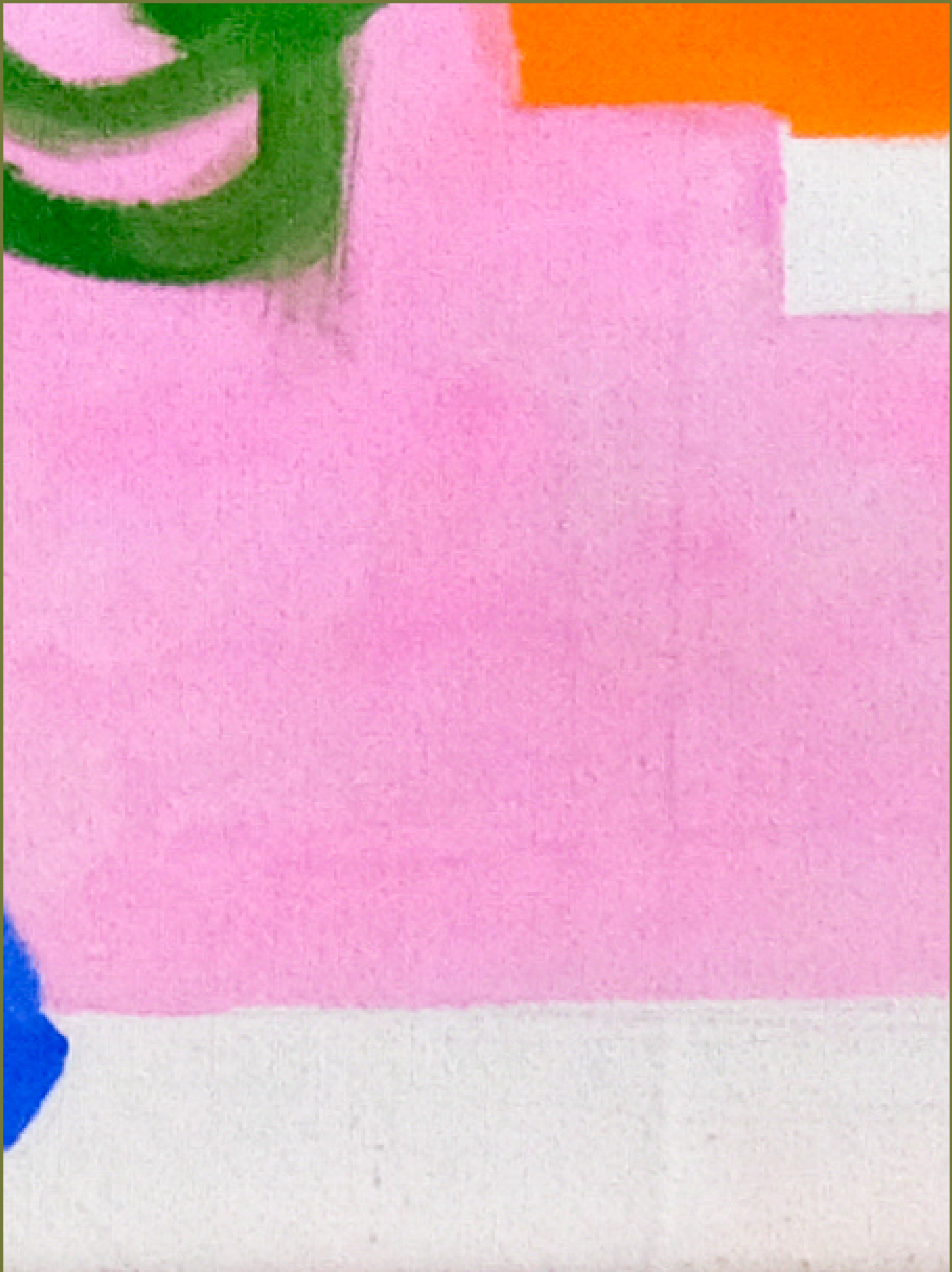


Artículo 38. Convención sobre los Derechos del Niño



**Protección a la niñez
afectada por conflictos
armados**


Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.
3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.
4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño con los que se relaciona

El presente artículo establece obligaciones especiales y adicionales para los Estados en donde existan conflictos armados frente a la niñez. En este sentido, se relaciona con todos los artículos de la Convención, en virtud de que las personas menores de edad en conflictos armados gozan del respeto, de la protección y de la garantía de todos sus derechos, adicionalmente a la protección derivada de este artículo.

Normas complementarias de Derechos Humanos

-  Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

Niñez y conflictos armados

Durante los conflictos armados, las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”. Además, “la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia”, siendo las niñas las más expuestas a sufrir este tipo de violencia. La violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual, que se cometen en una persona sin su consentimiento que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno (Corte IDH, [Caso Contreras y otros vs. El Salvador, 31 de agosto de 2011](#), párr. 101).

Obligación de respetar los derechos de la niñez en el marco de los conflictos armados

Los Estados deben abstenerse de reclutar obligatoriamente en sus fuerzas armadas a personas menores de 18 años (ONU, [Protocolo facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 2), y eliminar las prácticas de incorporación anticipada y voluntaria al servicio activo para infancias, sin excepciones (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 20).

De igual forma, se debe respetar la integridad de la niñez, a través de la prohibición por ley del castigo corporal y de otras formas de castigo cruel o degradante (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 18).

Obligación de garantizar los derechos de la niñez en el marco de los conflictos armados

Es importante que en el desarrollo de las políticas se brinden a las personas adolescentes oportunidades sistemáticas de desempeñar un papel activo en la elaboración y el diseño de los sistemas de protección, y los procesos de re-

conciliación y consolidación de la paz (CDN, Observación General 20, 2016, párr. 80). Para ello, en los movimientos de paz se debe facilitar el enfoque de la colaboración entre pares, en la solución por métodos no violentos de los conflictos arraigados en las comunidades locales, para asegurar la sostenibilidad y la adecuación cultural de las intervenciones (CDN, [Observación General 20, 2016](#), párr. 82).

En el caso específico de personas menores de edad separadas de sus padres o familiares en el contexto de los conflictos armados, muchas veces se considera su apropiación, con fines diversos, como una consecuencia normal del conflicto armado, atentando contra su dignidad e integridad personal. Los Estados deben velar por su protección y supervivencia, así como adoptar medidas en forma prioritaria, tendientes a la reunificación familiar (Corte IDH, [Caso Contreras y otros vs. El Salvador, 31 de agosto de 2011](#), párrs. 86 y 107).

Las niñas y los niños, quienes son más vulnerables a sufrir violaciones de sus derechos durante los conflictos armados, son beneficiarios de una protección especial en función de su edad, razón por la cual los Estados deberán proporcionarles los cuidados y la ayuda que necesiten. El artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño también refleja este principio. Dentro del catálogo de medidas de esta naturaleza que incorporan los tratados de derecho internacional humanitario se encuentran aquellas cuyo objetivo es preservar la unidad familiar y facilitar la búsqueda, identificación y reunificación familiar de las familias dispersas a causa de un conflicto armado y, en particular, de los niños y niñas no acompañados y separados. Aún más, en el contexto de conflictos armados no internacionales, las obligaciones del Estado a favor de los niños y niñas se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, el cual dispone, entre otras, que: “b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas [...]” (Corte IDH, [Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos vs. Guatemala](#), párr. 89).

En el caso de infancias con VIH/Sida, en el marco de guerras y conflictos armados, requieren una atención especial:

Las medidas destinadas a prevenir la violencia y los malos tratos en esas situaciones revisten una importancia decisiva y los Estados Partes deben velar por que se incorporen consideraciones relacionadas con el VIH/Sida y los problemas de los derechos del niño en las actividades destinadas a atender y ayudar a los niños y niñas utilizados por personal militar y otros funcionarios uniformados para prestar servicios domésticos

o sexuales, o que se hallan desplazados internamente o viven en campamentos de refugiados. En cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes, en particular a tenor de los artículos 38 y 39 de la Convención, deben llevarse a cabo campañas enérgicas de información, combinadas con actividades de asesoramiento de los niños y de mecanismos para la prevención y la rápida detección de los casos de violencia y malos tratos en las regiones afectadas por conflictos y catástrofes naturales, y esas campañas deben formar parte de las acciones de ámbito nacional y comunitario de lucha contra el VIH/Sida (CDN, [Observación General 3, 2003](#), párr. 38).

Para garantizar el cumplimiento de los derechos de la niñez en contextos de conflicto armado, los Estados deben establecer un mecanismo claro encargado de coordinar la aplicación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de infancias en los conflictos armados, tanto en el plano horizontal, como a los niveles federal, estatal y local (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 10).

Sobre las personas menores de edad que voluntariamente se incorporan a escuelas militares, se debe garantizar:

- Que sean considerados civiles hasta que cumplan 18 años.
- Que las faltas que cometan sean remitidas a los tribunales civiles, y que sean tratados de conformidad con los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Que la educación recibida en las escuelas militares sea acorde con los artículos 28, 29 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Que la Secretaría de Educación Pública supervise las escuelas militares, bajo responsabilidad de la Secretaría de Defensa Nacional.
- Que no participen en la búsqueda o destrucción de drogas ilegales, ni participen de cualquier otra forma en la lucha contra el narcotráfico.

(CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 18).

Asimismo, el Comité ha recomendado el establecimiento de un sistema central de recopilación de datos de la niñez, que permita determinar:

- Cuál es el número de infancias asociadas a grupos armados no estatales y cuántas bajo su jurisdicción pueden haber sido reclutadas o utilizadas en hostilidades por esos grupos en el extranjero.

- Cuál es el número de personas menores de edad que se han alistado de forma voluntaria en las fuerzas armadas.
- Datos sobre el número de infancias detenidas, heridas o muertas en la lucha que mantienen el ejército y las fuerzas policiales contra los grupos armados no estatales.
- Que los datos estén desglosados, entre otras cosas, por edad, sexo, estado, municipio y circunstancias socioeconómicas. Se recomienda, además, incluir datos sobre la niñez presente en escuelas militares.

(CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párrs. 14 y 30).

Obligación de proteger los derechos de la niñez en el marco de los conflictos armados

Corresponde al Estado la protección de la población civil, en caso de que en su territorio exista un conflicto armado, y debe proteger especialmente a las infancias, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos (Corte IDH, [Caso Contreras y otros vs. El Salvador, 31 de agosto de 2011](#), párr. 108).

El Estado debe adoptar las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar la aplicación efectiva y la vigilancia del cumplimiento efectivo de las disposiciones del artículo 38 y del Protocolo facultativo dentro de su jurisdicción (ONU, [Protocolo facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 6.1); por ejemplo:

- Adoptar medidas adecuadas para proteger a la niñez de las actuaciones policiales y militares en el contexto de las medidas adoptadas para garantizar la seguridad pública, así como de la violencia armada procedente de los grupos armados no estatales.
- Establecer mecanismos oficiales y los marcos jurídicos pertinentes que garanticen los derechos humanos y la protección de las infancias, en especial las niñas, ante la violencia derivada de las acciones militares y ejercida por los grupos armados no estatales.

- Establecer reglamentos y protocolos específicos para las fuerzas militares y de seguridad sobre la forma de garantizar la integridad de las infancias durante las investigaciones de las que sean objeto los grupos armados no estatales y las actividades para combatirlos.
- Abstenerse de trasladar a cualquier persona menor de edad que se encuentre en su territorio a la frontera de un Estado en el que exista un riesgo real de ser reclutados para las fuerzas armadas, no sólo a título de combatiente, sino también con la finalidad de ofrecer servicios sexuales a los miembros de las fuerzas armadas, o si existe peligro real de participación directa o indirecta en las hostilidades, cualquiera que sea la función militar que realicen.

(CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, México, 2011](#), párr. 30) (CDN, [Observación General 6, 2005](#), párrs. 28 y 58).

En particular, con respecto de sus fuerzas armadas, se deben tomar medidas para:

- Prohibir el reclutamiento obligatorio de personas menores de 18 años (ONU, [Protocolo facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 2).
- Elevar la edad mínima para el reclutamiento voluntario, de preferencia que sólo se permita a mayores de edad (CDN, [Observaciones finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 20) (ONU, Protocolo facultativo CDN-AC 2002, art. 3.1). Esto puede no ser aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas que los Estados administren o tengan bajo su control (ONU, [Protocolo facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 3.5), pero establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que (ONU, [Protocolo Facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 3.3):
 - Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario.
 - Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de padres, madres o de quienes tengan la custodia legal.
 - Las infancias estén plenamente informadas de los deberes que supone ese servicio militar.

- Las personas menores de edad presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptadas en el servicio militar nacional.
- Que ninguno de sus elementos menores de 18 años participe directamente en hostilidades (ONU, [Protocolo facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 1).
- Que todos los códigos, manuales y demás directrices militares se ajusten a las disposiciones del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de infancias en los conflictos armados (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 26).

En el caso de grupos armados distintos a las fuerzas armadas de un Estado, se deben tomar las medidas necesarias para:

- Identificar y vigilar a los diversos grupos armados no estatales presentes en el país, incluidos los grupos paramilitares, los grupos de delincuencia organizada y las empresas de seguridad (CDN, [Observaciones finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 22).
- Prohibir el reclutamiento o uso de personas menores de 18 años en las hostilidades (ONU, [Protocolo Facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 4.1).
- Tipificar expresamente el reclutamiento y la participación de infancias en las hostilidades (ONU, [Protocolo Facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 4.2) (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 26) (CDN, [Observaciones Finales México, 2015](#), párr. 30).

Con relación a ciertos grupos de niñez, el Comité ha establecido recomendaciones especiales:

- En el caso de adolescentes reclutados en bandas y pandillas, que suelen proporcionar apoyo social, medios de subsistencia, protección y un sentido de identidad cuando se carece de oportunidades para lograr esos objetivos mediante actividades legítimas, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Comité de los Derechos del Niño, han recomendado:

Que se haga más hincapié en la formulación de políticas públicas integrales que aborden las causas fundamentales de la violencia juvenil y las bandas, en lugar de hacer cumplir la ley de manera agresiva. Es necesario invertir en actividades de pre-

vención para adolescentes en riesgo, intervenciones para alentar a los adolescentes a dejar las bandas, la rehabilitación y la reintegración de los miembros de las bandas, la justicia restaurativa y la creación de alianzas municipales contra la delincuencia y la violencia, prestando especial atención a la escuela, la familia y las medidas de inclusión social. El Comité insta a los Estados a que presten la debida consideración a los adolescentes obligados a abandonar su país por razones relacionadas con la violencia de las bandas y les concedan el estatuto de refugiados (CDN, [Observación General 20, 2016](#), párr. 83).

Verdad o investigación

Los Estados deben adoptar medidas que aseguren que se investiguen pronta y adecuadamente los delitos y las violaciones a derechos humanos de las infancias en contextos de conflictos armados, para así garantizar que los tribunales civiles tengan competencia para juzgar los delitos contra la niñez cometidos por el ejército (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 30), en especial los casos de violencia en contra de infantes que acuden a escuelas militares, mediante mecanismos independientes de denuncia e investigación (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 18); casos de violencia sexual sufridos por las personas adolescentes (CDN, [Observación General 20, 2016](#), párr. 82); y las desapariciones forzadas y las ejecuciones. La falta de investigación de los hechos violatorios de derechos humanos representa una infracción al deber de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, lo cual comprende la prevención razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho (Corte IDH, [Caso Contreras y otros vs. El Salvador, 31 de agosto de 2011](#), párr. 90).

En los casos de desaparición forzada de personas menores de edad, es imprescindible que los Estados:

- Actúen de forma pronta e inmediata, ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima o el lugar donde pueda encontrarse privada de libertad.

- Consideren el contexto particular y general en el que ocurren las desapariciones.
- Ordenen la práctica de diligencias probatorias, para esclarecer los hechos en materia de investigación.
- Identifiquen a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales.
- Establezcan un buen sistema de coordinación interestatal.
- Doten a las autoridades correspondientes de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, otorgar facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas.

(Corte IDH, [Caso Contreras y otros vs. El Salvador](#), 31 de agosto de 2011, párrs. 145, 147 y 152).

Justicia o sanción

Los Estados deben evitar la impunidad, al garantizar el enjuiciamiento y castigo de los responsables, y establecer mecanismos de acceso a la justicia y a una indemnización (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 30), incluso mediante formas de mediación en la resolución pacífica de los conflictos (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 24).

El Comité ha recomendado a los Estados considerar la posibilidad de establecer la jurisdicción extraterritorial para los delitos en contra de las infancias en conflictos armados, cuando el autor o la víctima sean ciudadanos del Estado o estén vinculados de otro modo a él (CDN [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párrs. 26 y 28).

Reparación

Los Estados deben adoptar las medidas posibles para que las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades, en contradicción con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de infancias en los conflictos armados, sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro modo, y prestar toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social (ONU, [Protocolo facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 6.3). Para ello, se deberá iniciar un mecanismo de identificación de la niñez que pudieran haber sido reclutada o utilizada en hostilidades, y tomar las medidas necesarias para su recuperación física y psicológica, así como su reintegración en la sociedad (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 32).

Las medidas deberían comprender la evaluación pormenorizada de su situación, el refuerzo de los servicios de asesoría jurídica de los cuales disponen, e incluso la prestación de asistencia inmediata, respetuosa de su cultura, que tenga en cuenta sus necesidades, desde una perspectiva multidisciplinaria, para su recuperación física y psicológica, y su reintegración en la sociedad, de conformidad con el Protocolo Facultativo (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 32).

Las medidas de recuperación y reintegración deben contar con una perspectiva de género de la adolescencia que es reclutada en fuerzas y grupos armados, incluida la que se encuentre en situaciones de migración. Asimismo, dichas medidas deben prohibir el reclutamiento o uso de adolescentes en las hostilidades, e incorporarlas en las negociaciones y los acuerdos de paz o de cesación del fuego con los grupos armados (CDN, [Observación General 20, 2016](#), párr. 82).

La cooperación internacional es importante en la prevención y atención, la rehabilitación y reintegración social de las infancias que sean víctimas de los conflictos armados, por lo que los Estados deben otorgarse asistencia técnica y financiera (ONU, [Protocolo facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 7.1) (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 33), mediante los progra-

mas multilaterales, bilaterales o de otro tipo existentes o, entre otras cosas, mediante un fondo voluntario establecido de conformidad con las normas de la Asamblea General (ONU, [Protocolo facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 7.2).

En el caso de los niños soldados, ante todo, se considerarán víctimas de un conflicto armado, por lo que los Estados deben:

- Prestarles todos los servicios de apoyo necesarios; en especial, el asesoramiento psicosocial necesario, con objeto de que se reintegren a la vida normal.
- Dar prioridad a su identificación y desmovilización durante las operaciones de identificación y separación.
- No deberán ser internados, sino que gozarán de medidas especiales de protección y asistencia, sobre todo en lo relativo a su desmovilización y reinserción social.
- Deben realizar esfuerzos especiales para apoyar a las niñas que han formado parte de las fuerzas militares, como combatientes o en cualquier otro carácter, y facilitar su reintegración.
- En el caso excepcional en el que se requiera el internamiento de un niño soldado, porque representa una grave amenaza para la seguridad, las condiciones del internamiento se ajustarán a las normas internacionales, en especial el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y a los principios de la responsabilidad penal de infancias, pero sin renunciar a la localización de la familia y sin perjuicio de su participación prioritaria en programas de reinserción social.

(CDN, [Observación General 6, 2005](#), párrs. 56-57).

Obligación de promover los derechos de la niñez en el marco de los conflictos armados

Los Estados tienen la obligación de difundir y promover por los medios adecuados los principios y las disposiciones del Protocolo Facultativo (ONU, [Protocolo Facultativo CDN-AC, 2002](#), art. 6.2), entre la población en general y, en particular,

entre la niñez (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 12), para lo cual se debe reforzar la educación sobre los derechos humanos, especialmente sobre educación para la paz (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 24).

De igual forma, el Estado debe capacitar al personal docente con miras a la inclusión de los temas de derechos humanos y educación para la paz (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 24).

Con respecto a los miembros de las fuerzas armadas, el Estado debe capacitarlos, al impartir formación específica sobre las disposiciones del Protocolo Facultativo y diseñar programas de sensibilización, educación y capacitación, acerca de sus disposiciones, dirigidos a grupos de personas profesionistas que trabajen con infancias; en particular, fiscales, abogados, jueces, miembros de las fuerzas del orden, trabajadores sociales, personal médico, docentes, profesionales de los medios, y funcionarios locales y de distrito (CDN, [Observaciones Finales México, Informe sobre OPAC, 2011](#), párr. 12).