conceptos de participación activa en las hostilidades y otros tipos de comportamientos y garantizar que las escuelas militares no se utilicen para alistar encubiertamente a menores de edad.

Finalmente, debemos constatar que, si bien la protección de los menores de 15 años es máxima en el DIH y el Derecho penal internacional, la franja entre 15 y 18 años es una zona gris donde la práctica de los Estados debería aportar luz. Pero no es así, por lo menos en la UE.

