

HACIA UNA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS Y NIÑAS EN EL CONFLICTO ARMADO

María Laura Serra *

RESUMEN

El presente trabajo pretende demostrar la ausencia de una protección específica de los derechos del niño y la niña durante el escenario de conflicto armado. Intenta responder al interrogante de cómo establecer dicha protección dentro de un marco jurídico, en una situación tan particular. Para ello, en su desarrollo, se instituye al interés superior del niño como plataforma y principio rector de interpretación fundamental a fin de que se establezca una especificación de los derechos humanos a partir de un núcleo duro abarcativo de los derechos del niño y la niña.

PALABRAS CLAVE

Derechos del niño y la niña; Conflicto armado; Vulneración de Derechos Humanos; Especificación de derechos; Interés superior del niño.

SUMARIO

I. Introducción. II. Conflicto armado y sus consecuencias para la niñez. III. Necesidad de una protección específica de los derechos de los niños y las niñas en el contexto del conflicto armado. IV. Como establecer aquella protección específica de Derechos Humanos para el niño y la niña. V. Conclusión.

Fecha de recepción: 30-11-2009

Fecha de aceptación: 26-01-2010

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende evidenciar la falta de protección del niño y la niña que forman parte en las situaciones de conflicto armado, concibiendo que aquellos niños que participan de manera directa, indirecta o que simplemente viven en zonas donde se desarrolla tal conflicto, forman parte del mismo. De este modo, protección será entendida no como un resarcimiento o cuidado a la víctima, sino como una prevención para que no se pase a ser víctima, entendiéndose este concepto tal cual lo establecen los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones¹", cuyo artículo 8 establece que víctima son aquellas personas que individual o colectivamente, han sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario. En esta exposición, se intenta responder al interrogante de cómo establecer dicha protección dentro

* Abogada. Becaria del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos *Alicia Moreau* de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Área de Investigación y Postgrado (Argentina). lauriserra@gmail.com

¹ Resolución 60/147 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

de un marco jurídico, en una situación tan particular como es el conflicto armado. Resulta entonces que en la construcción del presente trabajo se establecen como plataforma tanto al interés superior del niño (principio rector de interpretación fundamental que contempla el deber del Estado de colocar el interés del niño por encima de toda medida adoptada cuando en ella se vea involucrado su desarrollo tanto físico como emocional) como a la teoría o concepción social de la libertad.

II. CONFLICTO ARMADO Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA NIÑEZ

Para dar respuesta al interrogante es necesario en primer lugar conocer cual es el escenario físico del conflicto armado y sus consecuencias para la niñez. No es nada alentador el hecho que convoca a esta investigación teórica del derecho. En las guerras actuales, las estrategias aplicadas por los grupos armados tratan de llevar la batalla más inmediatamente, más sistemáticamente y a mayor escala al núcleo mismo de la población civil, y a las vidas de millones de niños y niñas.² Hasta la Segunda Guerra, en la gran mayoría de los conflictos se enfrentaban ejércitos regulares. En el nuevo orden mundial, se han producido cambios, no sólo respecto a quienes se enfrentan y al origen de los conflictos, sino también en cuanto a sus medios y métodos de combate. La evolución armamentística, con la introducción de armas ligeras, creó un gran incremento en el reclutamiento y uso de niños por grupos armados para la participación directa en conflictos armados. Al contrario de las viejas armas (pesadas y difíciles de manejar), niños de muy corta edad pueden manejar las nuevas armas livianas con gran facilidad, como el AK47 soviético y el M16 norteamericano. Esta disponibilidad de armas pequeñas y municiones ligeras, es la consecuencia de un "armamento abundante y barato, traficado ilegalmente³", lo cual genera una continuación y facilitación de nuevos conflictos, un mantenimiento de la violencia como cultura y método de combate. Violencia ejercida a través de ataques intencionales, directos y ataques indiscriminados, por medio del terror creado en la población

² Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *Transnationality, War and the Law: A report on a round table on the transformation of warfare, international law, and the role of transnational armed groups*, Harvard University, Cambridge, MA, 2006, p. 6.

³ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Examen estratégico, 10 años después del informe Machel, La infancia y los conflictos en un mundo en transformación*, New York, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2009, p. 8. Al respecto, la Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas S/PRST/2007/24, Nueva York, Junio, 2007, indica que el comercio escasamente regulado y a menudo ilícito de las armas pequeñas y ligeras, junto a su amplia circulación, acrecientan la intensidad y la duración de los conflictos armados, socava la sostenibilidad de los acuerdos de paz, obstaculiza la consolidación de la paz, frustra los esfuerzos por prevenir los conflictos armados, y dificulta considerablemente el suministro de asistencia humanitaria.

civil. Terror que se incrementa cuando se interrumpe la provisión de servicios básicos, se destruyen los medios de subsistencia y se empuja a las poblaciones a una pobreza más profunda y duradera. Los niños se encuentran en mayor peligro debido a que los grupos que controlan los recursos, controlan también y por lo general, las estructuras comunitarias y asumen funciones estatales en esferas como la salud, educación, labor policial y la justicia.⁴

Según el Instituto Internacional de Estocolmo para la Investigación de la Paz (siglas en inglés: SIPRI), la tendencia de los conflictos armados conduce a una mayor fragmentación de la violencia. Ekaterina Stepanova, líder de SIPRI en Conflictos armados, señala que en el año 2007 la fragmentación de la violencia armada y la diversificación de agentes armados estaban entre las tendencias predominantes en los conflictos armados.⁵ Si bien el grado de motivación, la escala de masacres, ataques terroristas y otros actos de violencia varían en los conflictos desarrollados durante el año 2008 en Somalia, Sri Lanka, Ossetia del sur (Georgia) y Colombia, en todos concurre la violencia como forma de poder. Los casos de Somalia y Sri Lanka reafirman el patrón dominante de la violencia unilateral en conflictos armados: la constante, casi rutinaria violencia contra civiles perpetrada por todos los agentes armados, incluyendo fuerzas del gobierno y agentes del no-estado (paramilitares). Aún cuando las fatalidades ocurren en número bajo, como durante el conflicto del sur de Ossetia, una combinación de ataques indistintos de violencia unilateral cometidos especialmente por gobiernos irregulares, pueden dar lugar a un gran desplazamiento de civiles.⁶

En este escenario, la realidad de los niños toma una forma desvalorizada, crecen sin tener noción de lo que ello significa, sus valores son cambiados, o peor aún, nacen en un ambiente hostil sin tener un punto de referencia como la familia o la escuela, siendo la violencia una constante que parece no tener fin y la paz un hecho inexistente y del pasado. Sumado a ello, son víctimas de un reclutamiento ilegal, pero al mismo tiempo se los considera como *miembros de una banda criminal*. El secuestro temporal o permanente de niños, tiene como objetivo el reclutamiento por parte de las fuerzas o grupos armados para su participación en las hostilidades, explotación o abuso sexual, trabajo forzado, toma de rehenes, o para la recopilación de información y el adoctrinamiento.⁷ Al respecto, el Simposio de Ciudad del Cabo⁸ en 1997, elaboró una

⁴ Véase Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *op.cit.*, pp. 12-14.

⁵ Vid. Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), *Trends in Armed Conflicts*, Yearbook 2008, Estocolmo, <http://www.sipri.org>.

⁶ Vid. SIPRI, *Trends in armed conflicts: one-sided violence against civilians*, Yearbook 2009, Estocolmo, <http://www.sipri.org>.

⁷ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *op.cit.*, p. 23

⁸ Como parte de las actividades orientadas a resolver el trágico y creciente problema del reclutamiento de niños como combatientes en las fuerzas armadas, el Grupo de Trabajo de ONG para la Convención sobre los Derechos del Niño y el

definición de *Niño soldado*⁹, determinando que es aquella persona menor de 18 años, parte de cualquier clase de fuerza armada regular o irregular o de grupo armado -estén o no involucrados en un conflicto armado- y aclara que cuando se habla de niños soldados se incluyen también, aunque no como un límite, a niños que desempeñan funciones de logística y apoyo, como cocineros, porteros, mensajeros y a cualquier persona acompañando a tales grupos, con excepción de los miembros de la familia. La definición incluye a niñas reclutadas para propósitos sexuales y casamiento forzado, es decir como esclavas sexuales. Por lo tanto, no sólo hace referencia a un niño que esté llevando o ha llevado armas. Los niños son utilizados entonces, como un medio de combate, se valen para ello, de su perfil vulnerable elaborando una "estrategia de alineación y manipulación que comienza con el secuestro, teniendo como objeto convertir a los niños en soldados obedientes que no conozcan el miedo¹⁰". El reclutamiento de un niño por la fuerza se considera que constituye violación de secuestro y violación de reclutamiento¹¹, incluso el Estatuto de Roma establece que la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, y a esos efectos, entiende que el reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, en conflictos de índole nacional o internacional, es un crimen de guerra.¹²

La guerra viola todos los derechos del niño y la niña, viola el derecho a la vida, el derecho a estar con su familia y con su comunidad, el derecho a la salud, el derecho al desarrollo de la

UNICEF llevó a cabo un simposio en Ciudad del Cabo (Sudáfrica) del 27 al 30 abril de 1997. El objetivo de ese simposio consistió en reunir a diversos expertos y aliados para elaborar estrategias de prevención del reclutamiento de los niños y niñas, para establecer la edad mínima de 18 años para el reclutamiento militar y para desmovilizar a los niños soldados y ayudarles a integrarse en la sociedad. El resultado fueron los Principios de Ciudad del Cabo, que recomiendan que los gobiernos y las comunidades de los países afectados tomen las medidas adecuadas para poner fin a esa forma de violación de los derechos de la infancia.

⁹ UNICEF, *Cape Town Principles and Best Practices*, Cape Town, South Africa, 1997.

¹⁰ José María Caballero Cáceres, *Niños forzados a ser soldados en Sierra Leona*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas nro. 7, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 260.

¹¹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *op.cit.*, p. 23.

¹² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 8. Crimen de Guerra. "[...] 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por 'crímenes de guerra': [...] b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...] xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; [...] e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...] vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades."

personalidad y el derecho a ser formado y protegido. El resquebrajamiento de la red social y de las relaciones primarias que sirven de apoyo al desarrollo físico, emocional, moral, cognoscitivo y social de los niños durante tanto tiempo, puede tener consecuencias físicas y psicológicas profundas.¹³ En las situaciones de conflicto de la última década, se estima que dos millones de niños han sido asesinados, más de seis millones de niños han sido seriamente heridos o afectados con una discapacidad física permanente y que más de 20 millones de niños han sido desplazados, dentro o fuera de sus Estados nacionales.¹⁴ Además, se estima que son millones los niños que han sufrido distintas clases de violaciones por parte de las milicias o fuerzas armadas, tales como: torturas, desapariciones forzadas, detenciones administrativas, desplazamientos forzados, explotación y abuso sexual y trabajo peligroso. Luego de finalizado el conflicto, aquella vulneración persiste y la recuperación de sus derechos se torna en un dificultoso trabajo. Todos aquellos niños y niñas que han participado de manera directa durante el conflicto, como parte de alguna fuerza, se encuentran ahora indefensos, con valores y costumbres contrarias a las que han desarrollado durante su paso por el mismo. Paralelamente, los niños que han sufrido como espectadores, el haber sido testigos de la violencia, expuestos al combate, separados de sus familias, desplazados, crecido en un ambiente hostil, corriendo peligro de morir de hambre y enfermedades, quedan temerosos, inseguros y con resentimiento cuando todo ello acaba. Para todos ellos, la cultura violenta dominó sus vidas, todos han sido expuestos de diferentes modos a ella y todos quedan afectados por ella. Nisrin Ramadan, integrante de la Society for the Physically Handicapped en la franja de Gaza, explica que existen muchos casos de *shock* profundo y pérdida de esperanza para los niños, aún luego de terminado el conflicto, asimismo el psiquiatra Eyad Sarraj, quien dirige el Programa de Salud Mental Comunitaria en Gaza, comenta que los niños pueden reírse en ocasiones pero la alegría ha desaparecido, son incapaces de tener esperanza.¹⁵

III. NECESARIEDAD DE UNA PROTECCIÓN ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) ha expresado que el mejor interés del niño debe estar en el centro de cada decisión, incluso en situaciones extremas. Por lo cual es este principio rector el

¹³ A/51/306, *Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*, 1996, p.16.

¹⁴ Rachel Harvey, *Children and Armed Conflict, a guide to international humanitarian and human rights law*, International Bureau of Children's Rights, ISBN 0-9686330-8-0.

¹⁵ *Vid. Gaza's children struggle with memories of war*, <http://www.dci-pal.org>.

que justifica la necesidad de una protección efectiva de los derechos del niño y la niña durante una situación tan extrema, como es el conflicto armado. Este interés superior del niño debe ser un “mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria¹⁶”. El interés superior del niño supone una limitación, una obligación de carácter imperativo hacia las autoridades.¹⁷ Desde esta perspectiva, es a través del principio de igualdad que se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos a grupos sociales que se encuentran en desventaja social. Miguel Cillero Bruñol comenta que la evolución del pensamiento jurídico permite afirmar que tras la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Pero no es sólo este principio de igualdad el que justifica la necesaria protección específica al niño y la niña en cualquier contexto en que se encuentre. Al mismo tiempo considero que la tesis del valor de la solidaridad o fraternidad brinda un tratamiento especial a este colectivo, “por encontrarse en una situación de inferioridad en las relaciones sociales¹⁸”. Al niño, como sujeto de derecho en desarrollo, así asumido por la CDN, le cabe una protección a sus derechos, y son los que quienes a través de la exigencia del valor solidaridad, tienen un deber de acción y no sólo de omisión. Esta exigencia justifica la imposición de actuar en beneficio del menor, y no sólo de abstenerse de ocasionarle perjuicio alguno.¹⁹ Como alude el Prof. Gregorio Peces-Barba Martínez, la finalidad del valor solidaridad, como fundamento de los derechos, es contribuir a la autonomía, independencia o libertad moral de las personas. Su punto de partida es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos.²⁰

Pues bien, la vulnerabilidad del niño y la niña en sus derechos durante una situación de conflicto armado requiere de resoluciones, las cuales, hasta ahora, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) en materia de protección, como en este trabajo se la entiende, no ha podido dar. La protección del niño en esta rama del derecho está enfocada como una protección al niño víctima del conflicto y como una protección desde la perspectiva de la intervención humanitaria y

¹⁶ Miguel Cillero Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, <http://www.iin.oea.org>.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Gregorio Peces-Barba Martínez, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 121.

¹⁹ *Vid.* María Eugenia Rodríguez Palop, *¿Podemos asumir la protección eficaz de los derechos de los niños?*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas nro. 7, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 221.

²⁰ Gregorio Peces-Barba Martínez, *op.cit.*, pp. 173-176.

no así como una protección a sus derechos, antes de que su vulneración ocurra.

Ciertos instrumentos del DIH establecen una protección especial al niño ya cuando víctima o al que participa de las hostilidades. Así se encuentran el III Convenio de Ginebra, relativo al igual trato y al empleo por parte de la potencia detentadora de los prisioneros de guerra, donde se aplican sus artículos 16 y 49 si los niños son prisioneros de guerra; el IV Convenio de Ginebra, en cuyo articulado establece medidas especiales a favor de la infancia relativas a los efectos de la guerra; respecto a los territorios ocupados, este Convenio dispone medidas a fin de facilitar la identificación de los niños y el registro de su filiación, sin poder en ningún caso la potencia ocupante modificar el estatuto personal de los niños ni alistarlos en formaciones u organizaciones dependientes de ella. Del mismo modo, garantiza a través de normas el trato debido a los internados. En ellas se prioriza a los niños en los suplementos de alimentación y se les reserva espacios libres en los lugares de internamiento, entre otras medidas.

Del mismo modo, el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la participación de niños y niñas en los conflictos armados²¹, prohíbe a sus Estados Parte reclutar niños, así como hacerlos participar en las hostilidades. Pese a ello, tanto el reclutamiento como la participación en las hostilidades, en la práctica sucede y forma parte de la vida de los niños en zonas de conflicto, lo que genera una pérdida de su derecho a una protección especial. Sin perjuicio de ello, los artículos 77²² y 4²³ del Protocolo I y II del Convenio de Ginebra respectivamente, se aplican para ellos.

²¹ El Protocolo contiene disposiciones aplicables a conflictos armados tanto internacionales (CAI) como no internacionales (CANI), las cuales hacen referencia a la participación directa en las hostilidades (art. 1); al reclutamiento obligatorio (art.2); alistamiento voluntario (art.3); a los grupos armados (art.4); desmovilización y readaptación (art.6).

²² *Protección de los niños*: 1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón. 2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad. 3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de quince años y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra. 4. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75. 5. No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años.

Las normas que conforman el DIH protegen a las víctimas de los conflictos armados y, al mismo tiempo, limita los métodos y medios de combate; es decir, buscan proteger la dignidad e integridad de las personas en el marco de los enfrentamientos armados.²⁴ Asimismo, en el DIH se encuentran un grupo de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), cuya conformación constituye un *núcleo duro* de derechos humanos de normas inderogables. Estas normas son: el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas hacen referencia a que en casos de guerra o peligro para la Nación, se puedan suspender, derogar o limitar ciertos derechos, garantías y obligaciones, establecidos en los instrumentos, dejando por fuera de aquella limitación a ciertos derechos y garantías tales como el derecho a la vida; derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud, trabajo forzado y servidumbre; principio de legalidad y retroactividad; libertad de conciencia y religión; derechos políticos; derecho al nombre y nacionalidad y la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes. La obligación de limitar cualquier suspensión a lo estrictamente necesario según las exigencias de la situación, refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación.²⁵

²³ *Garantías fundamentales*: "(...) 3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular:

- a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos;
- b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;
- c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;
- d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;
- e) se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar."

²⁴ Elizabeth Salmón, *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho Interno de los Estados*, Colección Derecho PUCP, monografías, Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 122.

²⁵ *Vid.* Naciones Unidas, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por Órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, 27 de mayo de 2008, pp. 281-288.

Respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha dicho que la cuestión acerca de cuándo pueden suspenderse los derechos, y en qué medida, no puede separarse del texto del artículo 4.1 del Pacto, según el cual las disposiciones que suspendan obligaciones contraídas por los Estados Partes en virtud del Pacto deben adoptarse únicamente "en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación".²⁶ Explica el Comité que el hecho de que en el artículo 4.2 (extendiéndolo aquí también al artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales y al artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) se declare que la aplicación de ciertas disposiciones no puede suspenderse, debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto [Convenio o Convención] en la forma de un tratado.²⁷

De estos tres instrumentos, cuya actuación es en pos de proteger al ser humano, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos la única que no autoriza a suspender los Derechos del Niño en caso de peligro extremo para la Nación o de guerra. Con lo cual sólo sus Estados Parte²⁸ estarían obligados a ello. Sin perjuicio de este ámbito de aplicación, el sólo establecimiento de esta normativa dentro del *núcleo duro* no brinda la protección necesaria a los derechos del niño. De esta manera, la norma generaliza la no suspensión sin que se brinde una especificación necesaria para el niño, titular de derechos.

IV. COMO ESTABLECER AQUELLA PROTECCIÓN ESPECÍFICA DE DERECHOS HUMANOS PARA EL NIÑO Y LA NIÑA

Dado el panorama cambiante de los conflictos, el proceso de codificación del DIH es un proceso que no está culminado, por lo cual considero que la implementación de un *núcleo duro* abarcativo de los derechos del niño, como normas que no admitan derogación bajo ningún contexto, debería ser la respuesta para establecer la protección que pretende este trabajo. *Núcleo duro* que obedece a normas que protegen todos aquellos derechos específicos de los niños y las niñas que actualmente están siendo vulnerados por las situaciones de conflicto armado. Para ello es necesario individualizar cuales normas abarcarían el *núcleo duro* que aquí se plantea, así como también establecer a quien le compete respetarlas y no suspenderlas.

²⁶ Vid. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), *op.cit.*, p. 282.

²⁷ Vid. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), *op.cit.*, pp. 281-288.

²⁸ Veinticinco Naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

En primer término, el *núcleo duro* que se pretende establecer estaría conformado de ciertas normas que integran la CDN, la cual no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia y adolescencia. Como se definió al principio del trabajo, el interés superior del niño es un principio rector. De esta manera, la primer norma integrante de este *núcleo duro* sería el artículo 3 de la CDN, el cual dispone que en todas las medidas concernientes a los niños se atenderá el interés superior del niño como consideración primordial. La CDN formula este principio como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra y al mismo tiempo identifica el interés superior del niño con la satisfacción de esos mismos derechos, en el sentido de otorgarles efectividad y exigibilidad. El principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares y en la medida que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos.²⁹ Entre los derechos absolutos e inderogables, se encuentra el derecho intrínseco a la vida del niño y de la niña, entendiéndolo a este derecho en base a la concepción social de la libertad, esto es, el tener derecho a vivir la vida con *dignidad*. El niño tiene derecho a la vida, y en éste se integra la supervivencia y la garantía a su desarrollo como así lo establecen los artículos 6 y 27 de la misma CDN. En el artículo 27 de la CDN se enuncia que se reconocerá el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Desarrollo entendido a fin de estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad, como así lo indica el Preámbulo de la CDN, lo cual no podrá cumplirse si además de vivir en un contexto hostil, no se respeta el derecho a la identidad del niño, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares, como lo establecen los artículos 7 y 8, por lo que cabría entender aquí, la tercer norma que conforma el *núcleo duro*, es decir la identidad. El derecho a la identidad hace referencia a que cada ser humano no es único, y un niño que no puede gozar de este derecho "es un niño que no puede hacer uso de su mente o de su cuerpo"³⁰. La cuarta norma, estaría conformada por todo aquello que se refiera a la prohibición de todas las formas de explotación, así se encuentran el artículo 32 respecto a la explotación económica; el artículo 34 respecto a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales; el artículo 35 respecto a impedir el secuestro, venta, o trata de niños y niñas para cualquier fin o en cualquier forma; y el artículo 36 respecto a las demás formas de explotación, no mencionadas por la CDN, que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar. La quinta norma que conformaría este *núcleo duro*, estaría referida a la salud, al respecto, el artículo 24

²⁹ Vid. Miguel Cillero Bruñol, *op.cit.* pp. 125-141

³⁰ María Inés Peralta, Julia Alejandra Reartes, *Niñez y Derechos*, Espacio Editorial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, p.90.

dispone que el niño tiene que tener su disfrute al más alto nivel de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. El niño no puede ser privado de estos servicios sanitarios, esté o no en un contexto de conflicto armado.

Finalmente, el artículo 38 se incorporaría al *núcleo duro* al establecer que, de acuerdo a las obligaciones del DIH de proteger a la población civil durante los conflictos armados, se adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado, por lo que la CDN hace referencia a una protección especial, necesaria para el niño.

Esta normativa, derivada de la CDN tiene a sus Estados Parte que la han ratificado como competentes para su aplicación. Cuando un Estado ratifica la CDN, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción.³¹ Cuando se desarrolla un conflicto armado, muchas veces el Estado, debido a su debilitamiento, no tiene el poder suficiente para actuar como tal, pese a ello, estas normas no pueden ser suspendidas, y a quien le corresponde aplicarlas es a quien ejerce el control efectivo, a pesar de que no sea soberano del territorio que esta ocupando. Así surge de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. Israel ratificó, y es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de la CDN. Pese a ello, Israel niega la aplicación en el territorio palestino ocupado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y asegura que el derecho humanitario es la protección proporcionada en una situación de conflicto como la existente en la Ribera Occidental y la Franja de Gaza, mientras que los tratados de derechos humanos están destinados a proteger a los ciudadanos de sus propios gobiernos en tiempos de paz. A fin de determinar si dichos textos son aplicables en el territorio palestino ocupado, la Corte se ocupó en primer lugar de la relación existente entre el DIH y el DIDH, y de la aplicabilidad de los instrumentos de derechos humanos fuera del territorio nacional. La Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso que se apliquen disposiciones de suspensión. En cuanto a la relación entre el DIH y el DIDH, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar

³¹ Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev.9, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, (Vol.II), Recopilación de las observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, 27 de mayo de 2008, P.177.

contemplados exclusivamente en el DIH, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el DIDH, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tuvo que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional.

Finalmente, a la Corte le restó por determinar si los dos Pactos Internacionales y la CDN son aplicables únicamente en el territorio de los Estados que son parte en dichos instrumentos o si también son aplicables fuera de sus territorios, y, de ser así, en qué circunstancias. La Corte señala que si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. La posición que continuaba teniendo Israel preocupó al Comité de Derechos Humanos, el cual afirmó como opinión que las obligaciones que incumben al Estado Parte en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se aplican a todos los territorios y poblaciones bajo su control efectivo. (E/C.12/1/Add.90, párrs. 15 y 31). Por esta razón, la Corte no pudo aceptar la opinión del Estado de Israel y, con respecto a la CDN reafirmó el contenido de su artículo segundo, según el cual los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción. Desde esta perspectiva, al resultar tanto la CDN como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aplicables en el territorio palestino ocupado, se plantea hacer extensiva y justificatoria esta opinión consultiva al punto aquí planteado, a fin de que quien ejerza el control efectivo del territorio ocupado durante el conflicto armado, sea quien tenga competencia de aplicación de la normativa que integraría el pretendido *núcleo duro*, a pesar de que no sea soberano del territorio que esta ocupando.

V. CONCLUSIÓN

El niño debe crecer, como indica el Preámbulo de la CDN, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Sabido es que el escenario fáctico que convoca al presente trabajo denota un contexto violento, muchas veces aumentado por diferencias de género, raciales, entre tantas otras, con un alto grado de incompreensión e intolerancia. La protección efectiva a los derechos del niño y la niña durante el conflicto armado viene a ser la salvaguarda a fin de que en el marco de las hostilidades su desarrollo sea lo más pleno.

La vulnerabilidad del niño y la niña en sus derechos durante una situación de conflicto armado requiere de resoluciones, las cuales, hasta ahora, el DIH en materia de protección, no ha podido dar. La protección del niño en esta rama del derecho está enfocada como una protección al niño víctima del conflicto y como una protección desde la perspectiva de la intervención humanitaria y no así como una protección a sus derechos, antes de que su vulneración ocurra. La posible respuesta acerca de cómo generar aquella

protección efectiva a los derechos del niño y la niña se manifestó a través del llamado *núcleo duro* abarcativo del derecho a la vida y desarrollo del niño y la niña; del derecho a la identidad; a la prohibición de todas las formas de explotación; al derecho a la salud del niño y la niña y al derecho de asegurar la protección y el cuidado de los niños y niñas afectados por un conflicto armado. Para el ejercicio de la competencia de aquellas normas que conformarían el *núcleo duro*, se planteó hacer extensiva la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia A/ES-10/273.

Pues es en esta conformación que la protección efectiva se ejerce de manera tal que el interés superior del niño, principio rector y plataforma fundamental de la construcción de este trabajo, adquiere el carácter de norma fundamental. Exigiendo a quienes tienen competencia en su aplicación (como lo establece el Comité de Derechos Humanos) llevar a cabo un estudio sistemático de cómo aquellos derechos e intereses del niño y la niña se ven afectados por las decisiones y las medidas que se adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños, pero que sí los afectan indirectamente.