

## EL NIÑO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

*Fabiana Estrada Tena*

La 46ª sesión de enseñanza del Instituto Internacional de los Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia, se desarrolló del 4 al 21 de julio de 2015 con una temática dedicada en esta ocasión a los derechos de los niños y las niñas en el derecho internacional. Como cada año, la sesión se desarrolló en torno a un curso introductorio sobre los derechos humanos, cuatro cursos fundamentales dedicados al estudio de los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos, cinco cursos temáticos enfocados precisamente a la cuestión de los derechos de los niños y siete cursos de profundización sobre esta misma temática.

En este trabajo se presentan los principales contenidos del curso, los cuales dan cuenta de los diversos instrumentos de derecho internacional a través de los cuales se protege a los niños y a las niñas en general y en el contexto de distintas situaciones que ponen particularmente en riesgo el pleno disfrute de sus derechos. La idea que permea a todos estos mecanismos de protección de los derechos de la infancia es que los niños no son “mini-personas” con “mini-derechos”; por el contrario, son personas que para desarrollarse hasta el máximo de su potencial, para estar en aptitud de aportar sus contribuciones a la sociedad, requieren de la puesta en marcha de acciones positivas que coloquen su bienestar en el centro de las políticas públicas de los Estados y de los compromisos de la comunidad internacional.

El principal instrumento para la tutela en esta materia es la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños y sus protocolos facultativos, a cuyo contenido, estructura y principios se hará referencia en el primer capítulo. Posteriormente, se hará referencia a la protección de los niños en el contexto de los conflictos armados, a la sustracción internacional de menores, al trabajo infantil, a la protección frente a las nuevas tecnologías y a la religión.

El referido listado por si solo pone de manifiesto el amplio espectro de situaciones que ponen en riesgo el disfrute de los derechos de los niños y la necesidad de protegerlos eficazmente en todas ellas, lo que pone un reto mayúsculo a la comunidad internacional.

## **I. La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños**

Adoptada en Nueva York en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional con mayor número de ratificaciones, siendo al día de hoy los Estados Unidos de América el único país del mundo que no la ha ratificado, citando preocupaciones en torno a la prohibición de imponer la pena de muerte para los menores de dieciocho años, aspectos relativos a los derechos parentales y al ingreso de los menores a las fuerzas armadas. Esta posición, aunque criticable, contrasta con la de otros estados que han ratificado la Convención, pero con numerosas reservas que limitan su eficacia.

Ahora bien, ¿por qué era necesaria una convención específica para proteger los derechos de los niños? Cabe apuntar que esta no es la primera convención en la materia, pues bajo la existencia de la Liga de las Naciones se adoptó una declaración sobre derechos de los niños en 1924, la cual fue actualizada en 1959. Con el crecimiento en la membresía de las Naciones Unidas surgió la idea de que era importante adoptar una convención más elaborada e inclusiva que abarcara diversos contextos.

Por cuanto hace a su contenido, puede decirse que la Convención es comprehensiva, en tanto abarca tanto derechos económicos sociales y culturales, como civiles y políticos en un mismo documento, abarcando un total de 40 materias sustantivas. Algunas de ellas recogen consensos pre-existentes, como en materia de justicia juvenil, mientras que otras son completamente novedosas como el derecho a la rehabilitación para niños víctimas de tortura. Otras son sumamente controvertidas,

como los derechos de participación, la libertad religiosa y la participación de los niños en los conflictos armados.

Los principios generales de la Convención que guían todo su contenido e interpretación son (i) el de no discriminación (Art. 2) el cual sirve para abordar cuestiones no expresamente previstas en la Convención, (ii) el interés superior del niño (Art. 3(1)) el cual tiene distintas aplicaciones en diversos contextos y que debe guiar todas las acciones que les conciernan, y (iii) el de participación (Art.12)

El objetivo sustancial de la Convención es la supervivencia y el desarrollo de los niños. El interés superior, la no discriminación, la participación son formas de alcanzar esos objetivos; todo ello, de conformidad con la evolución de las facultades de los niños de manera que a mayores capacidades, menor sea el rol de los padres y adultos y mayor su involucramiento en la toma de decisiones que le atañen.

Entre las críticas que se han hecho a la Convención está su supuesto “eurocentrismo” que no acomoda los valores de otras culturas. Sin embargo, del proceso de adopción se advierte que se dio participación a los miembros no occidentales así como a miembros de la sociedad civil, además de que existe una gran similitud entre la Convención y los instrumentos regionales en la materia. Más aún, existen varios aspectos de la Convención que dejan un amplio margen para la diversidad.

Esto es así empezando desde la definición de niño del artículo 1, la cual se refiere a todo ser humano por debajo de los 18 años, salvo en los casos en que conforme a la ley nacional la mayoría se obtenga antes, lo que deja espacio a los Estados para determinar la edad a la cual comienza la mayoría de edad. De igual manera, el art. 14(3) señala que debe señalarse una edad mínima para la responsabilidad penal, pero dejando un margen de apreciación a los Estados. Asimismo, el concepto de interés superior del niño (Art 3) no está definido en la Convención, lo que permite tomar en cuenta las necesidades específicas de cada niño en cada situación y en muchas legislaciones nacionales se contienen lineamientos más específicos para determinar

cómo satisfacer este interés. El artículo 4 deja en manos de los estados adoptar todas las medidas para dar efectividad a los derechos previstos, lo que da cuenta de las grandes diferencias entre las capacidades de implementación de los distintos Estados parte. El artículo 5, de igual modo, reconoce los derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, para brindar dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos. El artículo 20 (3), al referirse a las formas de cuidado para niños separados de su medio familiar, claramente reconoce que la adopción es una noción que no existe en todas las sociedades y alude expresamente a la figura de la Kafala de la Ley Islámica.

En suma, la Convención da cabida a la diversidad cultural a través de definiciones abiertas y provisiones que toman en cuenta el contexto en el que serán aplicadas, así como a través del señalamiento de obligaciones de implementación sobre la base de los recursos y capacidades disponibles.

Existen tres protocolos optativos a la Convención. El protocolo relativo a los niños en los conflictos armados que cuenta con 159 Estados parte, el protocolo en materia de prostitución y pornografía, con 169 Estados parte, y el protocolo que establece el procedimiento de comunicaciones con 17 Estados parte, el cual introduce un sistema a través del cual se pueden presentar quejas sobre violaciones a los derechos de los niños ante el Comité respectivo.

## **II. La protección internacional de los niños en el contexto de los conflictos armados**

A lo largo de los últimos años, muchos factores han contribuido al aumento del número de víctimas civiles en los conflictos armados, particularmente de los niños, que son la franja más vulnerable entre ellas. Uno de los factores es el aumento mismo en el número de conflictos armados, aunado a los ataques particularizados a grupos étnicos y religiosos en los conflictos identitarios y el reclutamiento de los niños en los

ejércitos y grupos armados, ya sea como combatientes o colaboradores, siendo esta evolución la que está al origen del desarrollo continuo de las normas protectoras de los niños, respecto de las cuales lamentablemente hay una resistencia a respetarlas.

### 1) Las normas protectoras

Es importante distinguir entre las normas de derecho internacional humanitario, propiamente dichas y aquellas que tienen su origen en el derecho internacional de los derechos humanos.

Por cuanto hace al derecho internacional humanitario, son varias las disposiciones de la Convención de Ginebra relativas a la protección de las personas en tiempos de guerra, que se consagran a la protección de los niños. La más importante de entre ellas es y la que sin duda más limita a las partes en conflicto en su elección de medios de guerra es la obligación de conceder, bajo ciertas condiciones, libre paso a todo envío de víveres indispensables, vestimenta y suplementos destinados a los niños de menos de 15 años que se encuentren en territorio enemigo. Esta Convención prevé otras medidas a favor de la infancia, particularmente de los menores de 15 años que hayan quedado huérfanos o separados de sus padres con motivo del conflicto, enfatizándose la necesidad de brindarles cuidados y educación. Asimismo, en los territorios ocupados, el ocupante está obligado a facilitar, con el apoyo de las autoridades nacionales y locales, el buen funcionamiento de los establecimientos de salud y escolares, estando además prohibido para el ocupante constreñir al trabajo a personas de menos de 18 años u obligarlos a tomar parte en las operaciones militares.

La ausencia de alguna disposición en esta Convención, relativa al reclutamiento de niños en las fuerzas armadas se explica por el cuidado de evitar que el derecho internacional humanitario interfiera en las relaciones entre el Estado y sus propios ciudadanos, por lo que hubo que esperar a la adopción de los dos protocolos adicionales a este instrumento, para que el derecho internacional humanitario previera disposiciones a tal efecto. Sin embargo, tales disposiciones dejan una

bastante amplia libertad de acciones a los Estados quienes, conforme al Protocolo I, deberán adoptar “todas las medidas posibles en la práctica” para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades absteniéndose de reclutarlos en sus fuerzas armadas. Sobre este punto, la sugerencia del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en el sentido de que se vinculara a los Estados parte a tomar “todas las medidas necesarias “ para ese fin y que no limitan la prohibición a la “participación directa”, sin duda hubiera brindado una protección mayor a los niños.

Paradójicamente el Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internos, no internacionales, sí impone a los grupos armados la obligación no solo de no reclutar a menores de 15 años, sino también de no autorizarlos a “tomar parte en las hostilidades”, lo que prohíbe también la participación indirecta, autorizada conforme al Protocolo I en el marco de conflictos armados internacionales.

Desde la adopción de ambos protocolos parece consolidarse un movimiento a favor de elevar la edad mínima a partir de la cual los niños pueden ser reclutados y la prohibición de su participación aun indirecta en las hostilidades

Otro ámbito de protección es el que brinda el derecho internacional de los derechos humanos. Hoy en día está claramente definido que los derechos no derogables de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos continúan aplicándose en tiempo de guerra e incluso fuera del territorio nacional de los estados parte.. Confirmada por la jurisprudencia internacional, la extensión del campo de aplicación de este corpus ofrece una protección ampliada a las personas en tiempo de guerra , lo que a su vez explica que existan disposiciones en el derecho internacional de los derechos humanos expresamente consagradas a tales situaciones.

Así, la Convención sobre los Derechos de los Niños obliga a los estados a respetar “las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño”, pero lamentablemente retomó las disposiciones del Protocolo I adicional a la Convención de Ginebra,

relativas al reclutamiento de menores de 15 años y a la prohibición de participar en las hostilidades, con lo que la protección resulta inferior a la que otorga el Protocolo II adicional. También es lamentable que la Convención haya retomado el límite de edad previsto en ambos Protocolos para efectos del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas, cuando el resto de sus disposiciones son aplicables a los menores de 18 años.

Con todo, el Protocolo facultativo de esta Convención relativo a la implicación de los niños en los conflictos armados, tiende a remediar la situación, en tanto alienta a los Estados Parte a elevar a 18 años la edad mínima para la participación de los niños en las fuerzas armadas, alineándose con la Convención de la OIT sobre las peores formas de trabajo de los niños. El Protocolo en cuestión también requiere a los Estados para que los miembros de sus fuerzas armadas que no hayan alcanzado esa edad no participen directamente en las hostilidades y les exige adoptar “todas las medidas posibles” a tal efecto. Asimismo, se adopta una regla más estricta tratándose de los grupos armados distintos a las fuerzas armadas de un Estado, los que “no deben bajo ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años”.

Por último, cabe señalar que, en el plano regional, los Estados Africanos en los que la utilización de niños-soldados resulta endémica, otorgan una protección jurídica ejemplar, en tanto la Carta Africana sobre el Bienestar y los Derechos de los Niños, aplicable a todo tipo de conflictos armados, es el primer instrumento internacional en fijar la edad mínima para el reclutamiento en 18 años y el que obliga a los Estados parte a tomar “todas las medidas necesarias” y no únicamente las “posibles”, para velar por que ningún niño tome parte directamente en las hostilidades.

En vista de todo lo anterior, puede afirmarse que existe hoy en día una protección jurídica adecuada para los niños que se ven envueltos en el contexto de una guerra; sin embargo, existe aún laxismo y reticencia de los Estado y grupos armados a respetar y poner en obra dichas protecciones, lo que representa un reto que los Estados deben afrontar.

## 2. La aplicación de las normas protectoras

Los Estados no solo están obligados a respetar sino también a “hacer respetar” el derecho internacional humanitario, lo que funda los esfuerzos de la ONU por luchar contra la impunidad en el reclutamiento de niños soldados y por asegurar el cumplimiento de las normas protectoras de los niños.

La lucha contra la impunidad en el reclutamiento de niños soldados pasa por la criminalización de las infracciones a dicha prohibición. El Protocolo I adicional no califica como grave el reclutamiento de niños soldados y en tal sentido no lo califica como crimen de guerra susceptible de ser perseguido por la justicia penal internacional.

La criminalización vino con la adopción del Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona, ante el cual se presentó la cuestión de determinar si era competente para conocer de reclutamientos llevados a cabo antes de la adopción del Estatuto. Al respecto el referido tribunal sostuvo que el principio *nullum crimen sine lege* no puede ser aplicado estrictamente en casos como el reclutamiento de niños soldados que resultan contrarios a las “exigencias de la conciencia pública”. El Tribunal se basó en una declaración del Presidente del Consejo de Seguridad y en algunas legislaciones locales, para declararse competente para conocer de tales actos bajo el argumento de que existía una costumbre establecida en el derecho internacional.

Tal resolución es conforme a la adoptada previamente por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el cual había estimado que las violaciones graves a las garantías fundamentales contenidas en el Protocolo II adicional, entre ellas la relativa a la prohibición de reclutamiento de niños de menos de 15 años generaban la responsabilidad penal de sus autores, aun en ausencia de previsiones convencionales que lo previeran expresamente.

No obstante, esta problemática ha sido superada con la entrada en vigor del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, el cual califica como crímenes de guerra las conductas consistentes en “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” en el contexto de conflictos armados internacionales o internos.

El primer fallo dictado por la Corte Penal Internacional, recientemente declaró a una persona culpable de tales hechos. La Corte sostuvo una interpretación amplia de la expresión “participación activa” en las hostilidades lo que permitió castigar no solo el hecho de poner a niños en el frente de batalla, sino también el de recurrir a los niños para imponerles un rol de apoyo a los combatientes. Esta resolución contribuyó ampliamente a sensibilizar a la opinión pública sobre el caso de los niños soldados y de la importancia de hacerles justicia. Con todo, resta velar por que las leyes de amnistía adoptadas en el marco de tratados de paz o cese al fuego no incluyan a los reclutadores de niños.

Sobre este tema se observa una tendencia a tratar a los niños soldados que hayan cometido crímenes de guerra, como víctimas, excluyéndolos así del sistema represivo internacional o, en su caso, tratándolos en el marco de una justicia reparativa y no punitiva tendiente a asegurar una mejor reinserción social.

Desde hace algún tiempo las Naciones Unidas se han esforzado por mejorar la protección de los niños en el contexto de conflictos armados y por poner fin al reclutamiento de niños soldados. Para ello, ha establecido una lista de Estados participantes en conflictos armados, respecto de los cuales el Consejo de Seguridad tiene conocimiento de que reclutan niños y cometen en su contra violaciones graves del derecho internacional humanitario. Esta “lista de la infamia” permite al Consejo de Seguridad entablar un diálogo con las partes involucradas a fin de conminarlas a respetar las normas protectoras de los niños. Los datos recabados también pueden servir como fundamento para dar inicio a los procedimientos ante el Comité de los Derechos del Niño en el marco del último Protocolo facultativo a la Convención sobre

los Derechos del Niño, los que, como vimos en el apartado anterior, pueden incluir comunicaciones presentadas por los particulares que se consideren víctimas de violación a los derechos de la convención o sus protocolos, así como comunicaciones interestatales en contra de un Estado que los haya violado. Asimismo, el Consejo de Seguridad no ha excluido la posibilidad de apelar a la Comisión para el Establecimiento de Hechos, establecida por el Protocolo I adicional a las Convenciones de Ginebra. En última instancia, la inacción persistente de un Estado o grupo armado podría llevar al Consejo de Seguridad a recurrir a la adopción de sanciones dirigidas y graduales, incluyendo la imposición de restricciones al libre desplazamiento de sus dirigentes o la prohibición a la venta de armas ligeras, tomando en cuenta la incidencia nefasta que ha tenido la proliferación de este tipo de armas sobre la seguridad de los civiles, particularmente los niños. En este sentido, el Tratado sobre el Comercio de Armas prohíbe a los Estados Parte la transferencia de dichas armas si tienen conocimiento de que serán utilizadas en contra de civiles.

El elevado número de conflictos armados, en su mayoría no internacionales, así como su intensidad y violencia, han tenido consecuencias dramáticas para los niños y niñas. Se han tomado iniciativas para encontrar las causas profundas de tales conflictos lo que ha llevado a un consenso en el sentido de que los conflictos armados pueden ser evitados a través de la promoción de los derechos humanos, la erradicación del tráfico ilícito de armas ligeras y el mejoramiento de la capacidad de alerta rápida de la ONU y de las organizaciones regionales respectivas.

### **III. La sustracción internacional de menores**

El secuestro internacional de menores ocurre cuando un niño es llevado a vivir a un país extranjero en violación al derecho de guardia de uno de los padres, quien se ve por ello privado de contacto con su hijo. La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrita en 1980 en el marco de la Conferencia de la Haya sobre derecho internacional privado constituye un intento por responder a ese fenómeno. Se trata de un instrumento de cooperación internacional

entre autoridades administrativas y judiciales, que tiene como objetivo el regreso inmediato del niño al Estado de su residencia habitual; ello, a través de una cooperación procedimental cuya idea central es el restablecimiento de la situación en casos de desplazamientos ilegales, sin reparo por los aspectos de fondo como son el ejercicio y otorgamiento derechos de custodia o visita, los cuales se posponen para ser resueltos ulteriormente por las autoridades del Estado en el que tiene su residencia habitual el menor. Dicho instrumento internacional ratificado por más de 90 estados parte descansa en una lógica conservatoria, según la cual el interés del niño se satisface con su regreso inmediato al Estado en que residía antes de la sustracción.

Sin embargo, el surgimiento de un consenso internacional en torno a la noción de interés superior del niño, concretado en la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha llevado a algunos jueces nacionales e internacionales a buscar compatibilizar el instrumento de derecho internacional privado, con los nuevos cánones de protección de los derechos humanos. Concretamente, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 et la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ejercen una influencia decisiva sobre la puesta en práctica de la Convención de La Haya. Por una parte, la obligación de otorgar un papel central al “interés superior del niño”, ha terminado por incidir en el principio del retorno inmediato que rige al sistema de la Convención de La Haya, poniendo en tensión dos lógicas diversas. Por otra parte, las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 de la Convención Europea, en relación con el respeto a la vida privada y familiar constriñen a los Estados parte a poner en marcha todos los medios para asegurar la ejecución de la orden de retorno cuando sea pronunciada. En este caso, la lógica de los derechos fundamentales bien más bien a reforzar la cooperación procedimental internacional, salvo en los casos en los que por el transcurso del tiempo se rompe nuevamente el equilibrio entre ambas lógicas.

#### **IV. La protección contra el trabajo infantil**

La OIT ha estimado que actualmente existen 168 millones de niños en situación de trabajo infantil, si se toma en cuenta la definición internacional de niño como toda persona menor a 18 años de edad. Tal estimado comprende principalmente niños que están por debajo de la edad mínima para el empleo, fijada en 15 años (reducida hasta 14 en países en desarrollo) o en situaciones conocidas como las “peores formas de trabajo infantil”, tales como la prostitución y pornografía.

En relación con las peores formas de trabajo, la edad está fijada en 18 años, de modo que los menores de esa edad deben estar totalmente protegidos en contra de esas formas de trabajo y las acciones para combatir ese fenómeno deben tomarse inmediatamente.

Existen varios estándares en la materia. Los tratados clave incluyen el Convenio N° 138 de la OIT (relativo a la edad mínima) y el Convenio No. 182 (relativo a las peores formas de trabajo infantil). Estos se complementan con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos (particularmente en lo relativo a la venta de niños, prostitución infantil, pornografía infantil y la cuestión de los niños en los conflictos armados. En varias conferencias internacionales sobre el trabajo infantil, (La Haya 2010, Brasilia 2013), el año 2016 se ha establecido como el objetivo para la eliminación de las peores formas de trabajo infantil. Sin embargo, aunque se han hecho progresos para reducir el número de niños en esta situación, el reto parece insuperable.

Otra oportunidad para fortalecer las medidas en este frente es la preparación de “Metas de Desarrollo Sostenible” (SDGs) sobre las cuales debería haber un acuerdo en 2015 por la comunidad internacional para dar seguimiento a las metas de desarrollo del milenio 2000-2015. En esta fase, la implementación de medidas para el cumplimiento de los derechos laborales y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, sin duda serán una parte esencial de los objetivos globales para los que se buscarán acciones comprehensivas en los niveles nacional e internacional.

Sobre el particular, la OIT ha establecido un programa, el Programa Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil, para canalizar recursos y conocimientos hacia programas en el ámbito nacional. También ha mejorado sus sistemas de recolección de datos para identificar las estadísticas en la materia. Pero todo ello requiere una adopción comprehensiva de medidas con un enfoque en los derechos humanos, que lleve a la adopción de normas, políticas, programas y procesos, monitoreo, información, etc.

## **V. Justicia juvenil**

Desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, la justicia juvenil es considerada como un asunto de derechos internacional de los derechos humanos., en tanto sus signatarios están obligados a salvaguardas los derechos de los niños acusados de haber infringido el derecho penal (art. 40), lo cual puede resumirse en: 1) trato justo, con respeto a la dignidad de los niños y el debido proceso y 2) un trato que tome en cuenta la edad del niño, esto es, un trato específico para cada uno.

Tal contenido de la Convención ha servido como catalizador para un establecimiento de estándares adicionales a nivel internacional, tanto en el marco del sistema universal como de los regionales, así como para reformas en muchas jurisdicciones internas y una mayor jurisprudencia internacional y doméstica; sin embargo, estos derechos no son respetados en la práctica, lo que tiene un impacto devastador en su vidas, desarrollo y perspectivas a futuro.

Las complejidades para la implementación de los derechos de los niños en el contexto de la justicia juvenil tienen su origen en varias tensiones, ambigüedades y controversias en la materia. Una primera dificultad se refiere a los objetivos de la justicia juvenil, los cuales sirven a intereses diferentes y potencialmente en conflicto. En general, la justicia juvenil está diseñada primariamente para servir los intereses de la sociedad, esto es, proteger a la sociedad en contra de delincuentes violentos y peligrosos, a través la disuasión y la prevención, a fin de restaurar el orden legal u

obtener un cierto nivel de retribución, restauración o reparación para las víctimas y las comunidades. Al mismo tiempo, muchos sistemas juveniles están basados en la premisa de que los delincuentes juveniles son distintos a los adultos y requieren intervenciones orientadas pedagógicamente, centradas en los intereses de los propios niños, y que tienden a evitar la reincidencia a través de la educación y la reinserción. Lograr un balance entre estos intereses y objetivos no es fácil, pues muchas veces se perciben como opuestos.

Otro problema deriva de la diversidad de prácticas en la materia, de manera que un análisis comparativo revela la ausencia de un consenso universal sobre las características de un sistema de justicia juvenil. Son en general sistemas complejos, con una multitud de etapas, intereses, actores e implicaciones, lo que hace difícil valorar su aptitud para proteger los derechos de los niños, a lo que debe adicionarse la consideración por la posición de las víctimas que ha ganado atención en las jurisdicciones internas al igual que a nivel internacional, incluyendo la posición de los niños víctimas

### 1. Estándares de protección en el sistema universal

El primer conjunto de estándares internacionales sobre justicia juvenil lo constituyen las Reglas de Beijing de 1985, las cuales preceden a la Convención sobre los Derechos de los Niños, y proveen una guía detallada para la administración de un sistema de justicia especial para los niños. Dichas reglas fueron codificadas en el artículo 40 de la Convención, con menos detalle y dieron lugar a dos resoluciones adicionales de la ONU: Las Reglas de Naciones Unidas para la protección de adolescentes privados de libertad (Reglas de la Habana) y las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Reglas de Riyadh). Ninguno de estas resoluciones de Naciones Unidas son legalmente vinculantes, pero deben ser utilizadas en la interpretación e implementación del artículo 40 de la Convención y otros preceptos relacionados como el 37 que prohíbe la tortura y otros tratamientos inhumanos, crueles o degradantes.

Otro documento relevante a nivel internacional es el Comentario General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño sobre derechos de los niños en la justicia juvenil, adoptado en 2007, el cual provee a los Estados parte una guía detallada sobre cómo administrar sistemas de justicia para adolescentes de manera conforme con los derechos de los niños.

Por lo demás, los instrumentos sobre derechos humanos que preceden a la Convención sobre los Derechos de los Niños, siguen siendo relevantes para la justicia juvenil. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, provee reglas sobre debido proceso (art. 14 and 15), imposición de penas (art. 6 and 7) y privación de la libertad (art. 9 and 10). Adicionalmente la Convención contra la Tortura y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de 1955 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) son aplicables a los niños.

## 2. Estándares de protección en los sistemas regionales

En el sistema europeo, el Consejo de Europa ha emitido un número de recomendaciones y guías aplicables a los sistemas de justicia juvenil de sus 47 estados miembros. Las más importantes son la recomendación de 2003 relativa a las formas de lidiar con la justicia juvenil y el rol de la justicia juvenil, así como las reglas de 2008 sobre infractores juveniles, que establecen lineamientos sobre cómo aplicar sanciones privativas y no privativas de la libertad. Más recientemente, se emitieron lineamientos para una justicia adaptada a los niños, los cuales buscan asegurar que en cualquier procedimiento se respeten los derechos de los niños, entre ellos el derecho a la información, a la representación, a la participación y a la protección, en función del nivel de madurez del niño.

En el ámbito interamericano, tanto la Corte como la Comisión han desarrollado un cuerpo creciente de resoluciones y decisiones relativas a la impartición de justicia juvenil, incluyendo la privación de la libertad, el arresto, detención y malos tratos de

los niños por los cuerpos policíacos (ver Feria-Tinta 2014 and y la Relatoría sobre los Derechos del Niño 2008).

### 3. Principales exigencias

Todos estos instrumentos requieren la implementación de un sistema de justicia específico para los niños de acuerdo con los principios de separación, especificidad y especialización. El artículo 40 (3) de la Convención sobre Derechos de los Niños señala que los Estados parte promoverán el establecimiento de un sistema de justicia juvenil a través de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicamente aplicables a los niños, aunque sin la claridad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual exige procedimientos penales separados para menores ante tribunales especializados (art. 5 (5)).

Por cuanto hace a los objetivos de la justicia juvenil, el artículo 40 (1) de la Convención sobre los Derechos de los Niños establece que los niños sujetos a procedimientos penales deberán ser tratados en una manera que tome en cuenta su edad y cuya finalidad sea la reinserción en la sociedad en la que puede jugar un papel constructivo. En el caso emblemático sobre la abolición de la pena de muerte para menores, (*Roper v. Simmons*) la Suprema Corte de los Estados Unidos de América noto que los niños no son sólo “categóricamente menos culpables” sino más susceptibles de ser reformados que los adultos, lo que pone de relieve la importancia de una aproximación de reinserción.

El objetivo pedagógico se ve reforzado por el propio artículo 40 (1) en cuanto establece que la finalidad del sistema será reforzar el respeto del niño hacia los derechos humanos y las libertades fundamentales de los otros.

Otro aspecto importante es el de las edades mínimas. De acuerdo con el artículo 40 (3)(a) los Estados promoverán el establecimiento de una edad mínima por debajo de la cual debe presumirse que los niños no tienen la capacidad de infringir la ley penal,

pero sin indicar qué edad mínima es aceptable, como tampoco lo prevén otros instrumentos internacionales.

Por su parte, la edad límite para la aplicación de los sistemas de justicia juvenil son 18 años, que es la edad a la cual está vinculada la definición de “niño” que prevé el artículo 1 la Convención. Si bien la Convención no lo dice expresamente, debe asumirse que esta edad se refiere al momento en el que se cometió la conducta.

Por cuanto hace al debido proceso con un énfasis en el derecho a la participación efectiva, el artículo 40 (2) de la Convención establece que los niños tienen derecho a un juicio justo y prevé una serie de principios que encuentran correspondencia con los artículos 14 and 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Los derechos generales al debido proceso son aplicables a los niños: el principio de legalidad, la prohibición de retroactividad, la presunción de inocencia, el derecho a no inculparse, a ser informado de los cargos en un lenguaje que sea comprendido, el derecho a ser juzgado ante un juez competente, independiente e imparcial, el derecho a repreguntar a los testigos y el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete.

A lo anterior, el artículo 40 (2) agrega un número de principios de debido proceso específico para los niños, por ejemplo tienen derecho a un juicio aún más expedito, respecto de lo cual el Comité de los Derechos de los niños recomienda que la primera instancia no exceda de seis meses si el niño está en detención. Asimismo se prevé la intervención de los padres en el procedimiento para proveer asistencia psicológica y emocional al niño, así como el derecho a asistencia tanto legal como de otra naturaleza (art. 40 (2)(b)(iii))

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos ha establecido que el debido proceso requiere que el niño pueda participar efectivamente en el procedimiento en términos del artículo 12 de la Convención, lo cual tiene implicaciones en cada etapa del sistema de justicia juvenil.

Por último, cabe apuntar que tanto el artículo 40 como el 37 de la Convención tienen implicaciones sobre la manera de resolver los asuntos de justicia juvenil a la luz de los objetivos del sistema. El artículo 40 (3)(b) señala que los Estados parte deben promover medidas para evitar la sujeción a procedimientos judiciales que podrían estigmatizarles y poner en juego su reinserción. Al respecto, la justicia restaurativa se ha estimado como relevante para la prevención de la violencia contra los niños en tanto incluye enfrentar la responsabilidad y cambiar la conducta, con respeto al derecho de los niños a ser oídos, y sin los efectos nocivos de la privación de la libertad.

En todo caso, de presentarse formalmente cargos y someter al niño a juicio, los Estados parte deben garantizar que las cortes tengan una variedad de herramientas a la mano, incluyendo consejería, educación vocacional, programas de entrenamiento y otras alternativas al internamiento.

El artículo 37 de la Convención, por su parte, provee lineamiento sobre la imposición de las penas más extremas o severas. Prohíbe la pena de muerte para menores de 18 años, así como la prisión vitalicia sin posibilidad de preliberación lo que parece dejar abierta la posibilidad de imponer prisión vitalicia con posibilidad de ser liberado anticipadamente, lo que genera una inconsistencia con la regla de que la prisión debe ser una medida de último recurso y por el menor tiempo posible, así como con los objetivos mismos del sistema de justicia para menores.

Finalmente, el artículo 37 (a) prohíbe la tortura u otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que se ha entendido por el Comité como una prohibición de cualquier pena corporal.

## **VI. La protección de los niños frente a las nuevas tecnologías**

A medida que las tecnologías digitales han ganado popularidad, se han expresado preocupaciones sobre la protección de los niños en el nuevo contexto mediático, dada su vulnerabilidad. Numerosas leyes en materia de telecomunicaciones, medios y el

derecho penal, incluyen restricciones a la publicación o distribución de contenidos potencialmente nocivos, las cuales se buscan hoy en día hacer extensivas al ámbito del Internet a través de distintas aproximaciones regulatorias.

Los riesgos en el marco de las tecnologías digitales van desde el contacto sexual inapropiado entre adultos y niños, riesgos entre los propios menores, como el *sexting* y el *cyberbullying*, hasta la exposición a publicidad engañosa y la compartición de información personal. Con motivo de ello, desde mediados de los años 90's las políticas públicas alrededor del mundo se han enfocado a la protección de los riesgos en línea, buscando transportar las regulaciones tradicionales sobre contenidos mediáticos al ámbito digital, lo que no siempre resulta fácil por el alcance de la red global, su disponibilidad continua. Así, mientras se ha adoptado en gran medida el principio de que "lo que es ilegal offline es ilegal online", lo cierto es que en relación con los contenidos dañinos (contenido sexual, violento, ofensivo) existen mayores divergencias derivadas de las diferencias entre las distintas culturas.

Central a este debate es el balance que debe lograrse entre el derecho de los niños a ser protegidos del contenido nocivo en términos de la artículo 17 de la Convención sobre los Derechos de los Niños y los derechos de los adultos a la libertad de expresión, a la información y a la privacidad, en términos del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que las medidas de protección que se implementen deben guardar una debida proporcionalidad, a fin de no infringir en el uso legítimo de los recursos disponibles en línea. Otra consideración relevante es la necesidad de que las medias de protección tampoco limiten excesivamente los derechos de privacidad de los propios niños (artículo 16 de la Convención sobre los Derechos de los Niños) y su libertad de expresión (artículo 13). Estos derechos expresamente conferidos a los niños cobran gran relevancia en el mundo en línea, el cual ofrece múltiples oportunidades a los niños para su ejercicio.

Al buscar el balance entre los derechos a veces en conflicto de los niños y de los niños y adultos, el principio de interés superior del niño es el que debe servir de guía, lo que

ha llevado a distinciones que van más allá de un enfoque binario entre contenido nocivo o no, hacia un enfoque más articulado que clasifica los riesgos en (i) riesgos de contenido en los que el niño es receptor (publicidad, lenguaje de odio, información sobre drogas, etc); (ii) riesgos de contacto en los que el niño es participante, por ejemplo siendo víctima de *bullying* o *grooming*, y (iii) riesgos de conducta, en los que el niño es actor, por ejemplo cuando ejerce *bullying*, hace descargas ilegales o practica *sexting*.

En el plano normativo, el Consejo de Europa adoptó la Convención sobre Crimen Cibernético de 2011, el cual criminaliza la pornografía infantil en línea; el Convenio para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, también adoptada por el Consejo de Europa en 2007 y la Directiva de la Unión Europea sobre el Combate al Abuso y Explotación Sexual de los Niños y Pornografía Infantil abordan además el “grooming” definido como el “proceso por el cual una persona procura a una persona joven en línea para facilitar contacto sexual en línea o conocerlo físicamente con el propósito de cometer abuso sexual”. De acuerdo con la Directiva europea, esa conducta es delictiva cuando incluye actos materiales para planear un encuentro con el niño.

Sin embargo, el problema al que se enfrentan estos y otros instrumentos adoptados en diversos países es a los cambios tecnológicos constantes que rápidamente hacen obsoleta la legislación, así como la dificultad de hacerlos cumplir en el mundo global en línea, lo que ha llevado a muchos países a adoptar medidas de auto-regulación o co-regulación para la protección de los niños en el mundo digital, a través de códigos de conducta para la industria, cuyo involucramiento en la protección de los niños es esencial por su conocimiento técnico de las posibilidades para ofrecer ciertos instrumentos o soluciones.

En general, se ha buscado una aproximación al problema en múltiples niveles, de manera que la protección se brinda a través de una combinación entre legislación,

instrumentos regulatorios alternos como la auto-regulación y la co-regulación, políticas de toma de conciencia sobre la problemática y herramientas tecnológicas.

## **VII. Religión, prácticas religiosas y protección del niño**

En el derecho internacional universal, solo un texto específico está consagrado a la libertad religiosa: la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, promulgada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/55) la cual carece de valor vinculante. El respeto a esta Declaración es examinado por el relator especial sobre intolerancia religiosa, nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, mediante resolución 1986/20 de 10 de marzo de 1986, y cuyo mandato se mantiene.

Todos los grandes textos internacionales sobre derechos humanos mencionan la libertad de pensamiento, conciencia y religión, desde la declaración universal de 1948. Tratándose de los niños, además de la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989 como la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar de los Niños, de 1990 son numerosos los instrumentos internacionales tendientes a su protección en diversos ámbitos y en función de su vulnerabilidad. Si bien en general los niños son personas que en tal calidad son titulares del conjunto de los derechos humanos que les son accesibles en función de su madurez, lo cierto es que algunos derechos parecen de difícil acceso para ellos. Tal es el caso de la libertad de religión del niño, la cual se encuentra bajo la dependencia de los padres, lo que parece dar lugar a una libertad de religión limitada para los niños, en función de su edad y del medio en el que se desenvuelven.

Son pocos los instrumentos internacionales que hacen referencia expresa a la libertad religiosa de los niños: el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de los Niños y el artículo 9-1 de la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño.

Esta relativa ausencia de instrumentos que reconozcan este derecho no es problemática pues el niño, en su carácter de persona, se beneficia de todos los derechos que le son accesibles en función de su madurez. En su observación general nº 17 sobre el artículo 24 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que los derechos previstos en ese precepto no son los únicos que el Pacto reconoce a los niños, quienes gozan de todos los derechos civiles enunciados en ese instrumento. Por su parte, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos proclama que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que exige su condición de menor, por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

Tratándose de la libertad religiosa, una constante en los textos internacionales es el rol de los padres en la educación religiosa de sus hijos, tal como se señala en la Observación general nº22 del Comité de Naciones Unidas, relativa al artículo 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que los padres tienen la libertad de asegurar la educación religiosa y moral de sus hijos conforme a sus propias convicciones en el entendido de que la educación pública puede incluir la enseñanza de una religión particular, siempre que se prevean excepciones o posibilidad de elección que no sean discriminatorias.

De igual manera, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Carta Africana sobre los Derechos de los Niños y su bienestar, contemplan el derecho y deber de los padres de guiar a los niños en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, de una manera acorde con su desarrollo y capacidades. Y lo mismo ocurre en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

Frente a este panorama, surge la difícil cuestión de determinar una “mayoría religiosa” del niño. Las edades límites varían para participar en un conflicto armado, para ser tenido como responsable de una conducta tipificada como delito o para poder

contraer matrimonio. Esto es así porque los niños se benefician de una protección evolutiva en función de su edad. Sin embargo, esta cuestión no se evoca para el caso de la libertad religiosa, la que parece encontrarse enteramente bajo control de los padres. Así, parece difícil concebir un cambio de religión del niño en contra de la opinión de sus padres y en caso de una divergencia de opiniones, el niño debe esperar su mayoría civil para poder elegir su religión.

Esto obedece al texto de los documentos internacionales en la materia, que ponen en primer plano la autoridad parental, así como a su vulnerabilidad que los vuelve fácilmente influenciados.

Ahora bien, cuáles son los límites a la libertad religiosa de los niños? Un primer problema versa sobre la prohibición de ostentar signos religiosos en la escuela, sobre la base de una neutralidad escolar, garante del pluralismo educativo, la cual exige también una enseñanza que no tenga consecuencias sobre las convicciones religiosas de los padres y sus hijos, aunque sobre este tema las cortes internacionales no siempre parecen encontrar un balance (véanse los casos *Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen*; *Leirvag vs Noruega*; *Folgero vs. Noruega*; *Zengin vs Turquía*). Así, se ha prohibido a las maestras portar el velo islámico, mientras que se permite a los Estados colgar crucifijos en los salones (*Lautsi vs Italia*).

De igual manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que pronunciarse sobre el ejercicio de prácticas religiosas de abstención o negativas, como las ausencias sistemáticas en sábado, la ausencia a la celebración de una fiesta nacional con motivo de posturas pacifistas, y notablemente, sobre la prohibición de portar signos religiosos en las escuelas en Francia, la cual fue validada.

Otro ámbito de protección de los niños en materia de religión es el que se refiere a las prácticas religiosas perjudiciales para la salud del niño, como el rechazo a los cuidados médicos. Sin duda la salud de los niños es una preocupación mayor que atañe a la autoridad parental según la Convención sobre los Derechos Humanos y la

Biomedicina (Convención de Oviedo) la cual fija un cierto número de principios en materia de consentimiento. Según su artículo 5 toda intervención requiere el consentimiento libre e informado después de haber recibido información adecuada sobre la naturaleza y objetivo de la intervención así como sus consecuencias y riesgos. Para el caso de los menores, reaparece el filtro parental pero tomando en cuenta su opinión en función de su edad y grado de madurez.

En otro aspecto, es un principio reconocido por numerosos instrumentos internacionales que la práctica de la religión en la que un niño es educado no deben perjudicar su salud física y mental ni su completo desarrollo, lo que si bien es claro en cuanto a la condena universal a la mutilación femenina, no lo es tanto en el caso de la circuncisión.

Por último, se percibe una necesidad de protección de los menores pertenecientes a grupos religiosos “sectarios”. El Consejo de Europa ha señalado una preocupación por la discriminación de los menores que pertenecen a minorías religiosas, incluidas las sectas, por lo que la Asamblea hizo una invitación a los Estados miembros a que velaran por evitar cualquier discriminación en razón de que un determinado movimiento se considerara como una secta y que no se hiciera ninguna distinción entre las religiones tradicionales y los movimientos religiosos no tradicionales para efectos de la aplicación del derecho civil y penal. No obstante, la falta de consenso sobre la materia no ha dado lugar a la adopción de una resolución vinculante.

## **VIII. Conclusión**

La protección de los niños se proyecta en numerosos ámbitos en los que por su situación especialmente vulnerable se encuentran en situación de riesgo. En el derecho internacional existen numerosos instrumentos y estándares que permiten hacer frente a estas situaciones, por lo que resulta útil que el personal jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación esté familiarizado con sus contenidos y

alcances a fin de brindar una mejor protección a los niños en el desarrollo de las tareas cotidianas.