

2022 3

juriste

INTERNATIONAL



DEEP

I CHILDREN AND THE LAW

V ENFANCE ET DROIT

E INFANCIA Y DERECHO



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados



LexisNexis®

AWARD WINNING PRODUCTS. SERVING 160 COUNTRIES AND COUNTING.

Law firms around the world look to LexisNexis for the competitive advantage only available from Lexis+. With its superior research, data-driven insights and practical guidance, experience accurate results faster.

Lexis+
**Experience
results.**

See why legal professionals look to Lexis+
[LexisNexis.com/LexisPlus](https://www.lexisnexis.com/LexisPlus)

Table of Contents

Sommaire

Indice



3 **President's Message | Le mot du Président | Mensaje del Presidente**
Editorial | L'édito | Editorial

6 **Interviews | Entretiens | Entrevistas**

▶ Childhood Index Value (C.I.V.) : un investissement inestimable pour l'avenir

9 **New Frontiers | Nouveaux horizons | Nuevas fronteras**

▶ Redes neuronales, naturales y artificiales - Su marco legal

12 **What Matters | L'essentiel | Lo importante**

▶ « Je post, tu post, ils choisissent » (Partie II) ▶ Climate Change Litigation
▶ Europe et Ukraine : la directive sur la protection temporaire enfin mise en œuvre

22 **Deep Dive - Children and the Law | Le dossier - Enfance et droit | El informe - Infancia y derecho**

▶ [22](#) Surrogacy Law in England & Wales – Legal and Practical Matters ▶ [26](#) L'enregistrement des naissances : un enjeu de société ; un défi pour les Barreaux
▶ [29](#) Le phénomène des *kids influencers* : les premières réponses du législateur
▶ [33](#) Kidfluencers in Germany – Prohibited Child Labor? ▶ [35](#) El derecho de los niños en el divorcio y su interés superior ▶ [37](#) L'accès des enfants à la justice
▶ [40](#) Child Labour [40](#) Child Labour in Nigeria: Trends and Way Forward
[41](#) Child Labour in India [45](#) El trabajo infantil en México [48](#) El trabajo infantil en la República Argentina: una aproximación al régimen laboral [51](#) Trabajo infantil en el Perú: recorrido y afianzamiento de medidas destinadas a su eliminación
▶ [54](#) El adolescente infractor víctima de reclutamiento forzado en Colombia
▶ [57](#) «Los menores» y la cuestión penal en América Latina: la anomalía argentina
▶ [61](#) Minors on Anti-Doping in Sport [66](#) Food For All - An Unattainable Dream?



69 **Arc of the Law | Évolution du droit | Panorama jurídico**

▶ Whistleblowing in Belgium

72 **The Wider View | Grand angle | Visión amplia**

▶ Dématérialisation des contrats de partenariats public-privés : regards croisés Togo et Sénégal

75 **My Own Backyard | Autour de moi | Mi entorno**

▶ L'enfant et l'avocat en protection de l'enfance - Droit comparé français-québécois ▶ De l'ordre public concurrentiel : analyse marocaine de la dialectique État/marché

81 **The Basics | Les fondamentaux | Los fundamentos**

▶ Using Section 1782 in International Disputes

84 **Legal Spotlight | Brèves juridiques | Breves jurídicos**





JURISTE INTERNATIONAL

Editorial Policy

The *Juriste International* offers robust and diverse perspectives on subjects of interest to lawyers. The views expressed herein are the views of the authors and do not necessarily imply UIA policy or editorial concurrence. Publication or dissemination of advertising or support of any product, service or organization does not constitute an endorsement.

Politique éditoriale

Juriste International offre des perspectives approfondies et diverses sur des sujets d'intérêt pour les avocats. Les opinions exprimées ici sont celles de leurs auteurs et n'impliquent pas que l'UIA et/ou le Comité éditorial, en les publiant et les diffusant, les partagent, ni les soutiennent. L'UIA n'avalise pas nécessairement le matériel publicitaire ou promotionnel de tout produit, service ou organisation publié ou diffusé par le *Juriste International*.

Política editorial

Juriste International ofrece perspectivas sólidas y diversas sobre temas de interés para los abogados. Las opiniones aquí expresadas son las de sus autores y no implican que la UIA y/o el Consejo Editorial, al publicarlas y difundirlas, las compartan o apoyen. La publicación o difusión de publicidad o soporte de cualquier producto, servicio u organización no constituye un respaldo.

Photos credit | Crédit photos | Crédito fotos

Couv. : © YuganovKonstantin - Shutterstock / P7 : © Vector Mine - Shutterstock / P10 : © MattLphotography - Shutterstock / P15 : © ESB Professional - Shutterstock / P17 : © by-studio - Shutterstock / P20 : © dba87 - Shutterstock / P22 : © Chinnapong - Shutterstock / P25 : © Andrii Yalanskyi - Shutterstock / P28 : © Nigel J. Harris - Shutterstock / P29 : © Gladskikh Tatiana - Shutterstock / P30 : © Monkey Business Images - Shutterstock / P33 : © Gatot Adri - Shutterstock / P36 : © zimmytws - Shutterstock / P41 : © Riccardo Mayer - Shutterstock / P43 : © StevenK - Shutterstock / P44 : © Arcscapes - Shutterstock / P53 : © Steve Allen - Shutterstock / P54 : © estherpoon - Shutterstock / P56 : © Tinnakorn jorruang - Shutterstock / P58 : © MD_Photography - Shutterstock / P59 : Glenn R. McGloughlin - Shutterstock / P63 : © AMV_80 - Shutterstock / P64-65 : Peter Hermes Furian - Shutterstock / P66 : © clicksabhi / Shutterstock / P67 : © Lightspring - Shutterstock / P70 : © eamesBot - Shutterstock / P74 : Dmitry Demidovich - Shutterstock / P77 : © Studio Romantic - Shutterstock / P80 : © Bakhtiar Zein - Shutterstock / P83 : © Studio Romantic - Shutterstock / P84 : © Roshan Salih - Shutterstock.

JURISTE INTERNATIONAL

UIA PUBLICATION | PUBLICATION DE L'UIA | PUBLICACIÓN DE LA UIA

Publication Director | Directeur de la publication | Director de la publicación
President Hervé Chemouli, Paris, France

Editor-in-Chief | Rédactrice en chef | Redactora jefa
Barbara Gislason, Minneapolis, MN, USA, barbara@gislasonlaw.com

Deputy Editors | Rédacteurs adjoints | Redactores adjuntos
English Language: Steven Richman, Princeton, NJ, USA, srichman@clarkhill.com
French Language: Catherine Peulvé, Paris, France, cpeulve@cplaw.fr
Spanish Language: Laura Collada, Mexico City, Mexico, lcollada@dumont.com.mx

Executive Director | Directrice exécutive | Directora ejecutiva
Marie-Pierre Richard, Paris, France - mprichard@uianet.org

Editors | Éditeurs | Editores

NORTH AMERICA | AMÉRIQUE DU NORD | AMÉRICA DEL NORTE

Pierre G. Bélanger, Ottawa, Canada, pbelange@gmail.com
 Hon. Peter M. Reyes, Jr., Minneapolis, MN, USA, petermreyes@gmail.com
Cheryl Nolan, San Diego, CA, USA, cnolan@nolananimallaw.com

CENTRAL AND SOUTH AMERICA | AMÉRIQUE CENTRALE ET DU SUD | AMÉRICA CENTRAL Y DEL SUR

Eugenio M. Curia, Buenos Aires, Argentina, Emcuria@yahoo.com
 Juan Eduardo Palma Jara, Santiago, Chile, jpalma@palma.cl
 Jaime Alberto Sandoval Mesa, Bogota, Colombia, jaisandoval@yahoo.com
 Jeanne Machado, Rio de Janeiro, Brazil, jmachado@machadoesilvaadv.com.br
 Wilfrido Fernández, Asunción, Paraguay, w.fernandez@zafer.com.py

EUROPE | EUROPA

Kato Aerts (*Revenue Officer*), Brussels, Belgium, kato.aerts@lydian.be
Georges-Albert Dal, Brussels, Belgium, gad@daldewolf.com
 Romina Bossa Abiven (*UIA IROL Liaison*), Paris, France, rbossa@uianet.org
Clémence Colin, Paris, France, ccolin@jpkarsenty.com
Marine Parmentier, Paris, France, mparmentier@woogassocies.com
 Camille Loup, Geneva, Switzerland, c.loup@44-avocats.ch
 Marco Imperiale, Milan, Italy, marco.imperiale@lcalex.it
Paolo Lombardi (*UIA News*), Torino, Italy, paolo.lombardi@elexi.it
 Ángel Ballesteros Barros, Jerez de la Frontera, Spain, aballesteros@icasevilla.org
Angela Diaz-Bastien, Madrid, Spain, adb@edbalaw.com
Marc Gallardo Meseguer, Barcelona, Spain, mgallardo@rsm.es
 David Greene, London, UK, david.greene@edwincoe.com
Thomas Rudkin (*Young Lawyers*), London, UK, thomas.rudkin@farrer.co.uk

AFRICA | AFRIQUE

Fayçal Driouche, Algiers, Algeria, cabinetdriouche@gmail.com
 Olufemi Sunmonu, Lagos, Nigeria, fsunmonu@aliantlaw.ng
 Aboubacar Fall, Dakar, Senegal, a.fall@aflegal.sn

ASIA | ASIE

Jansy Wang, Beijing, China, wangxiujuan@anjielaw.com
 Joana Alves Cardoso, Macau, China, jac@jac.legal
 Ashu Thakur, Mumbai, India, ashu@ataindia.co.in
 Yoshihisa Hayakawa, Tokyo, Japan, haya@rikkyo.ac.jp
 Jumanah Behbehani, Kuwait City, Kuwait, lawyer_jbehbehani@hotmail.com

OCEANIA | Océanie

Pauline Wright, Gosford, NSW, Australia, pwright@pjdonnellan.com.au

Typesetting and Printing | Composition et impression | Composición e impresión
Evoluprint, Parc Industriel Euronord, 10 rue du Parc, CS 85001 Bruguieres, 31151 Fenouillet Cedex
Circulation - Distribution | Tirage - Distribution | Tirada - Distribución
3 000 copies / exemplaires / ejemplares

Union Internationale des Avocats (UIA), 9 rue du Quatre-Septembre, 75002 Paris (France)
Tél. : +33 1 44 88 55 66 - Fax : + 33 1 44 88 55 77 - E-mail : uiacentre@uianet.org
Site Web : www.uianet.org - ISSN : 0758-2471

Follow us



Hervé Chemouli

PRESIDENT'S MESSAGE

Now that I completed my term in office, during our congress in Dakar, I would like to share with you my thoughts on the future actions that need to be carried out within our association, as well as in all international associations representing our profession.

The very meaning of our involvement with our members is to provide them with the information necessary for furthering their activities and, to do so, it is necessary to maintain and expand the training activities that have been undertaken. The Summer University set up for the first time this year, with IE Law School, Madrid, enabled the most important international associations to share their knowledge in the field of human rights in the specific sector of business law, a growing area of competence and specialization within firms.

The same applies to our training in new technologies, whose use in the future will either be a factor of growth or of decline for those unable to adapt to it. Our partner, LexisNexis, is well aware of this and has encouraged us to ensure the development of this area to familiarize our members with the use of some of these tools of the future.

I have no doubt that it is in this spirit that successive presidents will act for continuity in the future and I wish that these training courses prove productive for each of you and generate even greater growth for your firms.

LE MOT DU PRÉSIDENT

En clôturant mon année de mandat qui s'est achevée à la fin du mois d'octobre, lors de notre congrès à Dakar, je souhaitais vous faire partager mes réflexions sur les actions futures qui seront à mener au sein de notre association, comme pour toutes les associations internationales représentatives de notre profession.

Le sens même de notre implication à l'égard de nos membres est d'apporter l'information nécessaire au développement de leurs activités. Pour ce faire, il convient de maintenir et amplifier les actions de formation qui ont été entreprises, notamment au travers de l'Université d'été mise en place pour la première fois cette année avec IE Law School à Madrid, formation au cours de laquelle les plus grandes associations internationales sont venues apporter leur savoir en matière de droits humains dans le secteur particulier du droit des affaires, un sujet de compétence et de spécialisation au sein des cabinets.

Il en est de même en ce qui concerne nos formations en matière de nouvelles technologies, dont l'utilisation va être, pour le futur, un facteur soit de croissance, soit de déclin pour ceux qui n'auront pas su s'y adapter.

Notre partenaire LexisNexis en est bien conscient et nous a encouragés à assurer ce développement, pour familiariser nos membres avec l'utilisation de ces outils du futur.

Je ne doute pas que c'est dans cet esprit que la continuité des présidents successifs agiront et je souhaite pour chacun d'entre vous que ces formations puissent être productives et générer un développement encore plus important de vos cabinets.

MENSAJE DEL PRESIDENTE

Al cerrar mi año de mandato, que terminó a finales de octubre, en nuestro congreso de Dakar, quería compartir con ustedes mis reflexiones sobre las acciones futuras que deberán llevarse a cabo en nuestra asociación, así como en todas las asociaciones internacionales representativas de nuestra profesión.

El sentido mismo de nuestra implicación con nuestros miembros es aportar la información necesaria para el desarrollo de sus actividades. Para ello, conviene mantener y ampliar las acciones de formación emprendidas, en particular a través de la Universidad de verano implementada por primera vez este año con la IE Law School en Madrid, formación durante la cual las mayores asociaciones internacionales vinieron a aportar su saber en materia de derechos humanos en el sector específico del derecho de los negocios, un tema de competencia y especialización en los despachos.

Lo mismo sucede con nuestras formaciones en materia de nuevas tecnologías, cuyo uso será en el futuro un factor o bien de crecimiento o bien de declive en el caso de quienes no sepan adaptarse a él.

Nuestro socio LexisNexis es consciente de ello y nos ha animado a favorecer este desarrollo para familiarizar a nuestros miembros con el uso de estas herramientas del futuro.

No dudo que los próximos presidentes sucesivos actuarán con este espíritu y les deseo a todos ustedes que estas formaciones les resulten productivas y propicien un desarrollo aún mayor en sus despachos.



Barbara Gislason

EDITORIAL

Have you ever seen a man wear a bright yellow suit? Perhaps only Harry Styles can. But why is a yellow suit an unusual choice? It is a color that can be associated with being vivacious, feminine, and extroverted. But is this true in Africa where men look masculine in yellow Dashiki suits?

Positive interpersonal communications may be enhanced by learning what others intend to convey when using color, and about how we differ in our interpretation of color. There is a lot to learn.

First, the science. Light reaches the eyes' retina, full of rods and cones that detect color. This information travels to our prefrontal cortex and is combined with a variety of other sensory information along with our memories and emotions. The way we experience color is complicated.

The interpretation of color is not universal given the unique properties of both hemispheres of our brains. The left side has dominant language function for right-handed people, while left-handers are less predictable. When a person looks at an object, the left hemisphere is typically more expansively influenced by their cultural background, traditions, and aesthetics than the right hemisphere. But the brain has ways of communicating information between the hemispheres which means the right side of the brain can influence meaning, too. Ultimately, a variety of information in our brains informs color perception, interpretation, and reaction.

In more practical terms, the physiology of our brains helps explain why in China red may represent joy, happiness, and prosperity; in India energy, the unfolding of consciousness and bravery; for tribes in South Africa their ancestors; in the U.S. anger, sex, and violence. Brides typically wear white wedding dresses in the U.S., but not in Vietnam or China given death connotations.

Beyond how we react to seeing color, color in language has significance. Linguists know that languages vary in how many color distinctions it has. For example, the Telugu speakers in India do not yet distinguish between green and yellow, the Vietnamese treat blue and green as two shades of the same color, and Spaniards have their own interpretation of brown and purple.

Consider, too, how cultures use color words in idioms. Thus, we have the red-carpet and red tape, as well as green with envy, black sheep, tickled pink, white lie, off color, out of the blue, and show your true colors.

While thinking about the conundrum regarding yellow suits and hidden meanings, tonight, wrap your dreams in magnificent colors and bask in their hue. And when you see color in the morning, realize that your appreciation of the universe is unique and that as an attorney, your sensitivity matters.

L'ÉDITO

Avez-vous déjà vu un homme porter un costume jaune vif ? Peut-être que seul Harry Styles le peut. Mais pourquoi un costume jaune est-il un choix inhabituel ? C'est une couleur qui peut être associée à la vivacité, à la féminité et à l'extraversion. Mais est-ce valable en Afrique, où les hommes ont l'air masculin en *dashikis* jaunes ?

La communication interpersonnelle positive peut être améliorée en apprenant ce que les autres ont l'intention de transmettre lorsqu'ils utilisent la couleur, et en découvrant comment nous différons dans notre interprétation de la couleur. Il y a beaucoup à apprendre.

Tout d'abord, la science. La lumière atteint la rétine des yeux, remplie de bâtonnets et de cônes qui détectent la couleur. Ces informations sont transmises à notre cortex préfrontal et sont combinées avec diverses autres informations sensorielles, tout comme nos souvenirs et nos émotions. La façon dont nous percevons la couleur est complexe.

L'interprétation de la couleur n'est pas universelle étant donné les propriétés uniques des deux hémisphères de notre cerveau. Le côté gauche offre une fonction langagière dominante pour les droitiers, tandis que les gauchers sont moins prévisibles. Lorsqu'une personne regarde un objet, l'hémisphère gauche est généralement plus largement influencé par son milieu culturel, ses traditions et son esthétique que l'hémisphère droit. Mais le cerveau a des moyens de communiquer les informations entre les hémisphères, ce qui signifie que le côté droit du cerveau peut également influencer le sens de quelque chose. En fin de compte, la perception, l'interprétation et la réaction aux cou-

Barbara J. GISLASON • Editor-in-Chief, Juriste International, Rédactrice en chef, Juriste International, Redactora Jefe, Juriste International • barbara@gislasonlaw.com

“ And when you see color in the morning, realize that your appreciation of the universe is unique and that as an attorney, your sensitivity matters. ”

leurs sont influencées par diverses informations contenues dans notre cerveau.

En termes plus pratiques, la physiologie de notre cerveau aide à expliquer pourquoi, en Chine, le rouge peut représenter la joie, le bonheur et la prospérité ; en Inde, l'énergie, l'épanouissement de la conscience et la bravoure ; pour les tribus d'Afrique du Sud, leurs ancêtres ; aux États-Unis, la colère, le sexe et la violence. Les mariées portent généralement des robes de mariée blanches aux États-Unis, mais pas au Viêt Nam, ni en Chine, en raison de ses connotations de mort.

Au-delà de notre réaction à la couleur, dans le langage aussi la couleur a une signification. Les linguistes savent que les langues varient en terme du nombre de couleurs qu'elles distinguent. Par exemple, ceux qui parlent le telugu en Inde ne font pas encore la distinction entre le vert et le jaune, les Vietnamiens traitent le bleu et le vert comme deux nuances de la même couleur, et les Espagnols ont leur propre interprétation du marron et du violet.

Considérez également la façon dont les cultures utilisent les mots de couleur dans leurs expressions idiomatiques. Ainsi avons-nous : être blanc comme un linge et de but en blanc, mais aussi être vert de rage et avoir la main verte, rire jaune, broyer du noir, noir sur blanc, carte blanche, voir la vie en rose, avoir un bleu et avoir une peur bleue, la matière grise, se faire les cheveux blancs, être la lanterne rouge...

Tout en pensant à l'énigme des costumes jaunes et des significations cachées, ce soir, enveloppez vos rêves dans de magnifiques couleurs et savourez-les. Et quand vous voyez des couleurs le matin, réalisez que votre appréciation de l'univers est unique et qu'en tant qu'avocat, votre sensibilité compte.

➤ EDITORIAL

¿Alguna vez ha visto a un hombre con un traje amarillo chillón? Quizá solo pueda llevarlo Harry Styles. ¿Pero por qué es tan poco habitual llevar un traje amarillo? Es un color que puede asociarse con una personalidad vitalista, femenina y extrovertida. ¿Pero es así en África donde los hombres resultan masculinos cuando llevan *Dashiki* amarillos?

Las comunicaciones interpersonales positivas pueden mejorar aprendiendo lo que otros quieren transmitir usando el color y cómo nos diferenciamos en nuestra interpretación del color. Tenemos mucho que aprender.

Veamos primero lo que dice la ciencia. La luz llega a la retina del ojo, que está llena de bastones y conos que detectan el color. Esta información viaja hasta nuestra corteza prefrontal y se combina con otras informaciones sensoriales junto con nuestros recuerdos y emociones. La forma en que experimentamos el color es complicada.

La interpretación del color no es universal dadas las propiedades únicas de los dos hemisferios de nuestro cerebro. El lado izquierdo tiene una función lingüística dominante en las personas diestras, mientras que las personas zurdas son menos predecibles. Cuando una persona mira un objeto, normalmente el hemisferio izquierdo estará más influido por su contexto cultural, sus tradiciones y su sentido estético que el hemisferio derecho. Pero el cerebro tiene formas de comunicar la información entre los hemisferios que hacen que el lado derecho del cerebro también pueda influir en el significado. Al final, existe una variedad de informa-

ción en nuestros cerebros que determina la percepción, la interpretación y la reacción al color.

En términos más prácticos, la fisiología de nuestros cerebros ayuda a explicar por qué en China el rojo puede representar la alegría, la felicidad y la prosperidad; en La India, la energía, el desarrollo de la conciencia y la valentía; para las tribus de Sudáfrica, sus ancestros; en EE.UU., la ira, el sexo y la violencia. Las novias suelen llevar vestidos de boda blancos en Estados Unidos, pero no en Vietnam o China, por las connotaciones de muerte que tiene este color.

Aparte de cómo reaccionamos al ver el color, en el lenguaje el color tiene su importancia. Los lingüistas saben que los idiomas varían en cuanto al número de distinciones que hacen del color. Por ejemplo, los hablantes de Telugu en La India no distinguen entre el verde y el amarillo, los vietnamitas tratan el azul y el verde como dos tonalidades del mismo color, y los españoles tienen su propia interpretación de las tonalidades de marrón y violeta.

Pensemos también cómo utilizan las distintas culturas los colores en las expresiones idiomáticas. Por ejemplo, «alfombra roja», «estar verde de envidia», «oveja negra», «verlo todo color de rosa», «ponerse morado»... «para gustos, los colores».

Mientras piensa en el enigma de los trajes amarillos y sus significados ocultos, esta noche envuelva sus sueños en espléndidos colores y disfrute de sus tonalidades. Y cuando vea los colores por la mañana, dese cuenta de que su apreciación del universo es única y que, como abogado, su sensibilidad es importante.

Erratum: At the author's specification, the article *Fraud and the Courtroom: A Game of Chess with Darkly Veiled Moves*, by Andrew Grosso, published in issue 2022-2, has been slightly revised and can be found in its final version on <https://www.uianet.org/en/juriste-international>.

Homayra Sellier et Jean-Laurent Py

Childhood Index Value (C.I.V.) : un investissement inestimable pour l'avenir

➤ Catherine Peulvé, Deputy Editor of *Juriste International*, talks to Homayra Sellier, President and Founder of Innocence in Danger is part of a global movement to protect children from all forms of violence, and Jean-Laurent Py, Creator of the communications agency Babel, about the association's missions, the means at its disposal to raise public awareness, and its communication campaigns targeted at the corporate and financial worlds, including the "IPO" of the Childhood Index value.

➤ Catherine Peulvé, redactora adjunta de *Juriste International*, habla con Homayra Sellier, presidenta y fundadora de Innocence in Danger, un movimiento mundial para proteger a los niños de todas las formas de violencia, y con Jean-Laurent Py, fundador de la agencia de comunicación Babel, sobre las misiones de la asociación, los medios de que dispone para sensibilizar a la opinión pública y sus campañas de comunicación dirigidas al mundo empresarial y financiero, incluida la «salida a bolsa» del valor del Índice de la Infancia.

Catherine PEULVÉ (CP) : Pouvez-vous, chacun, me parler de vous ?

Homayra Sellier (HS) : Je suis née en Iran. Au moment où il y a eu la guerre entre l'Iran et l'Iraq, j'étais très jeune et mes parents, comme d'autres, ont souhaité que nous soyons à l'abri dans un autre pays. Ils ont choisi la France. Nous avons alors, mes amis et moi-même, été confrontés à des situations dans lesquelles, aujourd'hui, des plaintes auraient été déposées, mais j'étais alors mineure, adolescente, très peu ou pas du tout éduquée aux questions homme/femme, puisqu'en Iran, à l'époque, nous ne recevions aucune éducation sur les questions de sexualité. Nous ne savions même pas que l'on pouvait porter plainte ; on savait juste que « ce n'était pas bien », que « cela ne se faisait pas ». Une de mes très proches amies, qui s'était mariée trois semaines avant, s'est suicidée en me laissant une lettre décrivant des violences qu'elle avait subies, son sentiment d'être sans défense, perdue, paumée et expliquant sa décision de se suicider car elle n'était ni avec ses

parents en Iran (ce qui n'était pas possible car l'Iran était en guerre) ni avec moi. Évidemment, j'ai été très secouée. Le temps a passé, j'ai fait des études, je me suis mariée, j'ai eu des enfants. Mon mari, pourtant français, a refusé que je travaille pour ne pas être sous l'autorité de quelqu'un. Je lui ai dit que ce qui me tenait à cœur était de travailler bénévolement et devenir, lorsque le genre de difficultés comme celles subies par mon amie surviennent, un soutien, cette main qui empêche ce qui lui est arrivé. J'ai été nommée par l'UNESCO à la tête d'un mouvement international de protection des enfants qui s'appelait Innocence en Danger. J'ai travaillé avec eux pendant un an puis les ai quittés pour être sur le terrain, parler aux victimes comme aux prédateurs, aller aux procès, etc. J'ai donc monté l'association Innocence en Danger en avril 2000, d'abord en France puis dans d'autres pays. Aujourd'hui l'association dispose d'une dizaine de bureaux. De seule, nous sommes aujourd'hui environ 50/60 membres actifs, et une centaine en ajoutant les membres ponctuels. Je travaille sans regarder l'heure, avec passion, j'adore ce que je fais.

Jean-Laurent Py (JLP) : Je suis directeur de création dans une agence de publicité. J'ai commencé à travailler pour Innocence en Danger en 2012. Depuis, nous sommes restés en contact et j'ai fait plusieurs campagnes de sensibilisation, de façon gracieuse, pour aider l'Association et porter sa voix.

CP : Madame Sellier, en vos qualités de présidente et fondatrice, quels objectifs vous êtes-vous fixés lors la création d'Innocence en Danger ?

HS : Les missions d'Innocence en Danger sont l'identification des mineurs victimes de violences notamment sexuelles sur ou hors internet. Une fois identifiées, l'objectif est de leur offrir une thérapie et dans la mesure du possible, l'accès à la justice car nous avons une équipe d'avocats magnifiques en France. L'Association offre également aux victimes depuis 2002 des séjours de résilience, ce dont je suis le plus fière. Il s'agit de séjours où chaque victime est envoyée avec un parent protecteur dans un lieu sécurisé avec la possibilité de participer à des ateliers d'art, d'art thérapie et de thérapie en pleine nature car la nature répare. On a des résultats magnifiques. Ces séjours ont été observés par des chercheurs universitaires notamment par une université allemande en 2010. Nous avons

obtenu le label thérapeutique en 2013. Cette année, j'ai été contactée par des chercheurs de l'ENSAM et de l'Haute Autorité de la Santé pour reconduire une nouvelle étude scientifique sur les bienfaits apportés.

CP : Pouvez-vous nous exposer quelques impacts de votre association dans le domaine de la protection des enfants depuis sa création en 2000 ?

HS : Nous sommes sollicités 600 à 800 fois par an. Ceci ne signifie pas qu'il n'y a uniquement entre 600 et 800 victimes car il peut y avoir plusieurs victimes dans un même dossier où l'on intervient. Nous avons gagné des procès qui ont fait jurisprudence. Nous avons contribué à des changements de loi. J'ai été entendu à plusieurs reprises par les commissions parlementaires ; malheureusement cela n'a pas changé grand-chose en France, où, depuis 2020, l'évolution des lois et le regard sur ce fléau n'a pas selon moi évolué dans le bon sens.

CP : L'association a été développée dans différents pays du monde tels que la Suisse, la Belgique, l'Autriche, le Royaume-Uni, la Colombie et l'Allemagne : ce choix de pays est-il stratégique et pourquoi ?

HS : J'ai voulu ouvrir une représentation d'Innocence en Danger dans les pays que nous considérons (même si je n'aime pas cette division mais j'utilise ce terme car il est utilisé dans le monde entier) « civilisés ». Il s'agit de pays où les populations ont suffisamment d'éducation pour savoir qu'on ne touche pas un enfant, où il y a des lois contre cela qui punissent. C'était l'idée que j'avais il y a 20 ans. Depuis, j'ai déchanté. Il s'agit de pays où les populations ont suffisamment d'éducation pour savoir qu'on ne touche pas un enfant, où il y a des lois contre cela qui punissent. C'était l'idée que j'avais il y a 20 ans. Depuis, j'ai déchanté. Je n'ai pas voulu que l'Association s'installe dans des pays où certaines parties de la population imaginent que des rapports sexuels avec des mineurs les protègent ou les guérissent de maladies. Je ne peux pas lutter contre des cultures ancestrales. Je n'ai pas voulu non plus que l'Association s'installe dans les pays où le tourisme sexuel est établi, certainement avec des complicités au niveau des douanes, aéroports, hôtels, etc. L'Association doit avoir du soutien là où elle se trouve. Je me suis concentrée sur la France, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Portugal. J'avais ouvert un bureau au Royaume-Uni que j'ai fermé durant la crise sanitaire, du fait de son coût. Le manque de financement est la raison pour laquelle nous faisons des campagnes de sensibilisation.

CP : Justement s'agissant de vos campagnes de sensibilisation, et avant d'aborder la campagne de la « Childhood Index Value », pouvez-vous nous en dire plus ? Qu'est-ce que la « Lettre de Démotivation » ?

HS : En France, je trouve qu'il n'y a pas de regard réparateur sur les victimes de violences sexuelles. L'impact des violences sexuelles sur l'enfant et sur l'adulte qu'il va devenir est pourtant considérable, qu'il s'agisse des conséquences psychologiques, physiques, psychiques : morts précoces, augmentation du taux de cancer, survenance



d'autres maladies comme la sclérose en plaque, etc. Non seulement cela a un coût humain pour la victime et toutes les personnes qu'elle va impacter, mais également un coût économique. Je rencontre des victimes qui n'ont pas fait d'études correctes, dont les vies sont cassées, qui ont des problèmes de santé, qui ne peuvent pas pu travailler. Leur vie a été avortée et leur vécu ne leur a pas permis de faire partie de notre société et de notre économie à qui elles coûtent. C'est la raison pour laquelle j'ai souhaité une campagne qui s'adresse aux entreprises, pour qu'elles comprennent que c'est bien de faire de l'argent mais que ce problème les concerne également. C'est avec cette pensée que je suis allée voir Jean-Laurent. Il a créé deux campagnes à destination des entreprises : la Lettre de Démotivation et la Childhood Index Value.

JLP : Nous avons fait avec Innocence en danger plusieurs campagnes et souvent cherché à sensibiliser les parents sur les fragilités de leurs enfants sur les réseaux sociaux, notamment pendant la période des confinements pendant lesquelles les enfants étaient enfermés. Mais, dans notre réflexion, à côté de ces campagnes « grand public », il nous a paru nécessaire de se rapprocher de là où il y a de l'argent, et donc des entreprises et du monde de la finance. Notre première campagne, la Lettre de Démotivation, a consisté à envoyer aux entreprises du CAC 40 CV et « lettres de démotivation », à la place de la lettre classique de motivation, qui, au lieu de lister toutes les raisons pour lesquelles l'auteur serait le ou la meilleur(e) candidat(e) pour ce poste, la lettre disait au contraire : « Ce poste n'est pas pour moi car je fais des cauchemars, je peux avoir des moments d'agressivité envers mes collègues, je vais mal, etc. ». L'idée était de sensibiliser les entreprises sur le fait que les violences faites aux enfants n'est pas seulement une affaire de santé public mais les concerne également.

CP : Et la campagne de la « Childhood Index Value » ?

HS : Pour aller plus loin, il fallait s'adresser au monde de la finance. C'est là qu'on a eu cette idée de concrétiser en valeur le coût que représente la valeur « enfance en danger ». Nous avons abouti à ce chiffre de 142,7 milliards an 2021 pour l'Europe.

CP : -142,7 milliards d'euros : à quoi correspond ce chiffre ?

JLP : Il a été calculé en considération de l'impact pour les systèmes de santé et de société – au-delà des problèmes psychologiques – des violences subies par l'enfant : coût du soin post-traumatique ; coût du soin en raison de l'augmentation constatée du taux de certaines maladies ou fragilités pour ces victimes ; coût de la justice ; manque à gagner pour la société puisque les victimes seront moins diplômées, disposent de moins ou ne dispose pas de patrimoine, vont moins léguer, etc. C'est en réalité la destruction de valeurs pour notre société. Pour l'imager, j'ai créé un visuel sous forme d'index, comme une valeur à faire rentrer en bourse, pour parler aux financiers, mais une valeur négative. C'est ainsi qu'est née *Childhood Index Value*, première valeur négative à être cotée en bourse.

CP : Que signifie exactement l'introduction en bourse de l'enfance ? Quel message avez-vous cherché à promouvoir et pourquoi ?

JLP : Nous nous doutions bien qu'une réelle introduction en bourse ne serait pas possible mais nous avons souhaité reprendre les codes boursiers et inviter les gens à investir « dans l'enfance ». Par exemple, la vidéo de promotion de 2022 présente un enfant qui sonne la cloche. Nous avons voulu recréer les vidéos d'Euronext¹ : la cloche, les pupitres, les panneaux sur les côtés, bref, l'endroit qu'utilise Euronext pour les lancements de valeur, et la cloche qui sonne à chaque nouvelle introduction en bourse. Mais à la place d'un adulte ou d'une entreprise, c'est un enfant qui sonne la cloche, une petite fille. La vraie cotation de la « valeur enfance » n'a pas été possible. Cette campagne n'est rien d'autre qu'un appel au don, mais plus visible sur le plan média. La lettre de démotivation avait eu de bons résultats. La *Childhood Index Value* a eu de la résonance média (on a eu une interview sur Bloomberg²) mais son impact doit pouvoir être optimisé. Je suis de nouveau en discussion avec Euronext pour cela.

CP : Pouvez-vous décliner les différents index qui vous ont permis de calculer et d'établir cette valeur ?

HS : Il y a eu plusieurs sources en ce qui me concerne. Première source : en 2016, la publication, malheureusement peu connue, du Conseil de l'Europe intitulée « 1 sur 5 ». C'est une enquête menée sur le territoire européen et qui révèle qu'en Europe, 1 enfant sur 5 aurait été sexuellement agressé d'une manière ou d'une autre avant ses 18 ans. D'après les calculs du Conseil de l'Europe, le manque à gagner représentait 4% du PIB de chaque pays par an. Cela a été pour moi une source. Deuxième source : les travaux en France de l'association Stop aux Violences Sexuelles (SVS), fondée par un groupe de médecins, gynécologues pour la plupart,

qui ont constaté que généralement, lorsque les femmes consultent pour des problèmes de fécondité ou maladies gynécologiques graves, elles avaient presque systématiquement subi une agression sexuelle ou un viol au cours de leur enfance. Cette prise de conscience a conduit ce groupe de médecins à s'intéresser à la question des violences sexuelles faites aux enfants, avec la prise de l'impact générationnel. Cette association avait fait un calcul qui reprend ce que Jean-Laurent a dit plus tôt. Troisième source : les témoignages des victimes psychiatriées du fait des violences sexuelles que j'ai suivies. Également : le procès Danger en 2001, un an après le procès d'Outreau. Pour que le tribunal puisse contenir le nombre d'accusés et de témoins qu'il y avait dans cette affaire, il a fallu construire un tribunal et mobiliser beaucoup de personnes. Le procès Danger a coûté 6 ou 7 millions d'euros, sans parler de l'aide juridictionnelle ni même des indemnités versées aux victimes (pourtant ridicules par rapport aux dégâts causés). Quand on met tout ça bout à bout et quand on sait qu'en France, à l'heure actuelle, il y a 170 000 victimes de violences sexuelles par an répertoriées, l'on aboutit à ce chiffre de -142,7 milliards d'euros.

CP : Quelles sont les prochaines étapes, actions, campagnes, que vous envisagez à partir de 2023 ?

HS : En 2008, j'avais l'idée de créer en France un label qu'on donnerait aux sociétés qui nous soutiennent

JLP : Poursuivre la campagne *Childhood Index Value*, avec l'idée non pas de créer un index mais plutôt un fonds d'investissement.

CP : Quel(s) message(s) souhaitez-vous faire passer aux avocats, lecteurs de la revue de l'Union Internationale des Avocats, Juriste International ?

HS : Dire aux personnes qui rendent la justice au nom du peuple français mais également aux personnes qui défendent les victimes : que les enfants français soient mieux protégés par la loi. Sans vouloir généraliser, selon les chiffres, 40% des prédateurs sexuels ont été victimes de violences sexuelles. Chaque prédateur a entre 60 et 100 victimes. Calculez par vous-même ! Si l'on ne casse pas ce cercle vicieux, dans 10 ans on se retrouvera dans une société qui sera composée de 40% de victimes et 60% de prédateurs. Nous avons la responsabilité de protéger nos enfants parce que, comme le disait Antoine de Saint-Exupéry, « On est de son enfance comme on est d'un pays ». Si cet espace que vous proposez me donne une opportunité de faire un appel à la solidarité, je la prends. ■

Homayra SELLIER

Présidente et Fondatrice,
Association Innocence in Danger
Paris, France
homayrasellier@yahoo.com

Jean-Laurent PY

Fondateur de l'agence de communication Babel
Créateur du concept Childhood Index Value
Paris, France
jean-laurent.py@agencebabel.com

1. Euronext est la principale place boursière de la zone euro avec plus de 1 900 émetteurs représentant une capitalisation boursière totale de 6 400 milliards d'euros.

2. <https://www.bloomberg.com/news/audio/2021-11-26/preventing-child-abuse-through-finance-audio>

Redes neuronales, naturales y artificiales - Su marco legal



CARLOS AMUNÁTEGUI PERELLÓ

➔ This article describes the convergence of developments in computing science and neurology, which make possible the interaction between natural and artificial neural networks in artificial intelligence and the brain. The author puts forward the need of regulating one of the most powerful emergent technologies so far created, brain-machine interfaces, and describes the experience of creating a transformative set of rules for such technologies in Chile. The Neurorights bill which is currently under discussion is one of the most innovative legal reforms ever proposed, and one in which the author directly participated.

➔ Cet article décrit la convergence des développements en informatique et en neurologie, qui rendent possible l'interaction des réseaux neuronaux naturels et artificiels lorsqu'il est question de l'intelligence artificielle et de cerveau. Il entend mettre en avant le besoin de réglementer l'une des technologies émergentes les plus puissantes créées à ce jour, qui fait l'interface cerveau-machine, et décrit l'expérience chilienne de création d'un ensemble de règles innovantes pour encadrer ces technologies au Chili. Le projet de loi Neurorights, actuellement en cours de discussion, est l'une des réformes juridiques les plus innovantes jamais proposées, à laquelle l'auteur a directement participé.

Cuando McCulloch y Pitts, en su artículo de 1943, pusieron a las neuronas como la unidad elemental de computación del cerebro, no imaginaron la importancia práctica que tal descubrimiento eventualmente tendría en el futuro de las tecnologías de la información. En ese momento, no había ni computadoras digitales, ni teoría de la información y la máquina de Turing no era más que una especulación matemática trivial. Basándose en las ideas de la escuela de cibernética de Norbert Wiener, Warren McCulloch, investigador en neurología entonces en la Universidad de Chicago, tenía la intuición que el cerebro era fundamentalmente una máquina universal de Turing. La idea, en sus elementos más básicos, es

realmente bastante simple. En ese momento era bien sabido que las neuronas se comunicaban entre sí a través de señales eléctricas – potenciales de acción – que se originaban en una neurona y se transmitían, a veces eléctricamente, a veces químicamente, a otras neuronas a través de sinapsis. La señal era siempre la misma, aunque podía ser modulada mediante neurotransmisores y podía tener el efecto de inhibir o activar otras neuronas. Estas sinapsis forman redes y, en un proceso que no estaba del todo claro, estas redes se convierten en pensamientos e ideas. McCulloch se preguntó, si las neuronas pueden dispararse o estar en reposo, ¿se comportan estas neuronas como un modelo digital de pensamiento? ¿Se pueden representar estas neuronas como números 0 y 1, en una especie de sistema booleano que a través de una red de conexiones sinápticas calcula un resultado? La idea parecía fascinante, pero McCulloch carecía de los conocimientos matemáticos para demostrarlo, por lo que entró el conserje, apareció en la ecuación.

¿Escribí conserje? Sí, claro. Walter Pitts era un joven que, de niño, escapó de casa para vagar por las calles de Chicago. Aprendió por sí mismo lógica y matemáticas y trabajó como conserje en la Universidad de Chicago, aparentemente para poder asistir subrepticamente a clases. Finalmente conoció a McCulloch, y fue capaz de dar una coherencia formal a sus intuiciones. El artículo que escribieron juntos en 1943, titulado «*Un cálculo lógico de las ideas inmanentes en la actividad nerviosa*», fue una de las piezas más innovadoras jamás escritas en matemáticas o neurología, ya que estableció un modelo en virtud del cual un conjunto de neuronas podría procesar información y, en términos prácticos, un cerebro podría funcionar. Eventualmente, la neurona de McCulloch y Pitts se convirtió en la base de la neurología computacional moderna, y aunque su modelo era incompleto y el cerebro es bastante más complejo de lo que sugería el artículo, sigue siendo fundamental.

Sin embargo, aunque el cerebro no funciona exactamente como sugería el modelo, finalmente se hizo evidente que una máquina podría construirse para comportarse como una red neuronal artificial. Esta idea fue planteada

por Frank Rosenblatt en su artículo de 1957, que postulaba que una máquina que imitara el funcionamiento matemático del modelo de McCulloch y Pitts podría aprender de los ejemplos y ser «inteligente». El «perceptrón», la primera red neuronal artificial, fue el resultado, y la investigación sobre el aprendizaje automático parecía prometedora. Aunque el proyecto de construcción de redes neuronales artificiales fue finalmente abandonado durante la década

Estas tecnologías pueden literalmente hacer que los ciegos vean, los sordos oigan y los parálíticos caminen [...].

de 1970, debido a algunas críticas teóricas hechas por Minsky y Papert, como también por la falta de resultados prácticos en una época donde la potencia de cálculo y la acumulación de datos era insignificante, su resurgimiento, gracias al trabajo de Hinton y LeCun trajo resultados sorprendentes al campo

de la Inteligencia artificial. La inteligencia artificial moderna se basa en la construcción y el entrenamiento de redes neuronales, que en los últimos meses han adquirido capacidades cada vez más generales, a medida que se implementan modelos más grandes que incorporan mecanismos de atención. Solo para dar una idea del estado de estos modelos, GPT-3 cada día escribe más palabras que todos los comentarios realizados en Twitter en el mismo período.

En cierto sentido, se puede decir que el lenguaje se está convirtiendo en una región dominada por las máquinas. Las redes neuronales artificiales han puesto a la inteligencia artificial en el centro del debate legal y económico, en un intento de regular a dichas entidades en sus actividades. Los peligros que pueden surgir de su uso se han hecho evidentes en la última década y recientemente han surgido diferentes perspectivas sobre su regulación. Sin embargo, la construcción y uso de agentes artificiales no es la única posibilidad que ofrecen las redes neuronales. Una de las posibilidades más interesantes y poderosas que se abren a la tecnología es la interconexión entre las redes neuronales naturales y las artificiales.



Interfaces cerebro-máquina

Una de las tecnologías más interesantes que han surgido de la convergencia de redes neuronales artificiales y naturales es construir medios de comunicación entre ambos tipos de sistemas de información, que generalmente se denominan Brain Machine o Computer Interfaces (BMI o BCI), ambos términos son populares. Estos pueden tener diferentes propósitos, como por ejemplo restaurar la funcionalidad de los sentidos, como implantes cocleares y de retina, restaurar las capacidades motoras, regular la actividad cerebral o simplemente facilitar la interacción entre las máquinas y los seres humanos. Estas tecnologías pueden literalmente hacer que los ciegos vean, los sordos oigan y los parálíticos caminen, con el potencial de tener profundos efectos sociales y económicos en nuestra sociedad.

Estos dispositivos miden la actividad neuronal y luego procesan la información obtenida para entenderla. A veces, estos dispositivos no solo pueden leer la actividad del sistema nervioso, sino también escribir en ella, a través de diferentes mecanismos. Para medir la activación del sistema nervioso, hay algunas posibilidades. Una de las más populares son los electroencefalogramas (EEG), una tecnología que ha estado en uso desde la década de 1920. Por lo general, se despliegan de una manera no invasiva, para medir la actividad eléctrica en el cerebro y determinar a grandes rasgos qué áreas del cerebro están activas y cuánto lo están, leyendo la actividad cerebral como ondas.

Aunque solo pueden expresar una imagen general del sistema nervioso, son relativamente baratos y se utilizan en diferentes contextos, como para desarrollar robots y juguetes de control mental, determinar los niveles de concentración en los estudiantes y otras posibilidades diversas. Estos dispositivos están a la venta en diferentes plataformas digitales e incluso pueden imprimirse en 3D en casa. Meta y otras compañías están trabajando para hacer que estas interfaces sean comercialmente viables, reemplazando o complementando formas más tradicionales de interactuar con las computadoras, como los teclados.

Otra posibilidad es implantar EEGs intracranalmente, es decir, instalar electrodos dentro del cráneo y conectarlos directamente al cerebro. Esta tecnología proporciona algunos riesgos y oportunidades importantes. Para instalarlos se necesita una cirugía, y eventualmente existe la necesidad de cargarlos ya que sus baterías se agotan. También existe el riesgo de infección o incluso de daño cerebral a medida que las partes del dispositivo se descomponen. Estos dispositivos también tienen capacidades adicionales, ya que no solo pueden leer con mayor precisión la actividad neuronal, sino que pueden enviar señales eléctricas para activar ciertas zonas del sistema nervioso. Hoy en día se utilizan para dar estimulación cerebral profunda a los pacientes con la enfermedad de Parkinson, pero algunas empresas como DeepMind, tienen la intención de utilizarlos como un dispositivo de comunicación para conectar el sistema nervioso con Internet.

Otra posibilidad es utilizar imágenes de campo magnético funcional (fMRI) para medir la actividad neuronal. Ciertamente, los fMRIs dan una imagen precisa de la actividad del cerebro, incluida la activación celular, pero el costo en este momento es bastante alto y las máquinas no parecen adecuadas para la miniaturización, por lo que de momento solo parecen aptas para la investigación no invasiva y los fines clínicos.

Existen otras tecnologías que eventualmente podrían usarse para facilitar la comunicación entre el sistema nervioso y los agentes artificiales, como la optogenética, pero en este momento, estas parecen ser las tecnologías más viables.

Considerando estas posibilidades tecnológicas, el Senado Chileno, con la colaboración de académicos de diferentes disciplinas, destacando Rafael Yuste, quien defendió la idea, promovió una reforma constitucional a la Constitución y un proyecto de ley para regular estas posibilidades técnicas.

Ley y Reglamento

La idea de proponer neuro derechos ha nacido recientemente. Las obras seminales de Adorno y Lenca datan solo de 2017, aunque una perspectiva neuroética más general se remonta a la década de 1990. De todos modos, hasta hace poco, ningún sistema de derecho positivo había adoptado una perspectiva con respecto a la actividad neuronal como un interés jurídico protegido. El 7 de octubre de 2020, la Comisión de Futuro, presidida por el senador Guido Girardi, presentó dos propuestas en el Senado de Chile, una para reformar la Constitución de Chile para incluir la protección de la actividad neuronal y una propuesta de ley para regular las neurotecnologías (Boletín número 13828-19). Varios académicos fueron llamados a participar tanto en la reforma constitucional como en la propuesta de proyecto de ley, entre los cuales se encontraba el autor de este artículo.

La reforma constitucional fue finalmente aprobada por unanimidad por el Congreso el 25 de octubre de 2021, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 19 n°1 de la Constitución, orientado a proteger la actividad cerebral y la información recogida acerca de la misma. Mientras tanto, la propuesta de proyecto de ley también ha sido aprobada por unanimidad por el Senado el 7 de diciembre de 2021, y actualmente está siendo discutida por la Cámara de Diputados, donde se espera una rápida aprobación.

El objetivo básico de la propuesta de ley no es regular las tecnologías en sí mismas, sino ciertas aplicaciones que pueden ser cuestionables. El ingenio es uno de los atributos más preciados de la mente humana, y debe ser debidamente respaldado, en lugar de limitado. En este espíritu, el proyecto de ley distingue entre investigación, aplicaciones médicas y usos comerciales simples. Para cada fin existe un conjunto distinto de normas que se aplican respecto a las particularidades de estos campos, pero cualquier despliegue de una neurotecnología debe

cumplir con los derechos fundamentales establecidos en la Ley y la Constitución, que son el marco para el uso de cualquier tecnología de la información.

Cualquier neurotecnología que pretenda utilizarse en Chile debe seguir un mecanismo de registro sencillo, análogo al marco dado a cualquier dispositivo médico. En esto, la ley toma un punto de vista médico y exige a los dispositivos no clínicos un cumplimiento de las reglas de los instrumentos terapéuticos, para que se pueda verificar su calidad y seguridad. En este proceso, se deben indicar los usos previstos de la tecnología. El proyecto de ley declara ciertos usos como explícitamente prohibidos, como por ejemplo, influir en la conducta humana sin el consentimiento del usuario, explotar las debilidades de ciertos grupos vulnerables, extraer datos sin el consentimiento explícito del usuario o afectar la neuroplasticidad de grupos vulnerables, como niños y adolescentes.

Algunas de estas prohibiciones se inspiraron en la Propuesta Europea de Normas Armonizadas sobre Inteligencia Artificial, mientras que otras, como la relativa a la neuroplasticidad, es un problema específico de las neurotecnologías. Estas prohibiciones están destinadas a proteger la privacidad de los datos neuronales, que es declarada sensible por la propuesta de ley, y la libertad cognitiva de las personas.

Sobre el consentimiento, la propuesta de ley mantiene las disposiciones generales relativas a la investigación científica y las aplicaciones terapéuticas, que ya están reguladas por leyes recientemente aprobadas, pero para las aplicaciones comerciales el consentimiento está especialmente regulado exigiendo que sea libre, informado y específico, dado por escrito, estableciendo las posibles consecuencias negativas y la privacidad de los datos. Otra cuestión importante es que cualquier aplicación de las neurotecnologías, fuera de los usos médicos, debe ser reversible, lo que significa que debe ser posible poner fin al uso sin ningún efecto negativo detectable. En cuanto a la responsabilidad, el proyecto optó por un régimen estricto en el caso de las aplicaciones comerciales, para defender la posición del consumidor con respecto a las posibles reclamaciones por daños y perjuicios.

Todas estas regulaciones parecen simples, no amenazan el desarrollo de las neurotecnologías, sino que dan un marco claro para desarrollar la industria respetando la autonomía y la dignidad del usuario. ■

El objetivo básico de la propuesta de ley no es regular las tecnologías en sí mismas, sino ciertas aplicaciones que pueden ser cuestionables.

Carlos AMUNÁTEGUI PERELLÓ

Profesor, Pontificia Universidad Católica de Chile
Consultora Inteligencia Sur
Santiago de Chile, Chile
camunate@uc.cl

« Je post, tu post, ils choisissent » (Partie II*)



AGATHE BLANC



FANNIE BRUNEAU

↳ The legal profession has evolved. The list of practice areas has grown longer, the practice has become more specialized, prompting new generations to use advanced means to distinguish themselves. This is notably the case of social networks. These networks are a complex, double-edged tool, with risks that must be managed. After having presented the vision of the Paris Bar Association in the first part, we present the recommendations and tips of professionals for optimal communication, in this second part.

↳ La profesión de abogado ha evolucionado. La lista se ha alargado, la práctica se ha especializado, lo que ha animado a las nuevas generaciones a utilizar nuevos medios para distinguirse. Esto es especialmente cierto en el caso de las redes sociales. Indispensables pero no suficientes, estas redes son una herramienta compleja y de doble filo, cuyos riesgos debemos aprender a dominar. Después de haber presentado la visión del Colegio de Abogados de París en nuestra primera parte, le presentamos en esta segunda parte las recomendaciones y consejos de los profesionales para una comunicación óptima.

Introduction

Il est révolu le temps de l'avocat qui attend le chaland derrière son bureau, souvent représenté bedonnant par le caricaturiste Honoré Daumier. De bourgeois sachant, l'avocat est passé à un prestataire de services expert. Aujourd'hui c'est la concurrence accrue qui fait que l'avocat ne peut plus se contenter d'attendre que la clientèle pousse sa porte.

Au-delà du développement de la concurrence, le métier d'avocat s'est complexifié, est devenu multiforme et implique aujourd'hui d'être non seulement un bon juriste mais aussi un bon entrepreneur et un bon communicant. C'est au moment où il enfile cette troisième casquette que l'avocat a de plus en plus recours aux réseaux sociaux. L'avocat publie sur les réseaux pour être choisi. Choisi par ses pairs. Choisi par des prospects. Choisi par des institutions.

Comment l'avocat peut-il mettre à profit sa présence sur les réseaux sociaux, afin d'en faire un outil de visibilité et de développement de clientèle ... en deux mots, quelle est la « recette magique » ?

Pour répondre à cette épineuse question, nous nous sommes rapprochées d'éminentes spécialistes de la communication des avocats, Florence Henriet et Amélie Lerossier pionnières en la matière, et Lilas Louise Maréchaud qui a créé l'incontournable podcast « Fleur d'avocat ». Nous avons également interrogé nos Confrères Sabrina Kemel et Yann Schneller afin de comprendre comment les réseaux sociaux participent à leur succès professionnel.

I. La place des réseaux sociaux dans la communication de l'avocat

A. La nécessaire communication 2.0

L'avocat de 2022 peut-il se passer des réseaux sociaux ? Il semblerait que non. Mais alors quelle utilisation font les avocats de cet outil 2.0 ?

Trois grandes lignes semblent se dégager.

*La partie I de cet article a été publiée dans le *Juriste International* 2022-1.

Fonction n°1 : le développement de la clientèle

Est-il réellement possible de développer toute ou partie de sa clientèle sur les réseaux sociaux ?

Oui, selon notre Consœur Sabrina Kemel qui nous confie avoir développé une relation avec des directeurs juridiques ou directeurs des ressources humaines qui sont devenus, au fil du temps, ses clients.

Au fil du temps car il ne suffit pas de faire un post pour que les clients se pressent à votre porte. Une personne like ou commente un de vos posts, il faut alors engager une relation, par message privé par exemple. Puis il faut l'entretenir, ne pas la laisser mourir. Pour enfin, peut-être un jour, obtenir un dossier parce que la personne qui a liké ou commenté votre publication et avec qui vous échangez depuis longtemps a une question juridique qui tombe exactement dans votre champ de compétence.

Concrètement Sabrina Kemel a semé à partir de sa deuxième année d'exercice et a commencé à récolter les fruits de ce travail à partir de la septième année. Chers Confrères, prenez donc votre mal en patience...

Mais notre Consœur alerte sur la nécessité de ne pas se tromper de métier : un avocat n'est pas un influenceur. Il faut savoir rester à sa place et dans son champ de compétence pour être écouté. Elle insiste sur le fait que les réseaux ne font pas tout et loin de là. Sans travail et sans compétence, pas de clients même pour le meilleur développeur !

D'autres Confrères nous disent n'avoir jamais obtenu de clients par le biais des réseaux sociaux mais par le biais de confrères ou à la suite d'événements professionnels.

Fonction n°2 : la visibilité

Prenez un contenu, faites-en un post pêchu, vous obtiendrez 1.000 vues.

Les réseaux sociaux sont donc un lieu de rencontres inattendues, non planifiées. Un lieu de rencontres bien plus vaste que les conférences, ou le bal du bâtonnier. Tous, avocats et spécialistes de la communication, sont unanimes, les réseaux sociaux sont un « *amplificateur de voix* », et donc un amplificateur d'opportunités.

Grâce aux réseaux, un avocat n'est plus simplement domicilié à son cabinet, il est un citoyen du web, un membre d'une communauté internationale. Un post d'un Confrère français peut être lu par un Confrère japonais et apporter un prospect américain. La seule frontière est alors celle de la compétence de l'avocat, compétence territoriale et compétence matérielle.

Cette stratégie 2.0 ouvre un champ des possibles quasiment infini qui peut profiter à tous les Confrères, quel que soit leur statut. Le collaborateur d'un cabinet prestigieux peut bien évidemment mettre en avant le cabinet auquel il appartient, mais également prendre le devant de la scène et « se faire un nom » individuellement bien plus facilement grâce aux réseaux sociaux.

Fonction n°3 : la veille

Veiller c'est important, mais veiller à quoi, sur quoi ?

Veiller sur des sujets juridiques précis, sur les événements impactant nos clients, sur le marché et la concurrence. C'est tout cela que les réseaux sociaux permettent de faire.

Selon notre Confrère Yann Schneller, il peut être précieux de repérer deux ou trois personnes à la pointe sur un sujet qui nous intéresse et de les suivre sur les réseaux sociaux pour avoir une information actualisée et pertinente.

Egalement, selon Florence Henriet et Amélie Lerosier, il est essentiel pour un avocat d'être abonné aux pages de ses clients. C'est une manière de s'intéresser à eux.

Les réseaux sociaux permettent également de suivre les Confrères, dans une globalisation qui dépasse le barreau d'origine, d'être au fait du marché, de la concurrence, de voir ce qui se fait dans d'autres parties du monde...

Enfin, les réseaux sont une mine d'or pour les recruteurs qui s'en servent afin d'identifier des talents. Alors si vous êtes en recherche d'un stage ou d'une collaboration, polissez votre LinkedIn, voire votre Facebook...

Mais faire 1.000 vues sur un post est-il suffisant pour survivre dans la jungle des avocats ? Toutes les personnes interrogées nous répondent : « Non ! ».

B. L'irremplaçable communication 1.0

Les réseaux sociaux sont un outil parmi d'autres à la disposition de l'avocat.

Outil n°1 : le site internet

Outil rassurant, outil vitrine, outil quasi indispensable.

Selon Lilas Louise Maréchaud, l'un des premiers réflexes de tout prospect est de « googliser » une personne ou d'entrer les mots clés « avocat contentieux Paris » dans le moteur de recherche. Et là... c'est le drame. Pas de site internet. A moins que l'avocat ne soit vivement recommandé au potentiel client, ce dernier ne sera pas enclin à contacter un Confrère qui n'a pas de site. Iriez-vous dans un hôtel qui n'a pas de site internet ? Pas sûr... à moins d'être un peu aventurier.

Outre l'aspect rassurant, le site permet d'exposer un contenu technique, plus détaillé que celui repris sur les réseaux sociaux sur lesquels les posts sont par nature courts et peu substantiels. Selon Florence Henriet et Amélie Lerosier, « *le site internet, c'est la vitrine fixe du cabinet* ».

Tous, avocats et spécialistes de la communication, sont unanimes, les réseaux sociaux sont un « amplificateur de voix », et donc un amplificateur d'opportunités.

Néanmoins certains Confrères ont choisi de ne pas avoir de site internet et d'utiliser presque exclusivement les réseaux sociaux pour se faire connaître auprès d'une clientèle potentielle. C'est donc que la formule peut fonctionner. Tout dépend certainement du type de clientèle visé, comme il sera exposé ci-dessous.

Outil n°2 : le contact humain

Outil pluriforme, outil indissociable de la profession, outil indispensable.

Tous ceux que nous avons interrogés nous l'ont dit et nous en sommes nous-même convaincues : la profession d'avocat est une profession avant tout *intuitu personae*.

On choisit un avocat mais on choisit surtout une personnalité. Une part importante du travail de l'avocat est de construire une relation de confiance avec ses clients.

Il ne suffit donc pas d'émettre une opinion dans un tweet pour convaincre un prospect que vous êtes l'avocat qu'il lui faut.

Yann Schneller souligne l'importance du « réseau » de manière générale, qui comprend les « réseaux sociaux », mais aussi et surtout ce contact humain.

En allant à une conférence, un cocktail, ou tout autre événement, on peut parler à 3 personnes. Certes, le public est plus réduit mais il est concrètement touché.

En faisant un post on peut être lu par 1.000 personnes. En allant à une conférence, un cocktail, ou tout autre événement, on peut parler à 3 personnes. Certes, le public est plus réduit mais il est concrètement touché.

Un conseil donc pour être un avocat accompli : bravez votre timidité et allez à la rencontre de votre public.

Outil n°3 : les classements

Outil répétitif, outil controversé, outil important.

Florence Henriet et Amélie Lerosier sont catégoriques : « avoir de beaux clients, c'est pas les réseaux sociaux ».

Décideurs, Legal 500, Option Droit et Affaires, Chambers... tous les ans un nouveau classement semble émerger et tous les ans c'est le même refrain « C'est quand la deadline pour envoyer le formulaire ? - ça dépend. ». Réponse classique de l'avocat, mais oui, ça dépend, du classement, de la matière...

Ce travail d'élaboration des formulaires, qui sont tous à peu près similaires, mais tous quand même un peu différents, ne permettant pas de s'en sortir avec un simple « copier-coller », est fastidieux.

Mais il est important selon Florence Henriet et Amélie Lerosier. Pour attirer des clients mais aussi pour attirer les meilleures recrues.

Nous notons cependant que certains Confrères ont revendu sur les réseaux sociaux le fait de ne pas avoir complété

les formulaires, de ne pas apparaître dans les classements. Ici encore, la pertinence de cet outil de communication dépend certainement de la clientèle visée.

Les réseaux sociaux sont aujourd'hui indispensables pour l'exercice de votre activité. Vous en êtes désormais convaincus. Alors, place aux « tips » pour une communication optimale !

I. Les méthodes de communication de l'avocat sur les réseaux sociaux

A. Les fondamentaux de la communication 2.0

Il ressort de nos interviews et de nos recherches que la majorité des règles en vigueur sur les réseaux sociaux professionnels sont comparables à celles d'un site de rencontres (nous entendons Tinder, Meetic, Gleeden, Grindr, etc.) !

Règle n°1 : la recherche de l'idéal

Au-delà du temps qu'on y passe, la recherche d'une cible est la première règle commune. Il s'agit d'un outil qui permet des rencontres anonymes et souvent involontaires, à tout le moins à ses débuts.

Sur ces plateformes, l'utilisateur « scroll » sans savoir ce qu'il cherche, si ce n'est les grandes lignes de son idéal – sur les sites de rencontre un partenaire idéal, une âme sœur (*a priori*) ; sur les sites professionnels, un client idéal.

De la même manière, l'utilisateur ne peut pas anticiper qui le trouve, et qui s'intéressera à lui. Lilas Louise Maréchaud décrit parfaitement la triste réalité des réseaux sociaux : beaucoup y vont pour « zoner ». Et c'est donc un excellent moyen pour l'avocat de se faire connaître auprès de personnes qui ne sont pas forcément à la recherche d'un avocat mais qui font défiler les posts de manière passive.

À la différence de l'adage « quand on cherche, on trouve », sur les réseaux sociaux la règle est plutôt « on trouve, sans l'avoir forcément cherché ».

Règle n°2 : le reflet de soi

L'utilisateur des réseaux sociaux doit soigner son image : sur le site de rencontres vous soignez vos photos et vous trichez sur l'âge, sur le réseau social professionnel vous trichez sur quoi... ?

L'avocat doit mettre au point une « stratégie de réseautage », aussi appelé « ligne éditoriale »¹. En un mot, une identification. L'avocat doit se positionner sur une expertise précise ou un domaine particulier, car il est impossible de s'adresser à tout le monde, sur tous les sujets. Il faut trouver son « couloir de nage » et ne plus en sortir

1. Selon Florence Henriet, Amélie Lerosier et Lilas Louise Maréchaud.



pour être identifié comme l'expert de la matière, exploiter le filon jusqu'à ce qu'il se tarisse définitivement.

Pour cela il vous faut répondre aux questions suivantes :

- A qui je m'adresse ?
- Quel contenu je veux véhiculer ?

Règle n°3 : le choix cornélien

Car oui, il est nécessaire de choisir sa plateforme.

Sur un site de rencontres, en fonction de vos goûts, ou de votre situation matrimoniale vous optez pour le réseau qui vous correspond le mieux : Grindr, Tinder, Gleeden...

L'approche professionnelle du réseau social est la même : il n'est pas raisonnable, et il est impossible d'être présent sur tous les réseaux sociaux. Il faut donc choisir celui qui vous convient le mieux en fonction de vos envies (car cela doit rester un plaisir), et de votre future clientèle visée.

Comment choisir la bonne plateforme ? Selon Florence Henriet et Amélie Lerosier « *Chacune sert une communauté et un objectif qui leur sont propres : LinkedIn, la plus classique, pour le réseau business, Twitter pour les relations avec les influenceurs et la presse, Instagram/FaceBook pour la marque employeur et la communication interne.* »

Une fois le réseau choisi, la régularité est de mise : pour laisser une empreinte, la répétition est fondamentale notamment en raison du jeu des algorithmes.

S'il est inutile de poster tous les jours – ne l'oublions pas, nous ne sommes pas des communicants – en revanche, publier une fois par semaine ou une fois tous les quinze jours est important.

L'objectif est toujours le même : être identifié.

B. Le délicat passage de la théorie à la pratique

Outre les grandes lignes exposées au-dessus, il existe de nombreuses règles et astuces pour une entrée sur les réseaux sociaux réussie. Notre profession d'avocat – profession à laquelle on associe de plus en plus le terme « entrepreneur » - n'est pas forcément à l'aise avec cette visibilité illimitée et incontrôlable... Il faut éviter les dangers.

Règle n°1 : savoir s'entourer des bons sponsors

La première publication est analogue aux premiers pas de l'enfant : il s'en dégage forcément une sorte de vertige. Et la main tendue du parent à son bébé est aussi salvatrice que la main tendue de la communauté de « followers » au nouveau-né des réseaux sociaux.

Or il faut se le dire, il existe une inégalité sur les réseaux sociaux. La visibilité est intrinsèquement liée au nombre d'abonnés : plus vous êtes suivi, plus votre force de frappe est importante. C'est par exemple le cas si vous êtes dans un cabinet structuré, avec un service support dédié à la communication, ou encore si vous êtes connectés avec le(s) bon(s) « influenceur(s) ».

Il existe des façons de développer ses sponsors, en dépit de la taille de votre structure et de votre qualité (associé ou collaborateur).

Tout d'abord vous devez identifier les « *influenceurs* » de votre spécialité. Comme Mario qui cherche le champignon magique², vous devez chercher le « like » de personnalités incontournables.

Ensuite, vous devez être généreux : c'est le principe du « *donnant/donnant* » et de ce que Florence Henriet et Amélie Lerosier appellent la « *curation* » : vous devez vous intéresser aux profils des autres pour qu'eux s'intéressent, en échange, au vôtre.

Enfin, nous avons constaté la création de nombreuses sociétés spécialisées dans la communication de l'avocat, qui offrent diverses prestations (certaines gratuites, d'autres payantes) : formations, « *newsletter* », podcasts pour rendre optimal l'usage des réseaux sociaux. L'Ordre des avocats du Barreau de Paris propose également des formations³.

Ces formations ne font pas l'unanimité : certains Confrères sont dubitatifs quant à leurs intérêts, d'autres considèrent qu'elles sont un booster et permettent de développer la clientèle !

Règle n°2 : éviter le « *bad buzz* »

Le risque du « *bad buzz* » doit être pris sérieusement en compte.

La difficulté sur les réseaux sociaux va de pair avec la visibilité. La (mauvaise) réaction de l'autre peut entraîner un « *bad buzz* » en cascade, et votre publication peut alors être sujette à une certaine malveillance ou à des moqueries, et devenir rapidement incontrôlable. Par exemple : « *Afficher une équipe exclusivement composée d'hommes à l'heure de l'égalité homme/femme est risqué* » souligne Florence Henriet.

Evidemment il est toujours possible de modifier ou supprimer une publication, mais il suffit qu'une capture d'écran ait été faite pour que la publication malheureuse continue de circuler.

Pour éviter ces écueils, selon nous plus la publication demeure aseptisée, moins elle est sujet à controverses. Aseptisée ne signifiant pas ennuyeux.

Nous avons constaté l'existence de deux types de stratégie de communication chez les avocats : certains adoptent

une stratégie militante et politisée, quand d'autres préfèrent une stratégie de communication uniquement juridique.

Au-delà de la question philosophique de savoir si l'avocat peut (ou doit) être militant, Florence Henriet rappelle que lorsqu'on est dans une communication professionnelle, il n'est pas opportun d'évoquer des sujets politiques ou religieux. Notre consœur Sabrina Kemel partage ce même point de vue.

Eviter certains sujets permet d'assurer une communication plus neutre et moins sujette à controverses.

Règle n°3 : ne jamais perdre de vue les principes de notre profession

Naturellement les principes déontologiques de notre profession demeurent au cœur de la communication de l'avocat, et en particulier sur les réseaux sociaux.

Nous prêtons serment d'exercer nos fonctions : « avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité », et ces principes s'appliquent également sur la toile. Nous devons toujours adopter une attitude respectable sur les réseaux et dans nos rapports aux autres : vis-à-vis de nos confrères, des magistrats, de nos clients et même au-delà.

Pour approfondir l'articulation entre réseaux sociaux et déontologie, nous vous renvoyons à la lecture de notre premier article⁴.

Cet outil, difficile à maîtriser, peut néanmoins permettre dans un monde fracturé de devenir un potentiel lieu de rencontre. En effet des voix s'élèvent depuis plusieurs années pour dénoncer le cloisonnement de la profession entre les cabinets d'affaires et ceux du contentieux, mais plus largement entre les différentes spécialités.

Pourtant tous les Confrères (ou presque !) sont présents sur les réseaux sociaux, lesquels pourraient devenir à long terme un outil d'unification de la profession, et peut être adoucir la triste disparition de la buvette du Palais. ■

Agathe BLANC

Avocate, FTMS Avocats
Paris, France
ablanc@ftmsavocats.com

Fannie BRUNEAU

Cartier Meyniel Schneller
Paris, France
fbruneau@cartiermeyniel.com

2. Mario Kart – ©Nintendo.

3. Récente formation de 9 heures « Bilan de compétence collectif ».

4. Article paru dans le Juriste International n°2022/1, pp.35 et suivantes.

Climate Change Litigation



DAVID GREENE

↳ Depuis l'Accord de Paris il y a sept ans, diverses organisations non gouvernementales (ONG) ont cherché à faire appliquer la loi par les tribunaux, en particulier pour faire respecter les droits individuels. Cet article examine l'état d'avancement de ces efforts.

↳ Desde el Acuerdo de París de hace siete años, varias organizaciones no gubernamentales (ONG) han tratado de imponer su cumplimiento a través de los tribunales, especialmente para hacer valer los derechos individuales. Este artículo analiza la situación de estos esfuerzos.

The delayed COP 27 is presently scheduled to take place in November 2022 at Sharm el-Sheik. Conference of the Parties (COP) is the decision-making body of the UN Framework Convention on Climate Change. For the international legal community, the most momentous COP took place in Paris in 2015, leading to the Paris Agreement, a legally binding international treaty on climate change,

which COP oversees. The Agreement seeks to establish transparent national plans to reduce emissions and keep the global temperature rise this century to, at best, 1.5 degrees Celsius. At the core of the plans are Nationally Determined Contributions (NDC) whereby national goals are set to reduce emissions. NDCs have often led to domestic legislation seeking to bring emission reduction plans to the domestic level.

One does not need reminding of the effects of climate change, with July 2021 being earth's hottest month on record. The past seven years since the Paris Agreement have seen a wave of litigation by NGOs, communities, and charities seeking to enforce the Agreement obligations at both a national and corporate level. The Paris Agreement and the NDCs have been a core basis for groups seeking to enforce those obligations. Courts across the world have shown a willingness to develop normal tortious principles to meet the growing clamour for nations and corporations to meet climate change challenges.

Litigation often turns on guaranteed constitutional rights. Typically, those rights (taken here from the European Convention on Human Rights but reflected in most



national constitutions) are the right to life, the right to liberty and security, and the right to a private and family life. But the invoking of constitutional rights is not one size fits all, and each jurisdiction interprets its own constitution's language.

For example, in Germany, the government faced a challenge¹ by youth and civil society in the Federal Constitutional Court, which accepted the application of the principle that the constitutional right to freedom extended to the freedom of future generations, and those rights needed to be considered by the government. That led to the upgrading of obligations concerning federal climate protection with a goal of climate neutrality by 2045. Governments across the world face similar challenges.

In the Netherlands, in the 2015 *Urgenda* case², the court ordered the government to set more ambitious climate targets. Similar claims followed in Ireland³, France⁴, Belgium⁵, and Italy⁶. In Brazil, an NGO is seeking a declaration⁷ that the Brazilian development bank and its investment arm should align their investments with the goals of the Paris Agreement.

In Guyana, citizens recently settled a claim⁸ that Guyana's approval of an ExxonMobil-led oil and gas offshore plant violated the government's legal duty to protect the rights to a healthy environment, sustainable development, and the rights of future generations. In Australia, the Federal Court⁹ recognised the obligation of government to ensure children are not harmed by future coal projects. In England, proceedings have been recently issued on the basis that the government has failed to set out sufficient policies to tackle climate change and meet its legally binding carbon budgets.

It is not only governments that are the targets. In the Netherlands, 17,000 Dutch citizens and seven NGOs filed proceedings¹⁰ against the oil giant, Shell, seeking a declaration that Shell had 'best-efforts' obligations under Dutch tort law to reduce CO2 emissions to assist meeting its Paris Agreement obligations. The claims were brought on behalf of "*current and future generations of the world's population*". The court determined the claims were admissible only with respect to Dutch residents. It deemed the global population's interest in curbing

climate change too difficult to be bundled in a national class action.

Whilst the court did not find Shell in breach of its obligations, it nonetheless found that there was danger of imminent breach because the court did not regard Shell's policies as sufficient to avoid a breach. Consequently, the court ordered that based on the Paris 1.5°C limit, Shell must cut its CO2 emissions to 45% by 2030 (compared with 2019). The ruling is under appeal.

Similarly, corporations are under threat from campaigners for 'greenwashing' i.e., misleading claims by corporations on their contribution to emissions leading to claims by investors or purchasers, similar to claims against Volkswagen for falsifying data.

There has also been a growth in litigation seeking to enforce individual obligations. The lobby group ClientEarth recently started proceedings¹¹ in London as a shareholder under UK's domestic company law against Shell's board for failure to adopt and implement a climate strategy that aligns with the Paris Agreement. We can expect much more of this style of litigation with increasing climate change obligations on individuals such as directors and trustees of charities, making use of national law as the basis for the cause of action.

For citizens, NGOs, and campaigners, there are increasing routes to pursue climate change litigation. But we should not forget the age-old process of pursuing simple tortious liability for the consequences of government or corporate liability for wrongs committed or failures to act. In other words, in addition to the Paris Agreement and national statutory law, jurisdictions also have the remedy in development of the law of torts. Communities of workers and citizens have issued proceedings in many jurisdictions relating to the release or dumping of toxic waste. The courts in England and the Netherlands have accepted jurisdiction in actions brought by Nigerian communities against Shell, the parent of the Nigerian subsidiary, in relation to major oil spills causing extensive damage. The problem faced so often, however, is that resolution of these claims in tort may be seen as 'too little, too late' with the Niger delta remaining one of the most polluted water courses on Earth.

COP 27 has the potential to reinvigorate the resolve of nations to press the goals of the Paris Agreement, which are, no doubt, affected by the war in Ukraine. We can expect lawyers globally to speed up the ever-increasing climate change litigation over the coming years. ■

David GREENE

Senior Partner | Class Action and Finance Litigation

Edwin Coe LLP

London, United Kingdom

david.greene@edwincoe.com

1. Neubauer, et al. vs. Germany.

2. The State of The Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) and Stichting Urgenda, ECLI:NL:HR:2019:2007 19/00135.

3. Friends of the Irish Environment vs. Ireland.

4. Notre Affaire à Tous and Others vs. France.

5. VZW Klimaatzaak vs. Kingdom of Belgium & Others.

6. A Sud et al. vs. Italy (Civil Court of Rome).

7. Thomas v EPA.

8. Thomas v EPA.

9. Sharma and others v. Minister for the Environment.

10. Milieudefensieve et al. v. Royal Dutch Shell PLC.

11. ClientEarth v Board of Directors of Shell.

Europe et Ukraine : la directive sur la protection temporaire enfin mise en œuvre



BARBARA PORTA

↘ The decision to activate temporary protection for those fleeing the war in Ukraine is to be welcomed. Directive 2001/55/EC was adopted in the aftermath of the war in the former Yugoslavia precisely in order to cope with large inflows that could jeopardize the resilience of the Member States' asylum and reception systems in emergency situations such as forced migration caused by war, generalized violence or systematic human rights violations. The current conflict in Ukraine falls squarely within the scope of the Directive and the EU institutions were able to overcome the divergent positions that had prevented agreement on its implementation in the past (and present).

↘ Hay que celebrar la decisión de activar la protección temporal para los que huyen de la guerra en Ucrania. La Directiva 2001/55/CE se adoptó tras la guerra en la antigua Yugoslavia precisamente para hacer frente a las grandes afluencias que podían poner en peligro la resistencia de los sistemas de asilo y acogida de los Estados miembros en situaciones de emergencia como la migración forzada causada por la guerra, la violencia generada o las violaciones sistemáticas de los derechos humanos. El actual conflicto en Ucrania entra de lleno en el ámbito de aplicación de la Directiva y las instituciones de la UE pudieron superar las posiciones divergentes que habían impedido un acuerdo sobre su aplicación en el pasado (y en el presente).

Le 4 mars 2022, le Conseil de l'Union européenne (UE), par sa décision 2022/382 qui fait suite à la proposition de la Commission européenne et compte tenu de l'afflux massif de personnes déplacées qui ont quitté l'Ukraine depuis le 24 février 2022 du fait de la guerre et qui cherchent un refuge sûr, a activé pour la première fois la Directive historique 2001/55/CE sur la protection temporaire (la Directive).

Le gouvernement italien a mis en œuvre la décision 2022/382 par la publication du décret du président du Conseil des ministres (DPCM) du 28 mars 2022 au G.U. (journal officiel italien) n° 89 du 15/07/2022

L'instrument de protection temporaire a vu le jour en 2001 dans une Europe qui a dû faire face et gérer un nombre très important et rapproché de personnes déplacées en raison des conflits armés en ex-Yougoslavie et au Kosovo. Le but de l'adoption de la Directive est, selon les termes du législateur européen, « d'instaurer des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées » et de prendre « des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil ».

La Directive, jamais activée auparavant, est maintenant le cadre utilisé par l'UE et ses États membres pour faire face au flux de réfugiés en provenance d'Ukraine et leur fournir une protection adéquate et immédiate.

L'activation de la protection temporaire est subordonnée à la condition que le Conseil de l'UE, sur proposition de la Commission européenne, constate, par une décision prise à la majorité qualifiée, l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées. C'est l'objet de la décision 2022/382, laquelle détermine les conditions de mise en place, dans États membres, de la protection temporaire et la période concernée.

C'est donc avec cet instrument d'aide et de solidarité que l'Europe a décidé de s'attaquer à la tragédie humanitaire et à la guerre qui sévit en Ukraine depuis le 24 février 2022.

Chaque État membre est ensuite tenu de mettre en œuvre la décision avec les instruments de droit national dont il s'est doté.

Qui a droit à cette protection ?

La Directive prévoit l'activation de la protection temporaire à l'égard des ressortissants de pays tiers ou apatrides qui ont dû quitter leur pays ou « région » d'origine ou qui ont été évacués, notamment en réponse à un appel d'organisations internationales, et dont le retour dans des conditions sûres et durables est impossible en raison de la situation dans le pays lui-même.

La Directive précise que, pour autant que ces critères soient remplis, cette protection s'applique également

aux réfugiés au sens de la convention de Genève et aux personnes protégées en vertu d'une autre législation nationale ou internationale conférant une protection internationale.

Compte tenu de l'absence d'obligation de visa pour entrer dans les États membres de l'Union européenne, les personnes ukrainiennes déplacées ont le droit de s'installer dans le pays de leur choix.

Ainsi, concrètement, les catégories des personnes auxquelles la protection temporaire doit être appliquée sont: 1) les ressortissants ukrainiens résidant en Ukraine qui ont été déplacés le 24 février 2022 ou après cette date, ainsi que les membres de leur famille (entendue au sens large du terme) ; 2) les apatrides et ressortissants de pays tiers autres que l'Ukraine qui ont bénéficié d'une protection internationale ou d'une protection nationale équivalente en Ukraine avant le 24 février 2022 et qui

ont été déplacés d'Ukraine le 24 février 2022 ou après cette date, ainsi que les membres de leur famille ; 3) les ressortissants des pays tiers qui étaient en séjour régulier en Ukraine avant le 24 février 2022 sur la base d'un titre de séjour permanent.

Tous les États membres sont encouragés à étendre cette protection temporaire également aux personnes listées ci-dessus qui se trouvaient sur leur territoire peu avant le 24 février 2022.

La durée de la protection temporaire

Selon la Directive, la durée de la protection temporaire est d'un an maximum à partir du jour où elle est activée par le Conseil de l'UE. Elle peut être raccourcie à tout moment, et la protection peut prendre fin, si le Conseil de l'UE le décide, mais elle peut aussi être prolongée, en principe d'un an (en deux tranches de six mois chacune) et, exceptionnellement, d'un an supplémentaire, à la demande de la Commission européenne. La cessation de la protection temporaire est subordonnée à une évaluation par le Conseil de l'UE de l'existence, dans le pays d'origine, d'une situation permettant un retour sûr et durable des personnes bénéficiant de la protection temporaire, dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que des obligations des États membres en matière de non-refoulement.



Dans la décision 2022/382 précitée, le Conseil de l'UE a établi que la protection temporaire pour les personnes déplacées d'Ukraine après le 24 février 2022 commence le 4 mars 2022. Le Conseil n'a pas prévu de date de fin de la protection et, par conséquent, la durée est considérée comme étant d'au moins un an à partir du 4 mars 2022.

L'État membre compétent pour accorder la protection temporaire

Compte tenu de l'absence d'obligation de visa pour entrer dans les États membres de l'Union européenne, les personnes ukrainiennes déplacées ont le droit de s'installer dans le pays de leur choix. Ce droit n'est pas expressément prévu pour les autres personnes déplacées d'Ukraine, qui ne sont pas d'origine ukrainienne, mais il est raisonnable de supposer qu'il s'applique à elles également, étant donné que l'urgence du conflit ne permettrait pas de délivrer des visas à tout le monde.

Bien qu'un mécanisme de répartition des réfugiés ukrainiens entre les États membres de l'UE ait été envisagé, la Commission européenne et le Conseil de l'UE sont convenus que, pour l'instant, la stratégie la plus efficace de partage de la charge consiste à permettre le transit spontané des personnes déplacées vers les communautés ukrainiennes déjà présentes dans les États membres. Cela permet *de facto* aux ressortissants ukrainiens en fuite de traverser le territoire de l'UE pour atteindre l'État membre de leur choix afin de s'y installer, puis de demander auprès de ce dernier une protection temporaire et la délivrance du titre de séjour correspondant.

Le contenu de la protection temporaire selon la Directive

En ce qui concerne les avantages accordés aux bénéficiaires de la protection temporaire, la Directive prévoit que les États membres doivent garantir aux personnes déplacées :

1. La délivrance d'un titre de séjour leur permettant de résider légalement sur le territoire de l'État membre où ils se trouvent, pendant la durée de la protection ;
2. Le droit d'exercer toute activité salariée ou indépendante sur le territoire national ;
3. Le droit de participer à des activités dans le cadre d'actions éducatives pour adultes, de formation professionnelle et d'expérience pratique sur le lieu de travail ;
4. Le droit d'accès, pour les mineurs, au système éducatif, dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État membre ;
5. Le droit d'être « convenablement logé » ou de recevoir, si nécessaire, les moyens d'obtenir un logement ;
6. L'aide nécessaire en termes d'assistance sociale, de subsistance et de soins médicaux (comprenant au

moins les premiers soins et le traitement essentiel des maladies), s'ils ne disposent pas de ressources suffisantes. Il est prévu que les États membres fournissent en tout état de cause des soins médicaux ou autres aides nécessaires aux personnes ayant des besoins particuliers. La Directive, dans son article 13, paragraphe 4, fait notamment référence aux mineurs non accompagnés et aux personnes ayant subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle. Il va sans dire que cette liste, qui n'est pas exhaustive, reprend en partie la même liste de personnes ayant des besoins particuliers visée par les autres directives européennes sur la protection internationale.

Comment cela fonctionne-t-il ?

Chaque État membre doit mettre en place la protection accordée par la Directive. Des standards minima communs doivent être respectés, mais cela n'empêche pas l'octroi d'autres bénéfices ou d'être plus généreux, à la discrétion de chaque État membre. La Commission européenne a présenté des lignes directrices opérationnelles pour aider les États membres à assumer leurs responsabilités en appliquant de façon cohérente et effective la Directive.

Les bénéficiaires de la protection temporaire peuvent-ils demander l'asile ?

Les bénéficiaires de la protection temporaire ont en principe le droit de présenter et de déposer une demande de protection internationale à tout moment. En effet, le droit qui leur est accordé de bénéficier de la protection temporaire de la Directive ne doit pas les priver du droit de présenter une demande de protection internationale. Certains États membres peuvent néanmoins aménager le bénéfice des protections temporaire et internationale, comme l'Italie par exemple qui interdit ce cumul pendant l'instruction de la demande du demandeur à la protection internationale. ■

Barbara PORTA

Avocat au Barreau de Turin

Vice-Présidente du Comité Migration du Conseil des

Barreaux européens (CCBE)

Studio Legale Vittorio 12

Turin, Italie

porta@studiolegalevittorio12.it



Surrogacy Law in England & Wales – Legal and Practical Matters



**Carolina
MARIN PEDREÑO**



**Aysel
AKHUNDOVA**

↘ La procréation assistée, où une tierce personne porte et soigne l'enfant prénatal au nom des parents intentionnels, continue de susciter un intérêt considérable. Cet article explore la normalisation de la gestation pour autrui dans le monde, en mettant l'accent sur le Royaume-Uni.

↘ La reproducción asistida, en la que un tercero gesta y atiende al bebé prenatal en nombre de los futuros padres, sigue generando un gran interés. Este artículo explora la normalización de la maternidad subrogada en todo el mundo, centrándose en el Reino Unido.

Introduction

Surrogacy continues to be a hot topic worldwide, with Google® trends showing a peak in searches occurring in January 2022. Although it now seems to have become another normalised form of parenting, surrogacy actually has ancient roots. One of the oldest examples of surrogacy can be found in the Bible in the book of Genesis with Abraham, having a child by the servant woman Hagar.

At first, surrogacy was primarily a route for couples and individuals with medical difficulties preventing them from becoming parents. There is now an increased trend of 'social surrogacy,' namely using a surrogate where there is no medical reason for it.

The English lawyer involved in this practice area will notice the increase in prospective parents seeking legal advice and some involve international elements. The practitioner must take into account the legalities arising from where the agency is based, where the surrogate mother is based, whether she is married and where the birth would take place.

We will start with the two forms of surrogacy. In traditional surrogacy, the surrogate is both the egg donor and the biological mother of the child born. This may be done through a process called intrauterine insemination (IUI). The second method is gestational surrogacy, where in-vitro fertilisation (IVF) is used so that the genetic mother's ovum (or that of a third-party donor) and sperm (partner's sperm or donor sperm) is used to create an embryo which is transferred to the uterus of the surrogate host.

Is Surrogacy Legal?

Many countries, such as France, Germany, Italy, Spain, Portugal, and Bulgaria, prohibit all forms of surrogacy, whereas other countries, like the UK, allow surrogacy but prohibit commercial surrogacy, where a surrogate mother is compensated for her services. Commercial surrogacy is legal in some U.S. states and in some countries, including India, Russia, Ukraine, Canada, and Georgia. In the United States,

there was a famous case related called Baby M addressing the legality of this process.

Preliminary research about applicable laws is therefore vital before intended parents commit to a surrogacy in a particular country other than England and Wales as many countries have no laws related to surrogacy. Accordingly, conflict arises within an unregulated legal vacuum.

Surrogacy Law in England & Wales

Statutes relating to the regulation of surrogacy and legal parentage issues in England & Wales include:

- Surrogacy Arrangements Act 1985 (SAA 1985)
- Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (HFEA 2008)
- Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010
- Part 13 of Family Procedure Rules 2010 (FPR 2010)
- Section 1 of the Adoption and Children Act 2002 (ACA 2002)

While surrogacy is legal in England & Wales, under Section 1A of the SAA 1985, surrogacy arrangements are not enforceable in law and commercial surrogacy is illegal under Section 2. The SAA 1985 regulates surrogacy and creates a number of criminal offences. For example, it makes it clear that it is an offence to advertise that you are seeking a surrogate or are a potential surrogate looking for Intended Parents.

In practice, this makes finding a surrogate complicated and risks a surrogate deciding not to honour any informal agreement, and keeping the baby after the birth. While extremely rare, this is not a risk that intended parents wish to take.

As a result of the above legislation, most intended parents enter into international surrogacy arrangements to ensure that they are legally protected. In many countries where commercial surrogacy is legal and therefore well-regulated, the domestic legislation there ensures that the intended parents are recognised as the baby's legal parents as soon as the baby is born. But what is the legal position of the child once those parents bring their child to England & Wales?

Parentage at Birth

The legal status of participants in a surrogacy arrangement is different in England and Wales and is determined by the HFEA 2008. The surrogate mother, whether or not genetically related, is treated as the child's legal mother until and unless the situation is altered by order of the court. If the surrogate is married or in a civil partnership, her spouse or civil partner is the child's second legal parent. If the surrogate is unmarried, the biological father will be a legal parent but will not automatically have

'parental responsibility' for the child. The above stated application of the law applies irrespective of whether the parents are recognised as legal parents in the jurisdiction where the surrogacy arrangement took place.

In England and Wales cases, the surrogate birth mother is registered as the mother on the birth certificate. If she is unmarried, the biological father can be registered on the birth certificate, thereby having parental responsibility for the child.

Parental Orders

To be legally recognised as parents in England and Wales, intended parents need to apply for a 'Parental Order' following the birth of the child. Parental Orders are exclusively used in cases of surrogacy. Once the Parental Order is made, the legal parentage and parental responsibility of the surrogate, and if applicable, her spouse or civil partner, is extinguished and re-assigned exclusively to the intended parents. The application for a Parental Order can only be made post-birth.

Following the making of a

Parental Order, a UK birth certificate is issued naming the intended parents as the parents.

Prior to 3 January 2019, applications for a Parental Order could only be made by a couple who were married, in a civil partnership, or an enduring family relationship. This excluded single parent surrogacy. Fortunately the law has changed, and now single intended parents are able to apply for a Parental Order and be recognised as legal parents.

Who can apply for a Parental Order? The application can now be made by one or two people who must be at least eighteen years old. One of the applicants must have provided the gametes used to create an embryo. There needs to be a genetic link to the baby as otherwise an arrangement involving both a sperm donor and an egg donor would not be permitted within the scope of legislation.

The full criteria set out in Section 54 of the HFEA must be satisfied. In summary, the following is required:

- Application is made by a couple who is married, in a civil partnership, or enduring family relationship, or, since January 2019, by single applicants.
- At least one of the applicants must have used their own gametes in the creation of the embryo.
- The child must have been carried as a result of a surrogacy arrangement.
- The surrogate and her spouse/civil partner, if applicable, must consent to the making of the Parental Order unless they cannot be found or are incapable of giving

agreement. The agreement is not valid until the child is at least six weeks old.

- The applicants must be over the age of eighteen.
- The child's home must be with the applicants at the time of the application and making of the Parental Order and at least one of the applicants must be domiciled in the United Kingdom, Channel Islands or the Isle of Man.
- The application must be made within six months of the child being born.
- If payments have been made which exceed expenses reasonably incurred, the court must exercise its discretion to authorise the payments.
- The child's lifelong welfare is the court's paramount consideration, and the ACA 2002 welfare checklist legally applies.

Some of the criteria set out above is self-explanatory and not controversial. In relation to the time that the application is made, while the statute mandates that an application must be made within six months of the date of birth of the child, there have been a number of cases where the six-month limit has been extended, including in one case by three years and in another by over seven years. Even recently, there has been a highly regarded decision of a Parental Order being granted for an adult child. The need for the Parental Order once the child is an adult is related to their identity as the child of the intended parents, and there are also legal consequences related to succession law.

The fact of the matter remains that the child's lifelong welfare is the court's paramount consideration, so the courts often exercise their discretion to extend the six-month limit where appropriate.

In cases in which an application for a Parental Order flows from an international surrogacy arrangement, the consent of the surrogate mother, and her husband or civil partner, if applicable, must be witnessed by an authorised person such as a notary public or British consular official in such a way to comply with the Family Procedure Rules 13.11(4). Given that the agreement must be obtained no earlier than six weeks after the birth of a child, applications are often made following the six-week mark.

The requirement for consent poses a hurdle in some cases and highlights the importance of pursuing surrogacy in a country where surrogacy is well-established and well-regulated. For example, in Uganda, the surrogacy parent is anonymous, resulting in difficulty in complying with that requirement. However, the court may dispense of the requirement for agreement in circumstances where the surrogate, and husband/civil partner, if applicable, cannot be found or are incapable of giving agreement.

In relation to payments, 'expenses reasonably incurred' are not defined, but given that commercial surrogacy is prohibited in the UK but often permitted in the country where the surrogacy took place, the court has discretion to authorise payments on a retrospective basis. The question

Who can apply for a Parental Order? The application can now be made by one or two people who must be at least eighteen years old.

of what falls within or beyond the definition of expenses reasonably incurred is a case-by-case question dependant on the facts. It remains of vital importance for intended parents to keep a note of the payments that are made, including those to the surrogate by way of compensation and to the agency used. Once a Parental Order is made, the details of the parent(s) can be entered onto the British birth certificate.

Practical Tips

The interests of the child are the court's paramount consideration, but to streamline the process, we set out below our key tips for the practitioner in this area:

- When embarking on this journey, it is important to obtain as much information in all the jurisdictions involved before taking any steps.
- To avoid any issues with having payments retroactively authorised, intended parents should keep a ledger of all the costs. Using a reputable and well-established agency will normally assist greatly with this as they keep a ledger of payments on file.
- Keep the key documents, such as the retainer with the Surrogacy Agency and the Gestational Carrier Agreement, from each step taken.
- Organisation is key to ensure that the consent of the surrogate, and her husband/civil partner, if applicable, is obtained in a timely manner, but not before the child is six weeks old.
- Obtain specialist immigration advice at the very beginning to avoid any immigration problems as having to sort out any potential issues following the birth of the baby can be complex, stressful, and costly.

What's Next?

The Law Commission (a statutory independent body) ran a consultation from 6 June to 11 October 2019, and a

full report is currently awaited with recommendations for reform of the law and a draft Bill this fall.

The Consultation Papers, entitled *Building Families Through Surrogacy: A New Law*, included provisional proposals to improve surrogacy laws so they better support the child, surrogate, and intended parents. The key proposals included:

- Creating a new surrogacy pathway that will allow, in many cases, the intended parents to be the legal parents of the child from the moment of birth.
- Introducing specific regulation for surrogacy arrangements and safeguards, such as surrogate counselling and independent legal advice. This should reduce risk of arrangements breaking down.
- Allowing international surrogacy arrangements to be recognised here, on a country-by-country basis.

With the number of children born via surrogacy rapidly rising, practitioners welcome a long-awaited and necessary update to the law.

Will other countries follow the legal developments made in England and Wales, or will they continue to ignore the reality and leave children without legal status or with the incorrect filiation recognised? The Hague Conference has a working group on filiation discussing the diverse approach to surrogacy, and the cases taken to the European Court of Human Rights continue to penalise the same countries. ■

Carolina MARIN PEDREÑO

Lawyer, Dawson Cornwell

London, United Kingdom

carolinamarin.pedreno@dawsoncornwell.com

Aysel AKHUNDOVA

Lawyer, Dawson Cornwell

London, United Kingdom

aysel.akhundova@dawsoncornwell.com





L'enregistrement des naissances : un enjeu de société ; un défi pour les Barreaux

Dominique ATTIAS

↳ Throughout the symposiums, the imperative need to defend fundamental freedoms, access to rights, equality for all, democracy and the rule of law is put forward, the lawyer supported by the lawyers's Bar being a fundamental actor in this matter. The cornerstone that allows the realization of all these objective, i.e.: the registration of the birth of every child is fundamental and far from obvious in many parts of the world. In its 2019 report, UNICEF estimated that 166 million children between the ages of 0 and 5 were not registered and declared in the civil registry.

↳ A lo largo de los coloquios se destaca la necesidad imperiosa de defender las libertades fundamentales, el acceso a los derechos, la igualdad de todos, la democracia y el Estado de Derecho, siendo el abogado apoyado por su Colegio de Abogados un actor fundamental en este ámbito. La piedra angular para lograr todos estos objetivos: el registro del nacimiento de cada niño es fundamental y está lejos de ser evidente en muchas partes del mundo. En su informe de 2019, UNICEF estimó que 166 millones de niños de entre 0 y 5 años no estaban registrados ni declarados en el registro civil.

Le cadre international

La *Convention internationale des droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 (CIDE) a été signée par tous les pays du monde hormis les Etats Unis.

L'article 7 de la CIDE prévoit que :

1. « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité...* »
2. *Les États parties veillent à mettre ce droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière...* ».

Auparavant, un des instruments internationaux de référence était la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 (DUDH) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. Il s'agissait du premier texte qui reconnaît le droit à tout être humain dès sa naissance de disposer d'une personnalité juridique, et donc d'une identité (art.6 DUDH). Les États signataires de la DUDH se sont engagés à faire le nécessaire pour protéger et promouvoir l'existence juridique de tout être humain, fondement de l'exercice de tous les droits qui en découle.

De nombreuses autres conventions consacrent le droit à l'identité, tel le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966, qui fait, dans son article 4, du droit à l'identité un principe fondamental auquel il ne peut être dérogé, ou encore les conventions mises en place pour protéger celles et ceux qui sont encore plus vulnérables.

A ce titre, il convient de citer la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs enfants* de 1990, qui, en son article 29, rappelle le droit de tout enfant de travailleur migrant de voir sa naissance enregistrée et de bénéficier de tous les droits en résultant, *les Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays* de 2004 ou encore la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* de 2006.

Tous ces textes visent à assurer une reconnaissance juridique de l'existence de ces personnes à la vulnérabilité accrue.

Il ne doit pas non plus être omis de citer les instruments régionaux tels que :

- en Amérique, la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (Pacte de San José) de 1969, traité interaméricain qui, dans son article 18, fait de la dénomination des personnes un droit absolu et consacre dans son article 20 l'impérieuse nécessité pour tout être humain de détenir une nationalité ;
- en Asie, la *Déclaration des droits de l'homme de l'Association des Nations de l'Asie du Sud Est* de 2012, non contraignante certes mais qui reconnaît pour tout indi-

vidu un droit à avoir une nationalité et en conséquence, des documents établissant l'identité, ce qui implique un état civil impliquant l'enregistrement de la naissance ;

- mais aussi en Afrique, la *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant* adoptée lors de la 26^e conférence des Chefs d'Etat de gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) en juillet 1990 et rentrée en vigueur le 29 novembre 1999. Son article 6, qui s'inspire de la CIDE, consacre pour tout enfant dès sa naissance le droit à l'identité et l'engagement des États membres de l'OUA à mettre en œuvre ce droit. A cet effet, le Comité africain des experts, mandaté dans la Charte pour contrôler sa mise en œuvre a, dans son « Observation générale sur l'article 6 de la Charte » d'avril 2014, enjoint les Etats membres de l'OUA de coordonner les institutions et de sensibiliser les populations pour atteindre le but recherché.

L'enjeu territorial

Le sujet est majeur.

L'UNICEF, dans son rapport de 2019, se fondant sur l'analyse de 174 pays, a estimé à 166 millions le nombre d'enfants dans le monde de 0 à 5 ans qui n'ont pas été déclarés ni enregistrés à l'état civil et à 237 millions le nombre d'enfants sans certificat de naissance.

L'Afrique ainsi que l'Asie du Sud-Est sont principalement concernées par ces difficultés, mais en raison des migrations et des politiques de plus en plus restrictives des pays dits développés à l'égard des migrants, cette situation n'épargne pas les pays qui se croyaient à l'abri de cette problématique en ce qu'elle touche les enfants d'étrangers en situation irrégulière.

En France métropolitaine, cette réalité affecterait également les membres de la communauté Rom, et le phénomène serait plus prégnant encore sur deux territoires ultramarins : en Guyane, d'une part, en raison de la venue de populations du Suriname, du Brésil et de Haïti et à Mayotte, d'autre part, du fait de la proximité des Comores.

Les enjeux liés à l'enregistrement des naissances sont nombreux et concernent, notamment, l'effectivité des droits des enfants et plus spécifiquement les filles, mais aussi la préservation de l'État de droit et de la démocratie.

L'enjeu de l'effectivité des droits

L'effectivité des droits des enfants est directement liée à leur enregistrement à l'état civil. Sans existence légale, un enfant, qui figure parmi les plus vulnérables des êtres humains, est privé de ses droits les plus fondamentaux. Plusieurs exemples, sans être exhaustif, illustrent l'importance fondamentale d'un enregistrement à un état civil :

- sans état civil, un enfant ne peut pas avoir accès à l'éducation car, sans identité, il ne peut pas s'inscrire dans le système scolaire et encore moins se présenter à des examens.

Les filles sont les premières visées. Privées d'état civil, elles disparaissent des radars et sont cantonnées au mieux aux tâches domestiques, rien ne pouvant ainsi contraindre les parents à les scolariser.

Or, il est à noter que, selon les indications de la Banque Mondiale (*The cost of not educating girls 2018*), une année de scolarisation supplémentaire d'une fille fait progresser le produit intérieur brut (PIB) annuel d'un pays de 0,37%. A l'inverse, son absence de scolarisation constitue un manque à gagner du pays concerné compris entre 15 et 30 millions de dollars, si l'on retient une scolarité d'une durée de 12 ans ;

- les filles sans identité sont, plus que les autres, victimes de mariage précoce. L'ONG Plan International souligne qu'une fille sur cinq dans le monde a été mariée avant l'âge de 18 ans ;
- les enfants sans identité sont victimes de nombreuses formes de violences, abus et exploitation aux fins de prostitution, de mendicité forcée ou toutes formes d'esclavage ;
- dans de nombreux pays, l'enrôlement d'enfants dans des groupes armés est devenu un fléau, les enfants sans identité étant une proie privilégiée de ces recruteurs ;
- l'inscription d'un enfant à l'état civil dès sa naissance doit lui permettre de bénéficier des règles de droit qui lui sont applicables, notamment lorsqu'il est confronté à la justice pénale.

Dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, un seuil d'âge est fixé pour pouvoir engager la responsabilité d'un enfant. En outre, les enfants en conflit avec la loi bénéficient dans de nombreux pays de règles et d'un traitement différent selon leur âge. Ces enfants des 2 sexes et plus particulièrement garçons, nous les retrouvons en Europe, ces mineurs dits non accompagnés qui, sans état civil, ne peuvent pas bénéficier de la protection que les textes et conventions accordent aux mineurs. Ils sont contraints de s'adresser à la justice pour faire reconnaître leur minorité, parfois en vain ou alors dans des délais qui les laissent de nombreux mois à la rue, aucun dispositif de mise à l'abri ne les acceptant.

Ce n'est donc pas étonnant que, d'après Europol, plus de 10 000 enfants ont disparu des radars dans leur chemin vers l'Europe. Ces enfants sans état civil portent bien le nom qui leur a été donné, d'« enfants fantômes »¹.

Les filles sont les premières visées. Privées d'état civil, elles disparaissent des radars et sont cantonnées au mieux aux tâches domestiques, rien ne pouvant ainsi contraindre les parents à les scolariser.

1. Les Enfants fantômes, Laurent Dejoie et Abdoulaye Harissou, Ed. Albin Michel.



L'enjeu de la préservation de l'État de droit et de la démocratie

La préservation de l'État de droit et de la démocratie ainsi que la prospérité des États sans oublier leur sécurité dépendent également étroitement de l'enregistrement des naissances. Par exemple,

- comment permettre l'organisation d'élections libres et démocratiques sans un état civil fiable ?
- comment permettre aux États d'identifier les besoins sociaux tels que les politiques éducatives ou liées à la santé ainsi qu'économiques sans avoir une connaissance la plus exacte possible de sa population, et donc en comptabilisant les naissances mais aussi les décès ?
- comment encourager des investissements, incluant les investissements étrangers sans une vision démographique vérifiable, y compris régionales ?

L'objectif de *Développement Durable* posé en son article 16.9 était de « garantir à tous d'ici 2030, une identité juridique grâce à l'enregistrement des naissances ». Cet objectif ne sera malheureusement pas atteint. Seule une formation efficace de tous les acteurs et une sensibilisation de la population mondiale contribueront à tendre vers cette finalité.

La place des Barreaux et le rôle de l'avocat

Les Barreaux doivent faire partie de ces acteurs de premier plan et ont un rôle fondamental à jouer.

La formation, la spécialisation et l'investissement des avocats dans le domaine lié à l'état civil, leur faculté grâce à la mise en place de permanences et l'organisation de « caravanes », organisées par les Barreaux, tel que cela se pratique dans certains pays comme le Niger, doivent permettre aux avocats de, notamment, se rapprocher des populations y compris dans les régions, de les sensibiliser à ces enjeux majeurs pour leurs enfants, pour elles-mêmes et pour la préservation de leurs droits, de les conseiller et les assister dans leurs démarches, le suivi de leurs dossiers, ce qui peut être assuré grâce aux nouveaux moyens de communication.

L'image des Barreaux et de l'avocat ne peuvent qu'en ressortir renforcée face aux autorités politiques et administratives ainsi qu' auprès des populations.

L'avocat a un rôle à jouer au sein de la société civile, il doit s'investir et se faire reconnaître comme un acteur à part entière tant dans le secteur social qu'économique. Qui mieux que l'avocat peut, en effet, prôner et défendre l'accès aux droits et aux libertés fondamentales, dont l'enregistrement des naissances est le rouage fondamental ? ■

Dominique ATTIAS

Avocate, SCP Attias, Jauze
Paris, France

dominique.attias@attaisjauze.fr

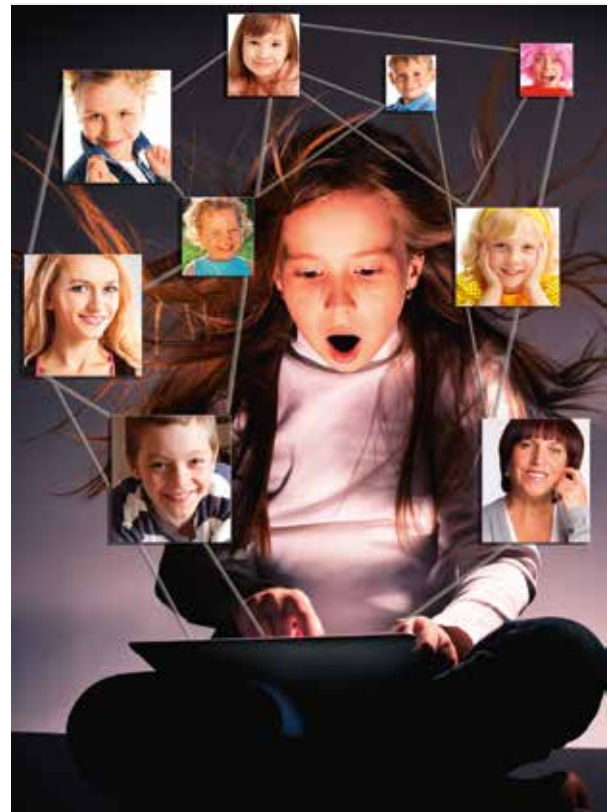


Le phénomène des *kids influencers* : les premières réponses du législateur

Giuseppe SCOTTI

↘ The "kids influencer" phenomenon generates billions of dollars and will rise to a continuous crescendo. Currently, Legislatures is failing to keep up with this rapid expansion of the digital market, leaving a major regulatory gap in the field. While waiting for this gap to be filled, including through the various reform proposals placed on Minister Cartabia's desk last May, modeled after the French law of October 2020, the Child Labor Law is being applied on an interim basis. On the issue of haters, socialites themselves have taken the field with ad hoc measures.

↘ El fenómeno de los niños influyentes genera miles de millones de dólares y va a ir in crescendo. Actualmente, el poder legislativo no está a la altura de esta rápida expansión del mercado digital, dejando un importante vacío normativo en la materia. A la espera de que esta laguna se cubra, incluso a través de las diversas propuestas de reforma puestas sobre la mesa del ministro Cartabia el pasado mes de mayo, siguiendo el modelo de la ley francesa de octubre de 2020, se está aplicando la Ley de Trabajo Infantil de forma provisional. En cuanto al tema de los odiosos, los propios socialistas han salido al campo con medidas *ad hoc*.



Introduction

Ces dernières années, en partie à cause de la pandémie du Covid-19, on a assisté à une augmentation exponentielle du phénomène des *kids influencers*, c'est-à-dire des enfants et des adolescents suivis sur le web et les réseaux sociaux par leurs pairs, qui sont capables de lancer des tendances par le biais de likes, de commentaires et de vues.

La croissance massive de ce phénomène a entraîné la fusion de deux mondes, qui collaboraient déjà étroitement depuis un certain temps : celui du marketing et des réseaux sociaux ; il suffit de dire qu'en 2019, un rapport de PWC a estimé que le marché de la publicité digitale pour les enfants représenterait 1,7 milliard de dollars et qu'il continuerait à croître, à titre indicatif, de plus de 20 % par an.

Aujourd'hui, compte tenu également de la nouveauté du phénomène, il n'existe pas dans le système juridique italien de véritable cadre réglementaire établi spécifiquement pour cette discipline.

En attendant que le législateur italien comble ce vide juridique, les règles régissant le travail des enfants dans les secteurs du spectacle et de la publicité pourraient être appliquées par analogie. De surcroît, si les influenceurs sont des enfants, leur activité pourrait s'assimiler à du travail des enfants, et être protégée par la Constitution italienne, par son article 2 et en particulier son article 31, paragraphe II, qui dispose : « [la République] protège la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les ins-

tituts nécessaires à cet effet ». Plus en détail encore, on pourrait se référer au cadre juridique réglementant le travail des mineurs, régi par la loi n° 977 du 17 octobre 1967, modifiée ultérieurement pour mettre en œuvre la directive CE 94/33 sur la protection des jeunes au travail. Cette réglementation permet d'employer un mineur de moins de 16 ans dans des domaines particuliers, par exemple artistique, publicitaire ou sportif, mais à condition que son intégrité et son développement psychophysique soient sauvegardés. Enfin, au code civil italien il convient de mentionner les articles 147 et 357, qui imposent l'obligation d'élever, d'éduquer et d'entretenir les enfants et réglementent l'administration de leurs biens.

Consentement et capacité d'agir du point de vue contractuel, étant donné qu'il s'agit de mineurs, ils n'ont pas la capacité d'agir, qui s'acquiert, selon la loi italienne, à l'âge de 18 ans ; par conséquent, tout contrat de publicité, de parrainage ou d'agent ne sera valablement conclu qu'en présence du consentement parental. Sur cette question, il convient de mentionner un important jugement rendu récemment par le Tribunal de Milan n° 4379 du 16 juillet 2020 : une mère avait donné son accord pour signer un contrat publicitaire avec une marque de mode mettant en scène son fils mineur. Le père avait intenté une action visant à faire déclarer le contrat nul et non avenu parce qu'il n'avait pas donné son consentement. La mère,

en revanche, a fait valoir que son ex-mari avait donné son consentement et que, dans l'hypothèse peu probable où tel ne serait pas le cas, la conclusion du contrat litigieux constituait un acte d'administration ordinaire, pour lequel le consentement d'un seul parent était suffisant. La marque de mode, à son tour, avait comparu, déclarant que la mère avait prétendu être la seule responsable et demandant ainsi à être indemnisée contre toute sorte de demande de dommages et intérêts. Le

juge a estimé que, nonobstant la licéité de la publication des images de l'enfant dans la mesure où elles ne portaient pas atteinte au développement psychologique et physique de ce dernier, l'acte en question revêtait le caractère d'un acte d'administration extraordinaire « dans la mesure où il dispose de droits très personnels et fondamentaux ayant des répercussions de nature patrimoniale ». Le contrat de parrainage conclu avec le consentement d'un seul parent a donc été déclaré nul sur le fondement de l'article 96 de la loi sur le droit d'auteur en raison de l'illicéité de son objet, et il appartenait à la marque de mode d'agir et de vérifier que le consentement avait été donné par les deux parents. En plus d'interdire l'utilisation des images de l'enfant, la Cour a rejeté les demandes de dommages et intérêts du père, déclarant que le de-



mandeur n'avait pas prouvé un quelconque type de dommage subi en raison de l'absence de consentement. Si le cadre réglementaire posé ci-dessus permet de régler ce phénomène émergent de manière assez exhaustive en matière de droit du travail, il ne répond pas à la composante novatrice de ce nouveau type de travail des enfants - la connexion par internet avec des milliers de personnes en même temps - et les difficultés qui peuvent en découler.

Un âge minimum pour accéder aux réseaux sociaux ?

L'un des principaux aspects du phénomène des *kids influencers* est la relation avec les réseaux sociaux, en particulier Instagram et TikTok, qui sont probablement les plateformes les plus populaires auprès des enfants et des adolescents. Par conséquent, il est important de savoir, également pour les parents, quel est l'âge minimum pour y accéder. Pour le législateur européen, avec la promulgation du règlement 679/2016¹, règlement général sur

1. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

L'article 8 du RGPD énonce ensuite l'obligation pour les plateformes de coopérer pour vérifier, au moyen d'algorithmes spéciaux, que les parents ont légitimement donné leur consentement.



la protection des données, dit RGPD, qui contient une section dédiée aux mineurs intitulée « kids », un enfant doit avoir au moins 16 ans pour consentir valablement au traitement de ses données en ligne, et par conséquent pouvoir s'abonner à des applications ou à des médias sociaux. L'article 8 du RGPD énonce ensuite l'obligation pour les plateformes de coopérer pour vérifier, au moyen d'algorithmes spéciaux, que les parents ont légitimement donné leur consentement. Les États membres sont autorisés à abaisser dans leur législation nationale l'âge minimum du consentement à 13 ans. L'Italie, en transposant par le décret législatif n° 101/2018 la règle de l'UE, a adopté une attitude plus stricte que le garant européen, en abaissant l'âge minimum pour s'inscrire sur un réseau social à 14 ans.

En pratique, ces dispositions et contrôles sont difficiles à mettre en œuvre, car un mineur peut mentir sur son âge en indiquant lors de son enregistrement une date de naissance qui ne correspond pas à son âge réel, sans toutefois en subir les conséquences. Si, effet, un délinquant de 14 ans commet des infractions en ligne, ses parents sont responsables pour ne pas avoir contrôlé l'utilisation par leur enfant du réseau social concerné. En revanche, les gestionnaires de plateformes ne sont pas pénalement

responsables des infractions commises par les utilisateurs, mais ils sont tenus de signaler rapidement l'infraction aux autorités judiciaires conformément à l'article 17 du décret législatif 70/2003. En cas d'omission ou de retard, leur responsabilité civile peut être engagée.

Vers un renforcement des contrôles par les plateformes elles-mêmes

Au cours de l'année 2021, des réseaux sociaux tels qu'Instagram et TikTok ont cherché à renforcer la vérification de l'âge de leurs utilisateurs inscrits et la protection des plus fragiles contre les messages haineux et les interactions dangereuses. S'agissant de l'âge des utilisateurs, le réseau social Instagram appartenant à Meta (Zuckerberg)² a requis tant pour les nouveaux utilisateurs que pour les utilisateurs existants l'âge minimum de 13 ans pour y accéder, et développé de nouvelles technologies d'intelligence artificielle, comme celles visant à « démasquer les menteurs » ou celles permettant d'appliquer des fonctions spécifiques liées à l'âge, par exemple : en limitant les messages directs entre les adolescents et les adultes qui ne font pas partie des profils suivis, en suggérant aux mineurs de prêter plus attention à leurs interactions avec les autres utilisateurs et en rendant plus complexe la recherche des profils des utilisateurs mineurs par les adultes ayant eu un comportement suspect. Une situation similaire s'applique à la plateforme TikTok lancée en Chine en 2016³. En février 2021, à la suite d'une affaire judiciaire l'opposant au garant italien de la vie privée, TikTok a rendu obligatoire la saisie de la date de naissance des utilisateurs pour pouvoir accéder au contenu et supprimer les utilisateurs de moins de 13 ans. Outre ces mesures, dans la lignée de celles adoptées par Instagram, de nouvelles fonctions ont été introduites comme celle pour supprimer des comptes des jeunes utilisateurs la fonction « message direct » ou pour définir automatiquement leur profil comme privé.

Récemment, Instagram a introduit le filtre « discours de haine », qui peut être activé par l'utilisateur dans les paramètres de son compte.

2. Depuis 2012, l'application appartient au groupe américain Meta (ex Facebook Inc).

3. TikTok est la version lancée en 2017 pour les marchés hors de Chine par la société ByteDance, entreprise de technologie numérique fondée en 2012 par Zhang Yiming et domiciliée à Pékin, à la suite du lancement en septembre 2016 pour le marché chinois de la première application mobile de partage de vidéos courtes connue sous le nom de Douyin.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

D'un contrôle de l'âge vers un contrôle du contenu par les plateformes

Un autre problème souvent lié à la présence des très jeunes sur les réseaux sociaux est le phénomène des *haters*, des individus qui déversent des messages haineux et discriminatoires à l'égard d'utilisateurs connus et qui peuvent entraîner des problèmes même en dehors d'internet et du monde social, avec des conséquences très graves pour la victime. Récemment, Instagram a introduit le filtre « discours de haine », qui peut être activé par l'utilisateur dans les paramètres de son compte. Les utilisateurs devront saisir manuellement les mots et les phrases qu'ils ne souhaitent plus recevoir dans leurs DM (messages directs) ou dans les commentaires de leurs messages. Si, malgré tout cela, ils reçoivent encore des messages privés haineux, ils pourront les signaler au service d'assistance de la plateforme concernée, qui les supprimera. Toujours dans le but de limiter les écarts de conduite de ses membres, TikTok a inclus un bouton « dislike » afin de permettre aux utilisateurs de supprimer dans les commentaires les réponses qu'ils considèrent offensantes ou inappropriées.

Le contrôle des contenus haineux hors internet contre ce qu'elle considère être un propos haineux, une personne peut également agir « hors ligne », en déposant une plainte pour diffamation aggravée par l'utilisation d'internet auprès de la police dans les trois mois suivant la connaissance de l'infraction, ou en déposant une plainte auprès du procureur de la République. La diffamation peut être prouvée par la victime au moyen d'un « Screenshot » de son appareil, ou par le témoignage d'une personne qui a pu lire le contenu du message discriminatoire. Pour qu'il y ait infraction, il faut qu'elle soit publique, c'est-à-dire lue par au moins deux personnes, que le message ait été délivré dans un salon de discussion privé ou sous un post de la victime. Pour la diffamation aggravée, le code pénal prévoit une peine de six mois à trois ans d'emprisonnement ou une amende qui ne peut être inférieure à 516 euros.

L'exemple français

En Europe, la France est le premier pays à avoir adopté une loi sur les « baby influenceurs », qui vise à mieux encadrer le contexte des mineurs dans la sphère digitale et à combler les lacunes réglementaires. Le projet de loi, présenté en 2019, a été voté à l'unanimité par l'Assemblée nationale en octobre 2020 et nommé « *Loi du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne* ». Cette loi prévoit tout d'abord de limiter les heures de travail, comparant ainsi l'activité des influenceurs mineurs à celle des acteurs. Si une agence ou une marque de mode souhaite faire participer un enfant de moins de 16 ans à ses activités de publicité ou de marketing, elle devra demander une autorisation

explicite aux autorités locales. Mais selon nous, les nouveautés les plus importantes introduites par la législation française concernent l'aspect économique de l'activité de l'enfant et la possibilité pour lui de se « débarrasser » des contenus dans lequel il apparaissait une fois qu'il a atteint l'âge de la majorité. En ce qui concerne la question économique, le législateur français impose aux parents de verser les gains obtenus par l'activité de leur enfant de moins de 16 ans sur un compte courant ouvert à son seul nom et bloqué jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de 16 ans. En ce qui concerne le « droit à l'oubli », il permettra au mineur, dès qu'il sera majeur, de demander et d'obtenir la suppression par la plateforme concernée des contenus faisant l'objet de sa demande.

Vers une réponse plus adaptée du législateur italien

Sur le modèle de la loi française, une série de propositions sont parvenues ces derniers mois sur le bureau du ministre italien de la justice, M. Cartabia, visant à un plus grand contrôle de l'utilisation des réseaux sociaux par les mineurs et à l'établissement d'un modèle réglementaire *ad hoc* pour les influenceurs d'enfants. Cet ensemble de réformes comprend un nouveau système de vérification de l'âge pour l'accès aux réseaux sociaux, visant à empêcher la manipulation par des tiers de l'âge de l'enfant, tout en respectant pleinement la vie privée des utilisateurs, un audit des bénéfices générés par les mineurs à partir de leurs activités en ligne, et le droit à l'oubli des contenus les représentant.

L'inspiration du droit français est évidente, surtout dans les deux dernières propositions que nous venons de mentionner. D'autres objectifs fixés par le gouvernement italien sur le même sujet concernent l'extension au phénomène des baby influenceurs de la pratique du *sharenting* (un terme inventé en 2010 qui désigne la pratique des parents publiant en ligne des contenus concernant leurs enfants), la nullité des contrats digitaux signés par des enfants de moins de 16 ans et la mise en place de campagnes de sensibilisation périodiques au sein des plateformes sociales elles-mêmes.

Conclusion

Dans l'attente d'une législation spécifique pour réglementer l'activité des kids influenceurs - qui devrait être rédigée et approuvée dès que possible (de préférence au niveau européen) - nous considérons que les lois existantes qui réglementent d'autres formes « extraordinaires » de travail des mineurs peuvent être appliquées par analogie et qu'une campagne de sensibilisation massive sur l'utilisation et le contenu des applications et des médias sociaux destinés aux très jeunes devrait être menée sans attendre. ■

Giuseppe SCOTTI

Avocat, *Macchi di Cellere Gangemi*
Milan, Italie
gscotti@macchi-gangemi.com



Kidfluencers in Germany – Prohibited Child Labor?

Dr. Luisa RÖDEMER

↳ Dans le texte, la loi allemande régit le travail des enfants. Cependant, son efficacité est remise en cause, voire peut-être même sapée, par ceux que l'on appelle les "kidfluencers" et l'effet des réseaux sociaux. Tout en reconnaissant la liberté d'expression, cet article soulève toutefois la préoccupation selon laquelle l'application de la loi sur le travail des enfants pourrait dès lors être compromise.

↳ Las leyes alemanas abordan sobre el papel la regulación del trabajo infantil. Sin embargo, su eficacia a la hora de aplicar esta normativa se está viendo afectada y posiblemente socavada por los llamados «kidfluencers» y el efecto de las redes sociales. Aunque se reconoce la libertad de expresión, este artículo plantea la preocupación de que la aplicación de la ley sobre el trabajo infantil pueda verse comprometida.

Child labor is prohibited in Germany. The Young Persons (Protection of Employment) Act (*JArbSchG*) defines children as persons under the age of 15. As an exception from this general prohibition, children between the ages of 13 and 15 are allowed to work with the consent of their parents as long as the labor is easy and suitable for them.

Introduction

When opening social media platforms, one can see: Mom- or Family- (In)fluencers all the time. Presenting one's pregnancy, the new life as a parent, and the developments as a family is booming online. This seems intended to ensure an increased number of followers with additional possible collaborators, and therefore, the overall individual income of the Influencer rises. The best outcome for the influencer is reached by not only showing all the above stages from the parent's perspective, but also including the baby or child by showing them to the social media community and including them in the content regularly.

The Legal Issue

An ongoing discussion in the legal world is whether babies, kids, or teens that are being presented on their parents' social media channels are performing child labor for purposes of triggering applicable regulations.



Teenagers older than 15 may work where specific regulations apply for their individual protection. The JArbSchG, as well as the German Child Labor Protection Ordinance, are not only meant to protect children and teenagers from being economically exploited, but also to ensure and support their undisturbed physical and mental-spiritual development.

The JArbSchG was enacted in 1976, which is why it might not be surprising that it does not contain any regulation concerning digital or social media labor. However, appearing in photos or video productions on social media might very well be considered labor within the JArbSchG. The definition of child labor requires a valid employment contract, a remuneration, but not regular working hours. Rather it defines child labor as providing practical services while receiving instructions.

Consequently, under the plain language of the regulation, one could argue that the social media appearance of children falls under special exceptions from the general prohibition of child labor, as it is comparable to participation in special events, such as theater plays, musicals, television, or radio shows.

Taking the general protective will and the overall safety for the mental and physical development of children into consideration, such comparison is mislaid. Within social media, children are not playing a role nor are they acting. They are being exposed within their personal space and behavior, mostly with their time unlimited and undeletable. They might not even understand that their situation is broadcasted in public.

Even if one might consider that appearing on parents' social media accounts would be comparable to participation in theater plays or similar activities, there are several additional mandatory requirements in place to protect children. These include those of prior confirmation by a respective authority, keeping the time of labor within two to three hours daily, and only between 8:00 am and maximum 10:00 pm, ensuring sufficient time off, as well as the overall unharmed development of the child. Without going into the details of children being exposed on social media, its obvious that the above-mentioned requirements are usually not met.

Conclusion

Protection of children, their undisturbed development, and their personal rights are general principles within the German laws. It is therefore to be expected that the legislature will react to "Kidfluencers" and amend the applicable laws. ■

Dr. Luisa RÖDEMER
Senior Associate, Vangard | Littler
Hamburg, Germany
l.roedemer@vangard.de

CALL FOR ARTICLES



juriste
INTERNATIONAL

Juriste International invites you to become an author

Would you like to write an article in English for our magazine?

Contact
Steven Richman, Deputy Editor English language:
srichman@clarkhill.com



L'équipe du Juriste International vous invite à devenir auteur

Vous souhaitez rédiger un article en français pour notre magazine ?

Contactez
Catherine Peulvé, Rédactrice Adjointe langue française :
cpeulve@cplaw.fr



¡El equipo del Juriste International le invita a redactar un artículo!

¿Deseas escribir un artículo para nuestra revista?

Contacta a
Laura Collada, Redactora Adjunta idioma español:
lcollada@dumont.com.mx



Contact UIA :

Anne-Marie Villain - avillain@uianet.org

**9 rue du Quatre-Septembre
75002 Paris – France
Tel. : +33 1 44 88 55 66**



El derecho de los niños en el divorcio y su interés superior

Ana Maria KUDISCH CASTELLÓ

↳ Les droits des enfants et des adolescents sont supérieurs aux droits des parents. Nous devons examiner la situation de chaque enfant et de sa famille pour juger de son intérêt supérieur.

↳ Because the rights of children and adolescents are above the rights of parents, we must look at the situation of each child and their family to judge what is in their best interests.

El derecho de familia involucra los problemas más difíciles y sensibles del derecho. La familia es, el espacio donde se forma a los niños, niñas y adolescentes a quienes me referiré en este artículo como NNA, donde adquiere su sentido de identidad y la confianza para proyectarse en la sociedad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos en su resolución de conflictos con perspectiva de derechos humanos establece: Primero: Al reconocer el interés superior del menor. Segundo: La protección a la familia con respecto a la pluralidad que es parte de su esencia, esto es, los modelos de familias distintas a la tradicional.

Los NNA también son, titulares de derechos. Estos derechos y el interés superior de los NNA delimitan la esfera legítima de la función de los padres. El Estado también desempeña una importante función como garante de los derechos de los NNA. Los derechos de los padres no existen para el beneficio del padre, sino para beneficio del menor. El derecho parental debe ejercerse de acuerdo con el principio de bienestar, esto es, debe considerar el bienestar de los NNA como el factor más importante para determinar o dictar una orden judicial. El bienestar del menor está por encima de todo, esto es, el interés superior del menor es actuar de acuerdo con lo que es mejor para los NNA.

El interés superior del menor, no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para los hijos de una misma familia, pues éste varía en función de las circunstancias

personales y familiares. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos y quienes la detentan tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos cumpliendo con las obligaciones de crianza, tales como hábitos de alimentación, higiene personal, demostraciones afectivas, límites y normas de conducta. No resulta ser un incumplimiento el tener largas jornadas laborales por parte de los padres.

El derecho a ser escuchado se relaciona con el derecho a un juicio justo. Los NNA tienen derecho a ser escuchados en todos los asuntos que lo afectan, es un derecho a la libertad de expresión. Se debe dar consideración adecuada a su nivel de madurez y comprensión a las circunstancias del caso. Los menores y adolescentes tienen derecho a ser escuchados en los procesos judiciales que los afectan y esto se relaciona con un juicio justo.

A través de estos dos elementos primordiales que son el interés superior del menor y el derecho a ser escuchado en juicio se reconocen a los NNA como sujetos de derechos.

Esto tiene alcances jurídicos enormes dado que, al ser sujetos de derechos y su interés superior, que se traducen en no solo en aplicar el sentido común por parte del juez, ni tampoco el seguir pensando que son los padres los que saben que es mejor para el niño, puesto que no hay padres tan idóneos y la víctima debe ser siempre escuchada, sobre todo ante temas de violencia.

El interés superior implica flexibilidad, esto es, como se ha dicho la adaptación a la situación de cada niño y su evolución en su maduración. No podemos permitir que este interés superior se manipule; a veces se ha abusado de él por parte del Estado, por los padres para defender sus propios intereses en las disputas que entre ellos tienen buscando la guarda y custodia de los menores para no pagar pensión o para ejercer control sobre la ex pareja. Esto nos ha llevado a que se subestime el interés superior de los NNA, por esto se debe precisar lo que significa, siendo este nada más que el garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos a éstos tales como su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y psicológico y social. Con ello resulta que es un instrumento para evaluar y determinar caso por caso, esto es, conforme a las

circunstancias de cada familia y de cada NNA. Determina o establece lo que es mejor para el niño en una situación y un momento concretos dadas sus circunstancias.

En todos los juicios de divorcio donde se ventilan intereses de guarda y custodia de los menores, la utilización del domicilio conyugal y sus enseres, la pensión alimenticia que refleje la vida de las partes en común así como de la conservación del nivel de vida y educación de los hijos, y la compensación de bienes adquiridos durante el matrimonio entre los padres, todo esto hace que los menores se vean inmersos en todo tipo de manipulaciones, chantajes, culpas, ambivalencias, sentimientos de traición hacia alguno de los progenitores e incluso a que por su mala conducta los padres han iniciado un pleito legal que los involucra de una manera que no resulta ser agradable para ellos, desde hablar con un Juez respecto de su madre o padre o ser confinados en un centro de convivencia supervisado o dejar de ver a alguno de los progenitores dada la interferencia parental que en muchos casos se presenta en el divorcio.

Por estos motivos, resulta indispensable que las autoridades familiares de cualquier instancia, así como ministeriales consideren cuáles son los elementos del interés superior de estos menores considerando su protección y derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas como emocionales y afectivas, los deseos, sentimientos y opiniones del menor, la conveniencia y aptitud de su familia de origen y del mantenimiento de sus relaciones familiares, si éstas resultan ser positivas para el NNA. En otros casos considerar incluso el retorno del menor a su familia biológica pensando en la evolución que ha tenido la familia hoy en día y la utilización de la fecundación asistida en todas sus especialidades. Igualmente, además de la legislación aplicable las autoridades deben considerar la preservación de la identidad, cultura, religión, sexualidad o idioma del NNA, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Esta lista de elementos, que podrían formar parte de la evaluación del interés superior de los NNA que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones no es como se ha dicho, conforme al criterio de la autoridad que puede llegar a abusar del mismo, sino considerando lo antes expuesto.

En mi experiencia profesional, los hijos sufren toda clase de violaciones a sus derechos, desde no aprender el idioma materno o paterno en venganza o resentimiento del otro progenitor que incluso escogió a un extranjero para casarse y tener familia, dejando de honrar esa cultura y educación así como a la familia extensa que vive en otro país, hasta la sustracción de los hijos sacando a estos de su centro de vida por una conveniencia de alguno de los padres y que minimiza la permanencia del otro progenitor en la vida de los hijos, removiendo a estos de su cultura, educación y de su familia extensa. Lo mismo aplicará a no discriminar de los

NNA que tienen padres del mismo sexo, NNA transgénero, con discapacidad o necesidades especiales.

Conforme a la Ley de Derechos Humanos, los NNA son titulares de derechos y el Estado tiene el deber de actuar de manera compatible con esos derechos, cuando hay un rompimiento en la pareja de padres, sin importar su sexo o cultura, y que dejen de atender en beneficio de sus hijos, el derecho a la educación, a la vida y la libertad. La autoridad parental existe para beneficio de los NNA, no del adulto que la ejerce, significa que los derechos y el interés superior del niño delimitan la esfera legítima de la función de los padres.

La responsabilidad por los hijos se construye como un proceso de colaboración entre los padres y el Estado. El artículo Dieciocho de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a los padres como los principales responsables de sus hijos, pero también obliga al Estado a presentar la asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el desempeño de sus responsabilidades de crianza de los hijos y a garantizar el desarrollo de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los NNA.

El estado desempeña la función como garante de los derechos de los NNA y tiene el deber de intervenir para protegerlos cuando los padres no estén disponibles o no cumplan sus responsabilidades.

Hay un principio con el reconocimiento que la ley hace del padre como tutor natural del hijo, pero también es una advertencia, que el bienestar del hijo está por encima de todo, considerando que la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. ■

Ana Maria KUDISCH CASTELLÓ
Directora, Kudisch Abogados, S.C.
México, México
anaK@kudischabogados.com.mx





L'accès des enfants à la justice

Mona PARÉ

↳ Access to justice is a complicated issue when it comes to protecting the rights of children. Children must generally rely on their guardians to assert their rights, which is insufficient, as demonstrated by case law. Children face many barriers to accessing justice, including slow and complex procedures, lack of information, and inaction by their representatives. This article presents key elements of children's access to justice based on international and Canadian guidelines and practices.

↳ El acceso a la justicia es una cuestión complicada cuando se trata de proteger los derechos de los niños. Por lo general, los niños tienen que confiar en sus tutores para hacer valer sus derechos, lo cual es insuficiente, como demuestra la jurisprudencia. Los niños se enfrentan a muchos obstáculos para acceder a la justicia, como la lentitud y complejidad de los procedimientos, la falta de información y la inacción de sus representantes. Este artículo presenta los elementos clave del acceso de los niños a la justicia basándose en las directrices y prácticas internacionales y canadienses.

Les enfants, entendus comme les personnes ayant moins de 18 ans, sont sujets de droit. Tout sujet de droit doit pouvoir avoir accès à la justice pour faire valoir ses droits et obtenir réparation. Pour les enfants, cet accès est compliqué, car ils n'exercent pas leurs droits comme les adultes. En effet, leur niveau de développement étant en constante évolution, on leur reconnaît une capacité juridique moindre, ce qui permet de les protéger d'abus possibles. Les enfants n'ont pas les mêmes connaissances, la même expérience et les mêmes capacités cognitives (du moins pour ce qui est des plus jeunes) que les adultes, qui leur permettraient de protéger leurs intérêts. Ainsi, les lois prévoient généralement qu'ils soient représentés par leurs parents ou autres tuteurs en justice. On pourrait alors être tentés de faire l'amalgame entre l'accès des enfants à la justice et leur représentation. L'accès aux recours des tuteurs pour faire valoir les droits de leurs en-

fants garantirait-il l'accès à la justice des enfants ? Pour que les enfants puissent accéder à la justice, il est important bien sûr que leurs représentants puissent y accéder, mais cela n'est pas suffisant.

Les enfants ont été pendant longtemps ignorés dans les discussions sur l'accès à la justice, mais différentes institutions ont commencé à y prêter attention¹. Dans cet article, nous allons présenter les éléments essentiels de l'accès à la justice sur la base de lignes directrices existantes et de la pratique au Canada et au niveau international. Nous devons ainsi clarifier ce que l'on entend par « l'accès des enfants à la justice » et identifier les obstacles à cet accès.

L'accès à la justice concerne donc toutes les injustices possibles auxquelles font face les enfants.

Quelle justice ?

On pourrait penser que l'accès des enfants à la justice ne devrait avoir qu'une portée limitée, étant donné que le droit concernant les enfants se cantonne traditionnellement à quelques domaines, généralement le droit de la famille, la protection de l'enfance et la justice pénale. On pourrait ainsi penser que l'accès des enfants à la justice ne concerne que ces sphères du droit.

Pourtant, la majorité des domaines de droit concerne les enfants, au moins indirectement. Les enfants représentant une partie non négligeable de toute population

1. Par exemple au Canada : Association du Barreau Canadien : Trousse d'outils sur les droits de l'enfant : <https://www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Child-Rights-Toolkit?lang=fr-ca> ; au niveau international : Conseil de l'Europe, *Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants* (2010) : <https://rm.coe.int/16804b92f6> ; Conseil des droits de l'homme, *Accès des enfants à la justice*, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Doc. NU A/HRC/25/35, (2013) ; Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille (AIMJF) : *Lignes directrices sur les enfants en contact avec la justice* (2017) : http://aimjf.org/download/Documentation_FR/AIMJF/Lignes_directrices_FR_Ratifiedes_17.04.26.pdf.

(près du quart de la population au Canada), on devrait comprendre qu'ils puissent être affectés par tout type de décision administrative, politique ou législative qui ne les vise pas directement. Il en va ainsi, par exemple, des politiques concernant les soins de santé, l'immigration, le développement urbain, le logement, ou encore l'environnement. Les multiples recours en justice par des enfants et

D'autre part, la complexité des procédures et de l'information sont d'autres obstacles.

des jeunes adultes à travers le monde dans le contexte de la lutte contre le changement climatique en sont une bonne illustration². Dans ces cas, les enfants et les jeunes s'attaquent aux politiques gouvernementales qui ne protègent pas assez l'environnement et soutiennent que ce se sont eux, en tant que générations futures devant souffrir des conséquences des décisions des générations de leaders d'aujourd'hui, qui seront les plus affectés par les politiques actuelles.

L'accès à la justice concerne donc toutes les injustices possibles auxquelles font face les enfants. Étant donné qu'ils n'ont pas le droit de vote, les enfants ont très peu de possibilité d'influencer la prise de décisions. Il est donc d'autant plus important de s'assurer qu'ils puissent avoir accès à des recours judiciaires et non-judiciaires si les décisions (législatives, politiques, administratives et autres) ne respectent pas leurs droits.

L'accès à la justice concerne donc toutes les injustices possibles auxquelles font face les enfants. Étant donné qu'ils n'ont pas le droit de vote, les enfants ont très peu de possibilité d'influencer la prise de décisions. Il est donc d'autant plus important de s'assurer qu'ils puissent avoir accès à des recours judiciaires et non-judiciaires si les décisions (législatives, politiques, administratives et autres) ne respectent pas leurs droits.

Quel accès ?

La question se pose également de savoir ce que signifie « l'accès » à la justice pour les enfants. En pratique, l'accessibilité à la justice suppose la présence de plusieurs éléments : pouvoir saisir des instances indépendantes lorsque nous estimons que nos droits sont violés, pouvoir compter sur l'exercice effectif des droits judiciaires, avoir accès à l'information nécessaire et à une aide juridique, entre autres. Différents obstacles à l'accès à la justice sont fréquemment soulevés, comme le coût, la complexité et la lenteur des procédures.

Pour les enfants, la situation est encore plus complexe : ils n'ont généralement pas d'accès direct aux tribunaux, sauf exception. Ainsi, ils sont dépendants de leurs représentants pour introduire des recours en justice en leur nom. Or, une revue de la jurisprudence, tant au niveau interne au Canada qu'au niveau international, démontre que cette pratique est peu courante et que les enfants sont très peu représentés dans la jurisprudence. À titre d'exemple, dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada des 20 dernières années portant sur l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, moins de 10 arrêts concernent des enfants alors que plus de 500

portent sur des droits d'adultes. Il se peut que la rareté des recours au nom d'enfants s'explique par un manque de communication entre parents et enfants, la présence d'intérêts contradictoires dans la famille, ou encore un manque de capacité ou de volonté de la part de leurs représentants. Mais force est de constater que ces faits établissent que les enfants ne peuvent pas simplement compter sur une représentation par leurs tuteurs pour défendre leurs droits.

De plus, les obstacles auxquels font face les adultes sont exacerbés dans le cas des enfants. Il en est ainsi, d'une part, de la lenteur des procédures : tout d'abord, la notion de l'écoulement du temps est différente chez l'enfant de chez l'adulte. Ainsi, les procédures qui durent longtemps les affectent plus. Ensuite, leur mémoire des événements peut changer au fil des mois qui passent, ce qui peut avoir un effet sur l'issue de la procédure, notamment s'ils ont à témoigner. Également, leurs intérêts peuvent changer avec le temps vu qu'ils sont en constant développement au niveau social, physique, mental, cognitif et émotionnel. Dès lors, la solution à un problème présenté initialement peut ne plus correspondre à leur intérêt des années plus tard. Enfin, fréquemment, l'issue d'une procédure judiciaire, surtout à la suite de procédures d'appel, arrive trop tard pour un enfant. L'affaire *Moore c. Colombie-Britannique* au Canada concernant les services scolaires à un enfant ayant des besoins éducatifs particuliers en offre un bon exemple. Même si l'enfant (le père agissant en son nom) avait obtenu gain de cause, la décision finale de la Cour suprême en 2012 a été rendue alors que sa scolarisation était déjà terminée.

D'autre part, la complexité des procédures et de l'information sont d'autres obstacles. Il est bien connu que les « simples » justiciables ont souvent du mal à comprendre le dédale judiciaire et les subtilités du langage juridique. L'information juridique étant peu adaptée aux non-juristes, il l'est encore moins aux enfants. Ainsi, les guides pour une justice adaptée aux enfants conseillent l'adaptation aux enfants de l'information juridique. Alors qu'une pratique de rédaction de jugements pour les enfants est en train de se développer parmi certains juges³, il est encore rare que les enfants reçoivent une information juridique qui leur soit adaptée.

Finalement, il faut reconnaître que l'accès des enfants à la justice est de plus en plus conçu à travers la notion de « participation », entendue comme le droit de l'enfant de s'exprimer sur toute question le concernant, garanti par l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* adoptée par les Nations Unies en 1989. Cependant, l'accès des enfants à la justice va au-delà de ce droit, comme le démontre l'Observation générale n° 12 du Co-

2. Par exemple au Canada : *Mathur v Ontario*, 2020 ONSC 6918; *La Rose c Canada*, 2020 CF 1008; *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCS 2885.

3. Exemple de lettre rédigée par un juge à un enfant au Canada et ajoutée au jugement : *Haberman v Haberman*, 2011 SKQB 415, [2011] SJ no 688, 366 Sask R 79. Exemple de jugement rédigé en forme de lettre à un enfant en Grande Bretagne : *Re A (Letter to a Young Person)* [2017] EWFC 48.

mité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies. Le Comité y parle de l'apparition de « la notion générale de « participation » » comme un terme qui est « largement utilisé pour décrire des processus continus, qui comprennent le partage d'informations et le dialogue entre enfants et adultes, sur la base du respect mutuel, et par lesquels les enfants peuvent apprendre comment leurs vues et celles des adultes sont prises en compte et influent sur le résultat de ces processus »⁴. L'accès à la justice comme une forme de participation inclut donc la possibilité pour les enfants de se prononcer dans le cadre des procédures les concernant, d'avoir accès à l'information et de faire partie d'un dialogue entre toutes les parties prenantes et en particulier avec le décideur.

Concrètement, cela peut signifier la mise en place de pratiques comme le témoignage, la représentation par avocat qui rencontre l'enfant, le conseille et fait valoir son point de vue devant le tribunal, une rencontre avec le juge, ou tout autre moyen permettant à l'enfant de participer à la procédure, de s'exprimer et de recevoir des réponses à ses questions.

Des recherches menées dans plusieurs pays au sujet de la participation des enfants aux procédures judiciaires démontrent que le chemin est encore long pour que les enfants puissent véritablement accéder à la justice⁵. Alors que des lignes directrices sont développées, que des dispositions législatives sont parfois adoptées visant à favoriser la participation des enfants, et que des professionnels commencent à montrer de l'intérêt pour une justice adaptée aux enfants, force est de reconnaître que les systèmes en place ne sont toujours pas conçus pour les enfants. Des progrès se font par petits pas, mais les défis sont devant nous et le monde juridique devrait prendre les devants et s'ouvrir à la possibilité d'examiner la justice à travers les yeux des enfants. ■

Mona PARÉ

*Professeure, Université d'Ottawa, Faculté de droit,
Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits
de l'enfant (LRIDE)*

Ottawa, Canada

mona.pare@uottawa.ca

4. Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°12, Le droit de l'enfant d'être entendu, Doc NU, CRC/GC/2009/12 (2009), para. 3.

5. Voir M. Paré, M. Bruning, T. Moreau, & C. Siffrein-Blanc (Dir.), *L'accès des enfants à la justice : Bilan critique*, Dalloz, 2022 et la version anglaise : M. Paré et al. (Eds.), *Children's Access to Justice: a critical assessment*, Intersentia, 2022.

PLACEZ VOTRE PUB
ICI

**AUGMENTEZ
VOTRE VISIBILITÉ !**

**En communiquant
dans le Juriste
International,
vous adressez
votre message au
monde entier !**



CONTACT

Anne-Marie VILLAIN
9, rue du Quatre-Septembre
75002 PARIS
Tél. : +33 1 44 88 55 66
E-mail : avillain@uiagnet.org

juriste
INTERNATIONAL

Child Labour



Child Labour in Nigeria: Trends and Way Forward

Adebola ALADESURU

➤ Au Nigeria, il existe une législation qui régit le travail et les droits des enfants. Cependant, ces lois concernées sont affaiblies par d'autres facteurs sociaux. Les États doivent adopter et appliquer une législation cohérente et le gouvernement fédéral doit accroître ses efforts pour protéger les enfants.

➤ En Nigeria existe una legislación que regula el trabajo infantil y los derechos de los niños. Sin embargo, dichas leyes se ven socavadas por otros factores sociales. Es necesario que los estados adopten y apliquen una legislación coherente y que el Gobierno Federal aumente sus esfuerzos para proteger a los niños.

It is a common but unfortunate sight to see children of elementary school age engage in activities that are beyond their age, physical, and psychological abilities. These activities include street trading and hawking of wares, working as domestic helps (*housemaid/houseboy*), begging for alms in traffic, motorcycle riding (*okada riding in Nigerian parlance*), and in very bad cases, prostitution and trafficking. These activities also appear subtly in legitimate businesses where the child or underaged person is serving, among other things, as an apprentice to a carpenter, mechanic, vulcanizer, or store owner.

In Nigeria, the Child's Right Act 2003 (CRA) is the principal legislation that regulates child rights, and it defines a child as a person under the age of 18. This implies that any individual under 18 that is subjected to or engaged in the

activities listed above is a child and as such, is undergoing child labour.

According to the International Labour Organisation (ILO), "*Child Labour*" is often defined as *work that deprives children of their childhood, their potential, and their dignity, and that is harmful to physical and mental development*. The CRA provides that no child should be subjected to any forced or exploitative labour. In addition, the child should also not be required in any case to lift, carry, or move anything so heavy as to harm their physical, mental, spiritual, or social development.¹ The African Charter on the Rights and Welfare of the Child and the Labour Act² also include provisions similar to the highlighted section of the CRA.

It is therefore evident that child labour in all forms is recognised and prohibited by relevant national and international laws that have become applicable in Nigeria. It should, however, be noted that the CRA, which codifies the rights of children, is yet to be adopted by all Nigeria states. This creates a gap in country-wide application and consequently, enforcement. Also, the level of enforcement of the relevant "child-friendly" laws is still questionable. Little wonder incidents of child labour are still heavily prevalent in Nigeria, i.e., use of children as domestic helps, despite the existence and applicability of some of these legislations.

The existence of child labour in Nigeria can be blamed on several factors, including poverty, parental neglect,

1. Section 28 Child's Right Act 2003.

2. https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr_instr_charterchild_eng.pdf

and cultural and social factors, among others. In recent times, the situation has gotten worse, with the country just easing out of the Covid-19 pandemic. Economically, inflation rates are volatile, many people are dealing with job insecurity and unemployment, and poverty levels are at an all-time high. These and other factors have triggered many families to require the support of children to work to boost family income.

The Federal Government of Nigeria, with the support of the ILO, has validated the National Policy on Child Labour (2021-2025) to reduce the rate of child labour in the country. It is anticipated that the Federal Government, employers, and all relevant stakeholders, including the family unit, will collaborate to bring an end to child labour in Nigeria in an accelerated manner. Also, the Federal Government should ensure that all states adopt laws that prohibit all forms of child labour. ■

Adebola ALADESURU
Associate, Famsville Solicitors
Lagos, Nigeria
operations@famsvillesolicitors.com



Child Labour in India

Ashu THAKUR

↳ La réglementation du travail des enfants est abordée dans les objectifs de développement durable (ODD) des Nations unies. En Inde, plus de dix millions d'enfants sont employés comme travailleurs marginaux ou principaux. Cet article traite du cadre législatif existant en Inde, qui met effectivement en œuvre les ODD dans ce pays.

↳ La regulación del trabajo infantil se aborda en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas. En la India, más de diez millones de niños están empleados como trabajadores marginales o principales. Este artículo aborda el marco legislativo existente en la India, que aplica efectivamente los ODS en ese país.

Introduction

The existence of child labour, globally, cannot be ignored, but needs worldwide attention to effectively eradicate child labour in a timely manner. As per the

recent estimates in the 2020 report on child labour, released by the International Labour Organisation (ILO) and United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF), one in every ten children is exploited under some form of child labour, and nearly half engaged

in child labour work in a hazardous environment. The adverse effects of the pandemic on child labour have added approximately 142 million children to the existing 582 million children working in 2019.

The Sustainable Development Goals (**SDG**), also known as the Global Goals, were adopted by the United Nations in 2015 to promote a better sustainable future. The eighth SDG aims to advance inclusive and sustainable economic growth, full and productive employment, and decent work for all. The SDG target goal 8.7 aims to take immediate and effective measures to (1) eradicate forced labour, (2) end modern slavery and human trafficking, and (3) secure the prohibition and elimination of the worst forms of child labour, including recruitment and use of child soldiers. By

In accordance with the Act, a "Child" is a person who has not completed fourteen years of age and an "Adolescent" is a person who has completed fourteen years of age but is yet to complete eighteen years of age.

2025, child labour must end in all its forms.¹

Proactive measures are being undertaken to tackle this global issue by various governments around the world. This article focuses on selected aspects of child labour in India.

Child Labour in India

According to the census data available from the Ministry of Labour and Employment Government of India, there has been a decline of over 2.6 million in child labour from 2001 to 2011, but there are still 10.1 million children working either as marginal or main workers in India². Over 12% of children between five and fourteen years of age in South Asia are engaged in child labour for survival.³

The Child and Adolescent Labour (Regulation and Prohibition) Act 1986 as amended in 2016, (the "Act"), Protection of Children from Sexual Offences Act 2012, Juvenile Justice Act 2015, the Information Technology (Intermediary Guidelines and Digital Media Ethics Code) Rules 2021, etc. including the Child Labour (Prohibition and Regulation) Rules 1988, as amended in 2017, are the principal laws governing the Prohibition of Child Labour in India and regulate the representation of children in the entertainment and media. These laws lay down the rules, penalties, exceptions, and working conditions regarding employment of children and adolescents and further

prohibit the employment of children in all the industries and adolescents in 13 occupations and 57 hazardous processes.⁴

Furthermore, to reduce child labour in the country, the Government of India encourages compulsory education and upholds the constitutional right under Article 21-A to free and compulsory education to all children six to fourteen years of age as a fundamental right. The Government of India also enacted the Right of Children to Free and Compulsory Education Act in 2009.

In accordance with the Act, a "Child" is a person who has not completed fourteen years of age and an "Adolescent" is a person who has completed fourteen years of age but is yet to complete eighteen years of age. It is interesting to note that whilst child labour is prohibited in India, there are two exceptions which pertain:

1. help the child's family or in a family enterprise, where said family is the occupier, after the child's school hours or during vacations provided, as long as the labour does not come under any hazardous occupations mentioned in the Act, or
2. work as an artist in an audio-visual entertainment industry, including advertisement, films, television serials, or any such other entertainment or sports activities, including in the capacity of as an actor, singer, or sports person, except the circus.

The Act further requires that special care be taken to not affect the child's education by ensuring:

1. The child does not perform any task during school hours and between 7:00 p.m. and 8:00 a.m.
2. The child refrains from indulging in any task of helping which has negative consequences on the child's right to education or attendance at school.
3. The child does not perform any task for more than three hours, excluding period of rest in a day.
4. The child does not participate in work, occupation, or processes related to the manufacturing, production, supply, or retail chain in any way which is remunerative to the child or the child's family.

On the other hand, no adolescent is permitted to work between 7:00 pm and 8:00 am and without having an interval of one hour after every three hours of work and is entitled to weekly holiday and overtime pay. Adolescents are prohibited from working in hazardous occupations, such as those involving inflammable substances, explosives, or hazardous processes. Mining is an example of a hazardous occupation.

1. Source: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_797515.pdf.

2. Source: <https://www.unicef.org/india/what-we-do/child-labour-exploitation>.

3. Source: <https://www.unicef.org/rosa/what-we-do/child-protection/child-labour-and-exploitation>.

4. Source: https://labour.gov.in/sites/default/files/act_3.pdf [https://pencil.gov.in/THE%20CHILD%20LABOUR%20\(PROHIBITION%20AND%20REGULATION\)%20AMENDMENT%20ACT,%202016\(1\).pdf](https://pencil.gov.in/THE%20CHILD%20LABOUR%20(PROHIBITION%20AND%20REGULATION)%20AMENDMENT%20ACT,%202016(1).pdf).



Child Labour in Media & Entertainment

In the case of a child artist:

1. A child artist is prohibited from working for more than five hours in a day, and without a rest every three hours.
2. Permission to work must have been obtained from the District Magistrate of the district where any commercial event involving the participation of a child is going to be held.
3. The child does not work for more than twenty-seven days, and appropriate measures have been taken to ensure the child's education is not affected.
4. One person is appointed for a group of every five children to ensure safety of children employed for any production or event.
5. Twenty percent or more of the remuneration earned by the child should be deposited in a fixed deposit account of a nationalised bank in the name of the child. The amount shall be credited to the account of the child on the individual attaining majority.
6. Participation of the child in any audio, visual, and sports activity should be in accordance with the child's will and consent.

The draft Regulatory Guidelines for child participation in the entertainment Industry or any commercial entertainment activity was posted on the website of the national commission for protection of child rights in June 2022 for public comments before it is finalised and implemented. These Regulations will provide guidelines for child artist in films, TV, reality shows, OTT platforms, news and content creation for social media websites, etc.

Penalties & Prosecution

Any person who violates the Rules is liable to both imprisonment and penalties i.e.:

<p>In the case of an employer employing children and adolescents:</p>	<p>Imprisonment: for not less than six months, which may extend up to two years, or Penalty: Minimum INR 20,000 (USD \$255.62) and maximum may extend up to INR 50,000 (USD \$639.04) or both.⁵ The offences committed under this Act by an employer are considered cognizable.</p>
<p>In the case of parents or guardians committing an offence:</p>	<p>Shall be punished only when they permit commercial purposes in contravention of the Act. After being compounded of a similar offence before, they shall be liable for a fine which may extend up to INR 10,000 (USD \$127.81).</p>
<p>Whoever else fails to abide by the rules is liable to</p>	<p>An imprisonment of one month or with fine up to INR 10,000 (USD 127.81), or both. Who has committed a similar offence before, imprisonment of not less than one year which may extend up to three years.</p>

To discourage child labour, the Government of India has set up a special fund called the Child and Adolescent Labour Rehabilitation Fund in every district or for two or more districts to deposit the receipts of fines realised from the person violating the provisions of the Act. The Government further deposits INR 15,000 (USD \$191.71) for every receipt of fines received when a child or adolescent is employed in violation of the Act. The fine so collected along with the special deposit credited by the Government is paid to the child or adolescent in whose favour the credit is made or used in any way deemed fit by the Government. The Government actively participates to ensure that hazardous occupations or processes are adhering to the provisions of this Act and regularly creates public awareness campaigns, displays provisions of the

5. 1 USD equivalent to INR 78.24 as on 22 June 2022.

Act in public places, and publishes sensitisation material, programmes, and training.

Multinational Retailers and Child Labour

Child labour exists globally, large multinational retailers including Hennes & Mauritz AB (H & M), Gap, Old Navy, Intermix, Hill City, Walmart and Athleta have come under scrutiny from time to time for contracting with factories that allegedly violate child labour laws. India has drawn flak for poor vigilance against child and bonded labour. In November 2014, H & M blacklisted an Indian spinning mill after a report on alleged child labour by the Centre

for Research on Multinational Corporations and the India Committee of Netherlands claimed five manufacturers were using child labour and subjected workers, mostly women and girls, to appalling working conditions. Needless to say the chairman of the spinning mill denied the employment of child labour and in fact claimed that both H & M and Decathlon regularly conduct their audits

at their facilities. Similar incidents surfaced in Myanmar, Cambodia, Egypt amongst other nations. A few years back Wal-Mart, the world's largest retailer, came under severe scrutiny for alleging using child labour for manufacturing in its Bangladesh suppliers facility and for another alleged youth employment violation. The U.S. Department of Labor fined Wal-Mart \$135,540.00 in civil money penalties.

Recent Update

In spite of having well drafted labour legislation in place to eradicate child labour, rescue operations to save the children have become a norm in India. Recently in New Delhi, India there were sixty-four child labourers in the age group of 12 to 17 years – who worked at local garages, hotels and other commercial establishments – who were rescued in a joint operation by the police and a local NGO and these cases will now be presented before the Child Welfare Committee to decide the future course of action.

Whilst India acknowledges the existence of child labour it simultaneously aggressively endeavours to eradicate child labour. In July 2022, in a major boost to eradicate child labour, over 14 ministries have joined hands to abolish child labour across sectors and rescue, rehabilitate and support children and their families through an all-round governmental outreach to make India "Child Labour Free". On 29 June 2022 the Parliamentary panel on labour, skills and textiles have instructed a National programme for Child Labour Free India be drawn up where the priority would be to reach out to the child with special attention

towards girl children, migrant population and schedule caste and schedule tribe children. The second priority is enforcement of laws to check child labour and to pursue "child labour free" business.

Conclusion

Child labour, though a global issue, is preventable through integrated approaches and effective enforcement of child labour eradication programmes that strengthen child protection systems. In my view, in spite of the best legal legislation to eradicate child labour, the system needs to be effectively enforced and addressed not only at an international level, but also at a grassroots level by encouraging society to collectively stand united in letter and spirit to ensure successful elimination of all forms of child labour and definitely on or before the SDG deadline of 2025. ■

Ashu THAKUR

Lawyer, Ashu Thakur & Associates Advocates & Solicitors
Mumbai, India
ashu@ataindia.co.in

To discourage child labour, the Government of India has set up a special fund called the Child and Adolescent Labour Rehabilitation Fund in every district [...].





El trabajo infantil en México

Jimena I. OLIVERA PALAZUELOS

✎ The Mexican Constitution and the Federal Labor Law set forth special provisions regarding labor of minors. The minimum legal age for work is 15 years old.

Child labor in Mexico entails different social, cultural, and economic aspects which makes evidence that poverty levels enhance their need to actively participate in the family economy, being deprived of education and a dignified childhood, which reflects that it is critical to create more and better national and international action plans and programs to improve their current social reality and a genuine commitment to them.

✎ La Constitution mexicaine et la loi fédérale sur le travail prévoient des dispositions spéciales concernant le travail des mineurs, l'âge minimum légal pour travailler étant de 15 ans.

Le travail des enfants au Mexique comporte différents aspects sociaux, culturels et économiques, qui établissent que les niveaux de pauvreté renforcent le besoin de participer activement à l'économie familiale, qu'ils sont privés d'éducation et d'une enfance digne, et qu'il est essentiel de créer des plans et des programmes d'action nationaux et internationaux plus nombreux et plus efficaces pour améliorer leur réalité sociale actuelle et manifester un véritable engagement à leur égard.

En México, no existe ordenamiento legal alguno que, de manera expresa, establezca una definición de "Trabajo Infantil". Sin embargo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ("Constitución") y la Ley Federal del Trabajo ("LFT"), determinan disposiciones específicas del trabajo de los menores de edad¹, siendo la edad legal mínima permitida los quince (15) años.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo define al mismo como todo trabajo que priva a los menores de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico².

En relación con lo anterior, tomando en consideración que los convenios internacionales son de igual forma considerados ley suprema de nuestro país, el "C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999" de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por México como Estado Miembro el 30 de junio del 2000, define de igual forma lo que debe de entenderse por la expresión "las peores formas de trabajo infantil"³, siendo estas:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la misma (venta, trata y trabajo forzoso, incluyendo el reclutamiento para conflictos armados);
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución y la realización de actividades ilícitas; y,
- c) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

A este respecto, tanto la Constitución, como la LFT, establecen la prohibición del trabajo a los menores de quince (15) años y que, a su vez, los menores de dieciocho años se dediquen a labores insalubres o peligrosas⁴, al trabajo nocturno industrial, expendio de bebidas embriagantes y a todo otro trabajo después de las diez de la noche. Asimismo, dichos preceptos legales disponen reglas especiales en cuanto a la jornada laboral, incluyendo el hecho de que estos no pueden trabajar tiempo extraordinario, entre otras.

1. En México, la mayoría de edad se considera a partir de los 18 años.

2. <https://www.ilo.org/ipec/facts/lang--es/index.htm>

3. Organización Internacional del Trabajo. Convenio 182 Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).

4. En términos de lo dispuesto por la fracción IV el artículo 175 de la Ley Federal del Trabajo, son labores peligrosas o insalubres las que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas o biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utiliza, son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores.

Para efectos de que un mayor de quince años pueda prestar sus servicios, en los términos dispuestos por las disposiciones legales aplicables, es requisito esencial que cuenten con la autorización de sus padres o tutores, o a falta de ellos, del sindicato al que pertenezcan, Tribunal Laboral, Inspector del Trabajo o Autoridad Política; sin embargo, este requisito en la práctica puede resultar escaso y falto de un verdadero sentido de control, que es lo que se pretende, por parte de las autoridades, así como contradictorio al permitir que un sindicato sea quien autorice a un menor para emprender su vida laboral, cuando en su caso, para ser miembro del sindicato, dicho menor previo a su afiliación, ya debería de prestar sus servicios personales y subordinados a un patrón. Estas deficiencias, son indicadores de una necesidad de mayor protección y garantía para los menores trabajadores.

Adicionalmente, es de cuestionarse la constitucionalidad de que la capacidad de contratarse de un menor recaiga en autoridades distintas a las que por competencia les correspondería, tal y como es el caso de que la ley lo atribuye al Tribunal Laboral, Inspector del Trabajo o Autoridad Política.

Asimismo, se condiciona el hecho de que los menores desarrollen un trabajo, a que previamente ya hayan terminado la educación básica obligatoria⁵, salvo los casos en que la autoridad laboral a quien se haya solicitado una previa autorización en este sentido determine una efectiva compatibilidad entre los estudios y el trabajo. En este caso, la autoridad, a su entera discreción, podrá aceptar o negar dicha solicitud. Lo que al igual que lo mencionado en el párrafo inmediato que antecede, existe una evidente falta de claridad en los supuestos en los cuales se debe solicitar directamente esta autorización ante la autoridad laboral, así como el proceso correspondiente a seguirse, lo cual, en la práctica común, no se solicita esta autorización ante la

misma y se constriñe únicamente a la autorización de los padres o tutores o, en muchos otros casos, no se requiere este documento como requisito esencial para la contratación, principalmente por el hecho de que en algunos supuestos los patrones no desean adquirir obligaciones adicionales con los menores y los contratan por debajo del agua.

Por otro lado, no es propio entender que toda actividad, no precisamente de carácter escolar, es considerada

como “trabajo”, por lo que es importante tener en cuenta que no se considerará como tal, ni se estará a lo dispuesto por las disposiciones legales especiales antes citadas, cuando las actividades que bajo la supervisión, el cuidado y la responsabilidad de los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad, realicen los menores de quince años relacionadas con la creación artística, el desarrollo científico, deportivo o de talento, la ejecución musical o la interpretación artística en cualquiera de sus manifestaciones, cuando se sujeten a reglas específicas.

La inclusión de los menores en el mercado laboral en México conlleva diversos aspectos sociales, culturales y económicos que reflejan, principalmente, los niveles de pobreza que realzan la necesidad evidente de que menores de edad participen activamente para tener un sustento, dejando de lado, en elevado número de manera total, la posibilidad de crecer y desarrollarse educativamente, así como se vean privados de gozar de una infancia digna.

Desafortunadamente, en muchos de los casos los menores en México, al pertenecer a grupos marginados, se ven obligados a dejar de lado la posibilidad de recibir siquiera la educación básica obligatoria y a dedicarse desde edades tempranas a distintas formas de trabajo infantil, lo que eventualmente, desde un punto de vista histórico, ha venido significando que, estadísticamente, dichos menores limitarán su proyección de vida a la vida laboral sin posibilidad de escolarizarse, dando lugar a casos de aprovechamiento inminente que impliquen explotación infantil, participación en actividades ilícitas, lo que en consecuencia, significa un problema social de suma importancia para el país.

Para conocer las distintas formas de trabajo infantil, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) con base en los datos arrojados por la Encuesta Nacional de Trabajo Infantil (ENTI) en el año 2019⁶, obtuvieron estadísticas respecto a datos nacionales del trabajo infantil en México que resultan en extremo alarmantes:

1. 3.3 millones de niños y niñas de 5 a 17 años se encontraban en condiciones de trabajo infantil, representando una tasa de 11.5%, de los cuales el 61% (2 millones) eran hombres y el 39% (1.3 millones) eran mujeres.
2. 2.2 millones de niños y niñas de 5 a 17 años se encontraban ocupados en alguna actividad económica, lo que representa el 7.5% de la población de dicho rango de edades.
3. 1.8 millones de niños, niñas y adolescentes en condición de trabajo infantil, desempeñaban ocupaciones no permitidas.

La inclusión de los menores en el mercado laboral en México conlleva diversos aspectos sociales, culturales y económicos que reflejan, principalmente, los niveles de pobreza [...].

5. Con base en lo dispuesto por el artículo 3° de la Constitución, la educación básica se conforma por la educación inicial, preescolar, primaria y secundaria.

6. Comunicado de Prensa, Núm. 343/21, Estadísticas a Propósito del Día Mundial Contra el Trabajo Infantil. Datos Nacionales. 10 de junio de 2021.

4. 1.3 realizaban exclusivamente quehaceres domésticos en condiciones no adecuadas.

Las estadísticas anteriores, obtenidas en el año 2019, son a todas luces un reflejo de la realidad económica y social que vive México, así como de las muchas acciones pendientes de ser implementadas a efectos de que, verdaderamente, se establezcan acciones contundentes a fin de garantizar a los menores una vida digna y llena de oportunidades. Sin embargo, debido a la emergencia sanitaria ocasionada por el virus Covid-19, se estima que las cifras antes citadas se hayan elevado considerablemente.

En este sentido, México ha reconocido la necesidad y su compromiso inminente para prevenir y eliminar el trabajo infantil y garantizar a los menores una infancia libre de condiciones que pongan en riesgo su desarrollo personal, social y formativo a todos los menores y salvaguardar, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, sus derechos fundamentales, por lo que en el año 2014 se reformó el artículo 123 de la Constitución a efectos de incrementar la edad mínima para la admisión en el empleo, cambiando esta de 14 a 15 años con el propósito de permitir a estos la conclusión de la educación básica, con lo cual, a su vez, el Estado Mexicano pudo ratificar el Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, en el marco de la OIT.

Por otra parte, en años recientes las Inspecciones de Trabajo por parte de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, revisan minuciosamente documentos e información relativa para verificar si en los centros de trabajo existen menores de edad laborando y, en su caso, si el patrón cumple en su integridad con las obligaciones legales correspondientes y el efectivo respeto y garantía a sus derechos. Esto significa que, es notable la intención de la autoridad laboral en verificar a través de estos procedimientos el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones laborales en los términos especiales bajo los cuales estos se deben desarrollar. Sin embargo, tendremos que esperar a los resultados que las próximas estadísticas reflejen para efectivamente determinar si dichas medidas de verificación están impactando de manera positiva en la prevención y erradicación del trabajo infantil.

Asimismo, en el año 2013 se creó la Comisión Intersecretarial para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección de Adolescentes Trabajadores en Edad Permitida en México (CITI), el cual es un mecanismo en donde se analizan y definen acciones políticas orientadas a un trabajo en conjunto del sector público, privado y social para la erradicación del trabajo infantil, bajo distintivos como "México Sin Trabajo Infantil", o "Empresa Agrícola Libre de Trabajo Infantil", entre otros.

Por su parte, en junio de 2017, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social suscribió con el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF) el Convenio de Colaboración entre ambas dependencias para la ejecución de acciones para impulsar y promover la

conceptualización y normatividad nacional e internacional sobre el trabajo decente, la inclusión, igualdad y no discriminación laboral y el respeto a los derechos humanos de las y los trabajadores, conjuntando esfuerzos y estrategias para mejorar su calidad de vida.

Es preciso señalar que la LFT no establece sanciones expresas aplicables a los patrones en caso de incumplimiento a las disposiciones relativas al trabajo de los menores, por tanto, el patrón infractor estará a lo dispuesto a los términos del artículo 1002 del mencionado precepto legal, lo cual representa una multa equivalente de 50 a 5000 veces la Unidad de Medida y Actualización⁷ (UMA).

De igual manera, el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), establece sanciones tales como aranceles o prohibición de exportación de productos, para aquellos casos en donde se acredite que en el proceso de producción hayan participado menores trabajadores.

La situación actual del trabajo infantil en México, más allá de estadísticas preocupantes y tajantes, refleja una realidad en la que resulta evidente la necesidad de proteger a los menores y brindarles un futuro lleno de oportunidades y dentro de un ambiente seguro que permita garantizar su efectivo desarrollo, para lo cual, es indispensable la creación de más y mejores planes y programas nacionales e internacionales de acción que hagan mucho más palpable un cambio en la realidad social actual y signifique un verdadero compromiso con la niñez que tiene la necesidad de participar activamente en la economía familiar. ■

Jimena I. OLIVERA PALAZUELOS
Abogada, Basham, Ringe y Correa, S.C.
México, México
jolvera@basham.com.mx

Para efectos de que un mayor de quince años pueda prestar sus servicios [...] es requisito esencial que cuenten con la autorización de sus padres o tutores.

7. La Unidad de Medida y Actualización (UMA) es la referencia económica en pesos mexicanos para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores. Por lo que respecta al año 2022, el valor de esta Unidad es de \$96.22 pesos.



**Geraldine
MOFFAT**



**Lucila
TAGLIAFERRO**

El trabajo infantil en la República Argentina: una aproximación al régimen laboral

➤ This article synthesises the principle rules currently in force in Argentina in relation to child and adolescent labor. The analysis covers not only the present local and international rules in the country, but also the roles and competences of the pertinent Labor Administrative Authorities.

➤ Cet article présente une synthèse des principales règles en vigueur en Argentine relatives au travail des enfants et des adolescents. Sont analysées non seulement les règles locales et internationales en vigueur dans le pays, mais aussi les rôles et les compétences des autorités administratives concernées en matière de travail.

1. Consideraciones preliminares

Este trabajo propone realizar una aproximación al régimen legal de la República Argentina en materia de trabajo infantil y adolescente.

Como concepto preliminar, debemos anticipar que las normas laborales argentinas prohíben el trabajo de niños, y protegen el trabajo adolescente, tal como desarrollaremos a continuación.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) explica que se considera trabajo infantil toda aquella actividad o trabajo que priva a los niños de su infancia, su potencial y dignidad y es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Es una violación de los derechos humanos básicos y fundamentales, que afectan a quienes son el cimiento futuro de una sociedad.

El trabajo infantil se caracteriza por: (i) representar un peligro para el bienestar físico, mental y moral del niño, y (ii) obstaculizar la escolarización y posterior desarrollo del menor. En efecto, la

realización de actividades laborales impide que los niños asistan a la escuela y supone que tengan que abandonar las clases de forma prematura, o se vean en la obligación de combinar sus estudios con un trabajo. Mas aún, muchos niños se ven privados de asistir a la escuela porque tienen que trabajar para colaborar con el sustento de sus familias.

Son las principales causas del trabajo infantil: la situación de pobreza, el abandono, la falta de acceso a la educación, el tráfico y/o la explotación infantil.

Todo ello se da principalmente en los países en vías de desarrollo ante la necesidad, por un lado, de contar con mano de obra barata, y por otro, la necesidad de subsistencia del niño y/o su grupo familiar.

Es fácil advertir que el trabajo infantil tiene graves consecuencias que repercuten en el correcto desarrollo físico y emocional de los niños. En casos extremos, el trabajo infantil puede representar, inclusive, la reducción a la servidumbre de los niños, la separación de sus familias, la exposición a peligros y enfermedades graves y/o su abandono.

2. Régimen laboral

La erradicación del trabajo infantil ha sido siempre un elemento central de preocupación a nivel mundial, y nuestro país no es una excepción a ello.

En la República Argentina la normativa que se refiere al trabajo de niñas, niños y adolescentes es principalmente, la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño, el Convenio 138¹ sobre Edad Mínima de Admisión al Empleo y el Convenio 182² sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y Acción Inmediata para

1. Ratificado mediante la Ley N° 24.650 del 29/05/1996.

2. Ratificado mediante la Ley N° 25.255 del 07/06/2000.

su Eliminación -ambos de la OIT-, la Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744 (la "LCT"), modificada por la Ley 26.390 de Prohibición de Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente, la Ley de Contrato de Aprendizaje, el Pacto Federal del Trabajo, y el Decreto 1117/2016 que lista los trabajos peligrosos prohibidos para las personas menores de 18 años, además de resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social relativas a la fiscalización laboral en caso de trabajo de menores y adolescentes³.

A ello se suman normas complementarias y reglamentarias, así como resoluciones y normativa de origen provincial y convencional que regulan esta problemática.

En nuestro país el trabajo de niños – entendidos por tales los menores de 16 años – se encuentra prohibido (salvo el trabajo artístico o en empresa familiar, debidamente autorizados) y desde el año 2013, por ley 26.847, se incorporó al Código Penal el artículo 148 bis⁴ que lo tipifica como un delito penal (artículo 148 bis, Código Penal). En efecto, el Código Penal reprime con prisión de 1 a 4 años a quien aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

El trabajo adolescente, por su parte, entendido como tal el que realizan los menores entre 16 y 18 años, se encuentra protegido y sujeto a una serie de recaudos establecidos por la normativa vigente.

Específicamente, la LCT al regular el trabajo de menores, los divide en tres grupos:

- **Menores de 16 años (artículo 189, LCT⁵):** es el trabajo infantil, propiamente dicho y se encuentra prohibido. En efecto, la LCT expresamente prohíbe a los empleadores ocupar a menores de 16 años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro.
- **Menores entre 16 y 18 años (artículos 32⁶, 187, y 188, LCT):** En este caso, para celebrar contratos de trabajo se requiere la autorización de sus padres, responsables o tutores. Esta autorización se presume cuando el adolescente vive independientemente de ellos. Adicionalmente, la LCT exige a los empleadores que, al contratarlos, requiera un

certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo, así como la realización de reconocimientos médicos periódicos tendientes a garantizar el debido cuidado y protección de su salud psico física.

- **Personas desde los 18 años (artículo 32, LCT):** tienen capacidad plena para celebrar contratos de trabajo.

Como ya indicamos, existen ciertas excepciones a la prohibición de trabajar, configuradas específicamente por los siguientes supuestos:

- Menores emancipados por matrimonio (artículo 35, LCT), quienes gozan de plena capacidad laboral.
- Trabajo artístico, que es todo aquel que implique la participación de niños y adolescentes como actores o figurantes en cualquier tipo de actividad donde haya exposición pública, sea en obras de teatro o cinematográficas, en radio o televisión, en grabaciones, en casting, en modelaje, en circo y en publicidad. Es legal cuando cuenta con la debida autorización especial individual otorgada por la autoridad administrativa laboral competente de la jurisdicción en la que ejercerá la actividad artística el niño/a.
- Trabajo en empresa familiar: se encuentra expresamente regulado en la LCT (artículo 189 bis) y es el previsto para las personas mayores de 14 años y menores de 16 años, ocupadas en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos: (a) que no trabajen más de tres horas diarias y hasta quince semanales; (b) que no se trate de tareas penosas, peligrosas o insalubres; y (c) que cumpla con la asistencia escolar. Cumplidos estos requisitos, la familia deberá gestionar la autorización del trabajo de su hijo/a ante la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción. Esta autorización no podrá otorgarse cuando por cualquier vínculo o acto, o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva, la empresa del padre, la madre o el tutor se encuentre subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa.

Es fácil advertir que el trabajo infantil tiene graves consecuencias que repercuten en el correcto desarrollo físico y emocional de los niños.

3. Por ejemplo, la resolución 1725/2019 del 10/10/2019 (publicada en el B.O. el 17 del mismo mes y año), que establece una serie de pautas para el caso en que un Inspector encuentre la presencia de trabajo de adolescentes durante una inspección.

4. Artículo 148 bis Código Penal: "Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta."

5. Artículo 189 LCT: "Menores de dieciséis (16) años. Prohibición de su empleo. Queda prohibido a los empleadores ocupar personas menores de dieciséis (16) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro."

6. Artículo 32 LCT: "Capacidad. Las personas desde los dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo. Las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos."

Como señalamos, el trabajo adolescente se encuentra protegido y sujeto a una serie de recaudos establecidos por la normativa vigente, principalmente en materia de jornadas, descansos y licencias por enfermedades o accidentes. En este sentido, la LCT prevé lo siguiente (artículos 187 a 195, y concordantes, (LCT):

- No podrá ocuparse a personas de 16 a 18 años en ningún tipo de tareas durante más de 6 horas diarias o 36 semanales. La distribución desigual de las horas laborables no podrá superar las 7 horas diarias. La jornada de las personas menores de más de 16 años, previa autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción podrá extenderse a 8 horas diarias o 48 semanales.

- No se podrá ocupar a personas menores de 18 años en trabajos nocturnos, entendiéndose como tales el intervalo comprendido entre las 20 y las 6 horas del día siguiente.
- Con relación a las personas menores de 18 años que trabajen en horas de la mañana y de la tarde, dispondrán de un descanso de dos (2) horas al mediodía, salvo que por la extensión de la jornada a que estuviesen sometidos, las características de las tareas que realicen, los perjuicios que la interrupción del trabajo pudiese ocasionar a los propios menores o al interés general, se autorizare la adopción de horarios continuos, con supresión o reducción de dicho período de descanso.
- Queda prohibido encargar la ejecución de trabajos a domicilio a menores ocupados en algún local u otra dependencia en la empresa.
- Queda prohibido ocupar a menores en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre.
- Las personas menores de 18 años gozarán de un período mínimo de licencia anual, no inferior a 15 días.
- En caso de accidente de trabajo o de enfermedad de un menor, si se comprueba ser su causa alguna de las tareas prohibidas a su respecto, o efectuada en condiciones que signifiquen infracción a sus requisitos, se considerará por ese solo hecho al accidente o a la enfermedad como resultante de la acción u omisión del empleador, sin admitirse prueba en contrario. Si el accidente o enfermedad obedecieren al hecho de encontrarse circunstancialmente el menor en un sitio de trabajo en el cual fuere ilícita o prohibida su presencia, sin conocimiento del empleador, éste podrá probar su falta de responsabilidad.

3. Autoridades administrativas laborales competentes

Las Comisiones Provinciales para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (las COPRETI) coordinan las actividades que se implementan en cada jurisdicción (*i.e.*, 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y son las encargadas de otorgar los permisos correspondientes a trabajo infantil artístico y en empresa familiar.

Las políticas impulsadas desde las COPRETI sintonizan con las diseñadas por la Comisión Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (la CONAETI) tanto en su contenido como en la metodología de trabajo. La CONAETI, por su parte, también trabaja de forma coordinada con las 23 Comisiones Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existentes, las cuales se crearon en el marco del convenio celebrado entre el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la CONAETI y el Consejo Federal del Trabajo

La fiscalización es una política de enorme relevancia para erradicar el trabajo infantil y la trata de personas; así como proteger el trabajo adolescente.

Desde la Dirección de Inspección del Trabajo Infantil, Adolescente e Indicios de Explotación Laboral (la

DITIAEIEL) se llevan adelante diversas acciones tendientes a fortalecer los sistemas de inspección del trabajo.

Con el objeto de proteger a los niños y adolescentes, la inspección del trabajo aborda la tarea desde dos ángulos:

1. Sancionatorio, respecto del empleador incumplidor de la normativa laboral.
2. Educativo, respecto de la infancia y la adolescencia. La finalidad es colaborar en la restitución de los derechos vulnerados a los niños involucrados a través de la articulación de acciones con las COPRETI y los servicios de promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La inspección del trabajo infantil y/ o trabajo adolescente se lleva a cabo en el marco del Plan Nacional de Regularización del Trabajo. La fiscalización puede darse en ocasión de: a) operativo programado o de rutina; b) orden de Inspección/ denuncia recibida a través de los distintos canales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

En caso de constatarse la presencia de trabajo infantil, el inspector labrará acta y remitirá una copia de ella a las administraciones laborales jurisdiccionales para que sustancien el procedimiento administrativo laboral que determinará la aplicación de sanciones pecuniarias (multas). Asimismo, enviará una nota a la COPRETI correspondiente según la jurisdicción, informando lo sucedido. Finalmente, se procederá a realizar la denuncia penal ante la justicia ordinaria (fuero penal de cada jurisdicción) por tratarse el trabajo infantil de un delito (artículo 148 bis del Código Penal).

En caso de constatarse la presencia de trabajo adolescente, el inspector labrará acta y enviará una nota a la COPRETI correspondiente según jurisdicción, informando lo sucedido. Asimismo, remitirá las actuaciones a las administraciones laborales jurisdiccionales para que intervengan en el marco de sus competencias.

Conforme a lo detallado en esta publicación, el trabajo de menores es materia de constante preocupación en la República Argentina, que ha adoptado a través del tiempo distintas medidas con el fin de erradicarlo, y controlarlo en los casos que a modo de excepción se encuentran permitidos. No obstante, sigue siendo una lamentable realidad con la que la sociedad toda tiene una deuda y consiguiente obligación de saldar.

Geraldine MOFFAT

Socia, Bruchou & Funes de Rioja
Buenos Aires, Argentina
geraldine.moffat@bruchou.com

Lucila TAGLIAFERRO

Asociada Senior, Bruchou & Funes de Rioja
Buenos Aires, Argentina
Lucila.tagliaferro@bruchou.com



Trabajo infantil en el Perú: recorrido y afianzamiento de medidas destinadas a su eliminación

Greta MONGE DEL VALLE

↘ The article discusses in general terms the progress made in domestic regulations and, in particular, Peruvian labor legislation for the eradication and elimination of different forms of child labor, with emphasis on the mechanisms for intervention through labor inspection.

↘ L'article traite en termes généraux des progrès réalisés dans les réglementations nationales et, en particulier, dans la législation du travail péruvienne pour l'éradication et l'élimination des différentes formes de travail des enfants, en mettant l'accent sur les mécanismes d'intervention à la disposition de l'inspection du travail.

La determinación de edades mínimas y máximas para el trabajo constituye una garantía para el desarrollo físico, mental y emocional de las personas, en especial, de los niños y los adolescentes, debido a la protección que les confieren los convenios y tratados internacionales, sustentada en la mayor vulnerabilidad que, desde varios puntos de vista, representa este grupo poblacional.

En el Perú, el marco legal para la protección de los derechos de los niños y los adolescentes es amplio, especialmente en lo que respecta al ámbito penal, laboral y, en los últimos años, de promoción social y dentro del entorno familiar. La legislación se ha vuelto cada vez más estricta en el sentido de sancionar conductas que -en los hechos o potencialmente- afecten el desarrollo integral de los menores de edad.

En lo que respecta al ámbito laboral, tras la ratificación de los Convenios 138¹ y 182² de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), empezaron a desarrollarse planes, políticas y diversa normativa interna para la eliminación de las distintas formas de trabajo infantil, tal es el caso

del Plan de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (aprobado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a través del Decreto Supremo No. 008-2005-TR), que estableció tres objetivos primordiales:

- (1) Luchar contra el trabajo infantil de los menores de 14 años.
- (2) Erradicar las peores formas de trabajo infantil en menores de 18 años; y
- (3) Proteger el bienestar y derechos de los adolescentes entre los 14 y 18 años.

Para abordar este asunto con más detalle se requiere tener claros ciertos conceptos preliminares sobre la calificación del trabajo infantil en el Perú, las edades mínimas permitidas, así como otros requisitos y prohibiciones establecidos en función al tipo de actividad y su nivel de peligrosidad y/o toxicidad para el desarrollo integral del menor.

Según el Código de los Niños y los Adolescentes (aprobado por la Ley No. 27337) se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta los doce años. Por su parte, se es adolescente desde los doce hasta cumplir los 18 años. Bajo esa premisa, la norma reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar con ciertos límites, mientras que respecto de los niños no se realizan mayores precisiones.

Ello nos hace presumir que existe una prohibición absoluta para el trabajo de menores de 12 años, sustentada en la protección de su integridad personal y en factores educacionales, considerando que el mismo código exige que la educación de ambos grupos (niños y adolescentes) se realice a través del sistema regular de enseñanza que no es otra cosa que acudir presencialmente a la escuela.

Por ahora, queda la duda respecto de ciertas actividades realizadas por menores de 12 años a vista de la población, por ejemplo, dentro del entorno artístico, en la publicidad, etc., más aún cuando el propio Código de los Niños y los Adolescentes señala en su artículo 19, que el estado garantiza modalidades y horarios escolares especiales que permitan a los niños y adolescentes que trabajan, asistir regularmente a sus centros de estudios.

En contraposición a la situación de los niños, la norma sí reconoce expresamente el derecho de los adolescentes

1. Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo (1973).

2. Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999).

a trabajar, siempre que no exista explotación económica; que su actividad laboral no importe riesgo o peligro; que no se afecte su proceso educativo; y que la actividad no sea nociva para su salud o su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

La legislación laboral peruana establece requisitos mínimos para el trabajo adolescente en función a la edad específica, al tipo de actividad, al horario de trabajo, a la extensión de la jornada, entre otros, que giran sobre la base de la obtención de un permiso especial. Ello aplica independientemente de la modalidad de trabajo, es decir, si la labor se realiza a domicilio, por cuenta propia, de manera independiente, o si se realiza trabajo doméstico: en todos los casos se requiere de dicha autorización administrativa.

Con relación a la edad, la norma establece ciertos mínimos relacionados estrictamente al tipo de actividad a desarrollar, siendo el mínimo por excepción los 12 años. A continuación, se muestra el detalle:

Edad mínima para laborar	Tipo de actividad
17 años	Pesca industrial
16 años	Labor industrial, comercial o minera
15 años	Labor agrícola (no industrial)
14 años	Otras modalidades.
12 años	Solo por excepción cuando: La labor no perjudique su salud y desarrollo. No se limite la asistencia al centro educativo. Permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.

La tendencia es evitar la participación de los adolescentes en actividades económicas que perjudiquen o puedan perjudicar su desarrollo integral, como es el caso de la pequeña minería y minería artesanal que se encuentran ampliamente extendidas en diversas zonas de la sierra y selva.

Es por ello que a través de la Ley No. 28992, se prohibió expresamente el trabajo de cualquier menor de 18 años en actividades relacionados a estos sectores.

La legislación ha ido avanzando en el sentido de proteger a los adolescentes no solo respecto de los riesgos tangibles (esto es, riesgos químicos, físicos, biológicos o ergonómicos), sino también respecto de aquellos

que puedan perjudicar su óptimo desarrollo moral y psicosocial, como son los trabajos en lugares de dudosa reputación; sometidos a largas horas de trabajo; sin mayor

contacto social; etc. En todos estos casos ha habido un notorio incremento de acciones de fiscalización y sanciones penales y administrativas.

Con relación al tipo de actividad, nuestra legislación cuenta además con una relación específica de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para la salud integral y moral de los adolescentes, que está dividida en función a:

- (1) **La naturaleza de los trabajos:** Aquí se encuentran los trabajos de extracción y procesamiento de minerales metalíferos o no, de manera formal o informal; trabajos con herramientas, equipos o instrumentos especiales que requieran capacitación o experiencia; trabajos de transformación de materias primas; expuestos o con contacto a sustancias químicas, tóxicas, cáusticas, capores, etc.; en altamar o bajo agua; a alturas mayores de dos metros; trabajos expuestos a ruidos; para la vigilancia y cuidado de ancianos, menores u otros que requieran protección, etc.
- (2) **Las condiciones en que aquellos se realizan:** Aquí se encuentran los trabajos en jornadas extensas (mayores de 6 horas diarias); en ausencia de medidas sanitarias; que impidan su asistencia a clases; expuestos a abusos de orden físico, psicológico o sexual; en horarios nocturnos; en la vía pública; que impidan el contacto con sus familiares o pares; entre otros.

Como veremos más adelante, nuestra jurisprudencia reconoce que la constatación de la afectación real es indistinta. Basta con que el adolescente esté expuesto a un daño potencial que proceda la sanción administrativa.

Con relación a la jornada y horario de trabajo, aquella no será mayor de cuatro horas diarias o 24 semanales en adolescentes entre 12 y 14 años. En adolescentes de 15 a 17 años, la jornada no será mayor de seis horas diarias o 30 horas semanales. En cuanto al horario, el trabajo nocturno está prohibido (entre las 19:00 y 7:00 horas), salvo autorización judicial a partir de los 15 años.

La relación laboral con un adolescente supone, además, otras exigencias como otorgar vacaciones en períodos que coincidan con las vacaciones escolares; que el adolescente cuente con una libreta de trabajo; brindar facilidades compatibles con la asistencia a la escuela; percibir una remuneración similar a los demás trabajadores en su misma categoría; ser sometido periódicamente a exámenes médicos; estar inscrito en la seguridad social; etc. Cualquier incumplimiento que represente riesgos para su vida o salud dará lugar a las sanciones correspondientes.

En el Perú, la erradicación del trabajo infantil se ha venido desarrollando no solo a través de la elaboración de planes y políticas intersectoriales, sino mediante distintas acciones que incluyen la sensibilización y comunicación para modificar patrones culturales; la investigación y estudios estadísticos sobre las principales causas; el fortalecimiento institucional; las iniciativas legislativas y, sobre todo, la aplicación de sanciones administrativas y/o penales cuya gradualidad ha ido en aumento.

Con relación a la edad, la norma establece ciertos mínimos relacionados estrictamente al tipo de actividad a desarrollar, siendo el mínimo por excepción los 12 años.

Además, en los últimos años se han creado algunos mecanismos para el reconocimiento de aquellas empresas que, como parte de su responsabilidad social empresarial, han implementado buenas prácticas para la eliminación efectiva del trabajo infantil y el buen clima organizacional, tal es el caso del “Sello Libre de Trabajo Infantil” y “Buenas Prácticas Laborales”.

En el ámbito penal, el Código Penal Peruano sanciona con pena privativa de la libertad de hasta cuatro años a quien exponga a peligro la vida o la salud de una persona que se encuentre bajo su autoridad, dependencia, vigilancia, etc., sometiéndola a trabajos excesivos, inadecuados, abusando de medios de corrección o disciplina, entre otros; siendo la pena aún mayor si existe de por medio un vínculo de parentesco o la víctima fuera menor de doce años. A ello se suman otras disposiciones para sancionar como conductas delictivas al trabajo forzoso, la ausencia de condiciones de seguridad y salud ocupacional, y otras situaciones agravadas de favorecimiento a la prostitución, mendicidad, entre otras.

En el ámbito laboral, la Autoridad de Trabajo desarrolla diversas acciones para la eliminación del trabajo infantil, especialmente, a través de una mayor fiscalización, control e imposición de sanciones administrativas que incluyen la paralización de actividades y multas que pueden alcanzar los \$ 250,000.00 soles. El incumplimiento de las disposiciones relacionadas al trabajo infantil en relación de dependencia, cualquier sea su modalidad, ha sido calificado como una de las infracciones de mayor

gravedad que se sanciona con una sobretasa adicional, lo que claramente desincentiva la comisión de estos actos.

Como ya se mencionó, la imputación de la falta no exige la constatación de un daño real pues basta la sola afectación potencial, como lo ha venido señalando el Tribunal de Fiscalización Laboral a través de distintos pronunciamientos administrativos.

Tal es el caso de una reciente resolución con la que se sancionó a un empleador por contratar a una adolescente de 15 años para trabajar en un restaurante, en una jornada nocturna mayor de seis horas diarias. Si bien la autoridad no constató ningún daño físico o emocional en la menor, confirmó la multa sobre la base de la exposición al peligro. Asimismo, el caso se puso a disposición de la Fiscalía Provincial Especializada en Trata de Personas y la Policía Nacional del Perú.

La fiscalización laboral ha seguido un proceso de especialización que parte de la calificación del trabajo infantil como una materia compleja de gran relevancia. Ello ha conllevado la conformación de grupos especializados de trabajo intersectorial; la emisión de protocolos y directivas de fiscalización; y la identificación de supuestos y sanciones más graves para las peores formas de trabajo infantil, como son: la esclavitud; la utilización, reclutamiento y oferta de niños para la prostitución o pornografía; y/o para la ejecución de otro tipo de actividades ilícitas.

Sin embargo, dichas disposiciones requieren ser revisadas continuamente a la luz de nuevas evidencias, su efectividad para combatir este tipo de situaciones y la experiencia en otros países de la región, a efectos de no incurrir en excesos puedan afectar seriamente la imagen, el patrimonio y las relaciones internas en las empresas, debido a la falta de precisión normativa sobre los supuestos que gatillan la responsabilidad, como ha ocurrido en algunos casos.

Si bien queda mucho camino por recorrer, especialmente por ser un país en desarrollo cuyas condiciones y necesidades muchas veces permiten la proliferación de este tipo de conductas, se evidencia una acción decidida por parte del Estado a través de la Autoridad de Trabajo, el Ministerio Público y otras entidades, con la finalidad de hacer frente a situaciones que entrañen un perjuicio en el desarrollo integral de los menores de edad. ■

En los últimos años se han creado algunos mecanismos para el reconocimiento de aquellas empresas que [...] han implementado buenas prácticas para la eliminación efectiva del trabajo infantil.



Greta MONGE DEL VALLE
Abogada Asociada, Rodrigo,
Elías & Medrano Abogados S.C. de R.L.
Lima, Perú
gmonge@estudiorodrigo.com



El adolescente infractor víctima de reclutamiento forzado en Colombia

Jaime Alberto SANDOVAL MESA PhD

↳ The principles of comprehensive protection and the best interests of the adolescent offender were integrated into the jurisdiction of criminal responsibility, established by Law 906 of 2006 in Colombia. In accordance with that country's reality of armed conflict, a special principle of opportunity was applied for adolescents involved in armed actions. This has different consequences for interrupting, suspending or waiving the exercise of criminal action, according to the descriptive, reflexive and hermeneutic analysis presented in this article.

↳ Les principes de protection intégrale et de l'intérêt supérieur de l'adolescent délinquant ont été intégrés dans la juridiction de la responsabilité pénale, établie par la loi 906 de 2006 en Colombie. En accord avec notre réalité de conflit armé, a été inclus un principe spécial d'opportunité pour les adolescents impliqués dans des actions armées, qui permet d'interrompre, suspendre ou renoncer à l'exercice de la poursuite pénale, conformément à l'analyse descriptive, réflexive et herméneutique présentée cet article qui suit.



Presentación

A partir de 2006 en Colombia, se estableció un nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes, mediante la ley 1098, dado el principio de interés superior que tiene por objeto su protección integral. Con la reforma de la ley 1098 de 2006, se estableció una

responsabilidad penal limitada entre 14 y 18 años con sanciones de hasta 8 años de internamiento preventivo de libertad, por delitos graves, como secuestro, homicidio etc. También mediante esta ley procede el principio de oportunidad para no ejercer la acción penal en su contra, no obstante, genera varios cuestionamientos debido al conflicto armado y al reclutamiento forzado de menores que participen en delitos en Colombia.

Elementos de discusión del reclutamiento y la situación de los adolescentes infractores

En Colombia los adolescentes reclutados forzosamente obedecen a una realidad de más de 70 años de conflicto armado, consistente en graves violaciones y crímenes que se han presentado en su contra, conforme a la legislación del Derecho Internacional Humanitario -4 Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977-, del derecho penal internacional -Estatuto de Roma de 1998 art. 8°- y del propio derecho penal interno -Título II Código Penal Colombiano - Ley 599 de 2000- (Sandoval Mesa Jaime A. 2022,). Frente a estos límites y con ocasión del proceso de paz vigente en la actualidad, en virtud de los acuerdos de 24 de noviembre de 2016, celebrados entre el Gobierno Nacional y el grupo desmovilizado de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), se analiza el papel del Estado frente a esta problemática,

en particular de miembros desmovilizados que aún son adolescentes y otros que lo fueron. Así mismo debido a su reclutamiento forzado, en el cual fueron obligados a servir en la guerrilla y a participar en delitos, cuáles son las consecuencias y medidas especiales para ellos.

Principio de oportunidad. La situación especial del adolescente infractor

Para los adolescentes infractores entre 14 años y 18 años que fueron reclutados forzosamente y cometieron crímenes, tienen un principio de oportunidad especial que implica interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal, toda vez que fueron víctimas de un crimen internacional y por ende de la coerción de su voluntad para participar en el grupo armado ilegal.

En la Ley 1098 de 2006, se establece una respuesta penal que permite la aplicación de medidas alternas a la sanción, para el adolescente infractor, en términos del principio de oportunidad. Se trata de medidas de consenso, centradas en la prevención que tienden más a la rehabilitación, aspecto que se enfoca más en las medidas no judiciales, regidas por las posibilidades de oportunidad y educación del adolescente (Pavajeau Gómez, 2007, pp. 265 y 266).

En el sistema de adultos, el principio de oportunidad, las negociaciones y preacuerdos, se establecieron para lograr medidas alternas para dar solución a los conflictos originados por la comisión de los delitos (Libro III, Título II, de la Ley 906 de 2004- artículo 348 y siguientes del C.P.P.). Todo ello sin sacrificar el concepto de justicia, pues se establece un mínimo cumplimiento de obligaciones mediante la reparación integral de perjuicios, originada por las negociaciones realizadas entre la Fiscalía general de la Nación (Fiscales) y el imputado, para la definición del caso.

En el sistema penal de adolescentes, no son permitidos los preacuerdos ni las negociaciones (artículo 157 Ley 1098/2006) sin embargo, el principio de oportunidad sí procede, bajo determinadas condiciones. Mediante el principio de oportunidad el Fiscal puede suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, procedimiento que se realiza con el imputado, bajo control de legalidad ante el juez de control de garantías. Proceden recursos si hay desacuerdo frente a la decisión o los elementos probatorios que la sustentan. Eso lo puede realizar el Ministerio Público y la víctima (Sentencia C-209 de 2007, Corte Constitucional).

El principio de oportunidad se establece en el código de procedimiento penal colombiano (Ley 906 de 2004) en armonía con el sistema de responsabilidad penal adolescente (Ley 1098 de 2006), que le adicionó ciertas condiciones especiales atendiendo la calidad de los autores. El principio de oportunidad se debe fundamentar en elementos materiales probatorios que demuestren el comportamiento del adolescente (14-18 años) en el

delito. Si existe duda en este aspecto, no se puede aplicar el principio de oportunidad y no procede la acción penal en virtud de la presunción de inocencia. (Tirado Acero Misael & Sandoval Mesa Jaime Alberto, 2013).

El ejercicio del principio de oportunidad. Los casos del reclutamiento forzado

En relación con las causales previstas en el procedimiento penal para adultos (Ley 906 de 2004) conforme al Art. 174 de Ley 1098 de 2006, el fiscal puede aplicar de manera preferente el principio de oportunidad en los casos que sean pertinentes para los adolescentes, decisión que tiene el control de legalidad ante el Juez de control de garantías. Si el Juez de control de garantías considera que existen riesgos para la vida del adolescente o su familia, puede adoptar medidas de protección integral, conforme a los reglamentos establecidos tanto en la fiscalía general de la Nación y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entidad vinculada al sistema. (Tirado Acero Misael & Sandoval Mesa Jaime Alberto, 2013).

Frente al reclutamiento forzado, los adolescentes víctimas de este delito tienen un principio de oportunidad especial, cuando han sido miembros de grupos armados ilegales y procede salvo en casos de participación del adolescente en crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra conforme a la CPI. Esta condición además es protegida por el código penal colombiano (Ley 599 de 2000) que establece la conducta de reclutamiento ilícito comprendida en el art. 162, dada su condición no sólo de víctima del delito sino también de persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, sobre todo porque son obligados a participar en hostilidades o acciones armadas. (Tirado Acero Misael & Sandoval Mesa Jaime Alberto, 2013).

Según el artículo 175 de la ley 1098 de 2006, se debe establecer que la pertenencia del adolescente al grupo ilegal se dio en circunstancias de marginalidad social que no le permitían otra alternativa; que el menor carecía de orientación suficiente para evitar su vinculación; también que el menor consideraba de mayor valor su pertenencia o su vinculación fue producto de coerción amenaza etc. Los adolescentes beneficiados por este principio deben ingresar a programas especiales para su reintegro a la sociedad mediante programas diseñados por las instituciones del sistema (ICBF). (Tirado Acero Misael & Sandoval Mesa Jaime Alberto, 2013).

El principio de oportunidad se debe fundamentar en elementos materiales probatorios que demuestren el comportamiento del adolescente (14-18 años) en el delito.



Conclusiones

El principio de oportunidad procede en el sistema penal para adolescentes, bajo las causales que sean procedentes según sus casos particulares. En el caso de adolescentes excombatientes existen medidas especiales que le permiten al Estado no someterlo al proceso, para evitar su doble victimización. No obstante, en los casos de crímenes internacionales, si bien las medidas de la ley 1098 de 2006 (SRPA), pueden ser ejercidas dado que no procede el principio de oportunidad, lo cierto es que conforme con el acuerdo de paz de 2016, los adolescentes infractores podrían ser beneficiados con medidas de amnistía bajo su protección inmediata en las zonas de integración creadas para tales efectos.

En el momento el asunto apenas se encuentra en discusión en la jurisdicción especial para la paz (Acuerdos de paz de 24.11.2016) y el proceso en tal virtud, se encuentra en actividades destinadas a probar la verdad sobre los móviles del reclutamiento y las cifras de menores reclutados en particular por las FARC.

Los adolescentes reclutados y los casos especiales de su participación se están recibiendo de manera aislada en el Sistema de Responsabilidad penal para adolescentes (Ley 1098 de 2006), asunto que requiere de acciones coordinadas con la jurisdicción especial para la paz, para lograr un diagnóstico acertado del problema.

Sin embargo, las soluciones residen en los beneficios de amnistía que seguramente se requieren para estos adolescentes junto con los programas de reintegración social específicos en cada caso particular. ■

Jaime Alberto SANDOVAL MESA PhD

*Profesor Facultad de Derecho
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá Colombia
jaisandoval@yahoo.com*

Referencias

- Colombia, Ley 1098 de 2006.
- Colombia, Sentencia C-209 de 2007, Corte Constitucional.
- Misael Tirado Acero & Jaime Alberto Sandoval Mesa, 2013, *Fundamentos socio jurídicos en materia penal del adolescente infractor frente al fenómeno del reclutamiento forzado*, Revista IUSTA, 1(38),81-99. [Fecha de Consulta 15 de Junio de 2022].
- Misael Sandoval Tirado Acero & Jaime Alberto Sandoval Mesa, 2013. Jaime Alberto Mesa, 2022, *Manual de Derecho Penal Internacional*. Edit. Tirant Lo Blanch. Bogotá D.C. Colombia.
- Pavajeau Gómez, C. A. 2007, *La oportunidad como principio fundante del proceso penal para adolescentes*. Bogotá: Nueva Jurídica.



**Emilio
GARCÍA MÉNDEZ**



**Sebastián
VÁZQUEZ**

"Los menores" y la cuestión penal en América Latina: la anomalía argentina

El presente artículo propone un análisis crítico de la situación de la infancia en América Latina, con especial énfasis en las contradicciones que presentan las situaciones Argentina y Uruguay. Este análisis parte de los problemas vinculados a la implementación de los sistemas de responsabilidad penal juvenil en la región.

↘ This article proposes a critical analysis of the situation of children in Latin America, with special emphasis on the contradictions presented by the situations in Argentina and Uruguay. This analysis is based on the problems related to the implementation of juvenile criminal responsibility systems in the region.

↘ Cet article propose une analyse critique de la situation des enfants en Amérique latine, avec un accent particulier sur les contradictions que présentent les situations en Argentine et en Uruguay. Cette analyse est basée sur les problèmes liés à la mise en œuvre des systèmes de responsabilité pénale des mineurs dans la région.

La inclusión del término menor en el título de este artículo es deliberada. Después de muchos años de una batalla cultural para eliminar, por su carácter estigmatizante y discriminatorio, conceptos como este, lo re proponemos ahora, como una forma provocativa de pedagogía.

La utilización de términos como niños y adolescentes de acuerdo con la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), ha sido banalizada y desvirtuada por la superficialidad de lo políticamente correcto. De esta manera, el uso de estos términos lejos de funcionar como un elemento disuasivo de las peores prácticas tutelares,

ha tenido paradójicamente una función legitimadora de las mismas.

Bajo la marea arrolladora de lo políticamente correcto, también la cuestión de la infancia ha perdido espesor y densidad. Los discursos laudatorios de ocasión adquirieron cierta exclusividad y pareciera que están en vías de convertirse en hegemónicos.

La condición de la infancia no solo está amenazada por el atraso jurídico (particularmente en la Argentina) y el deterioro de las condiciones materiales, sino que también lo está por la banalidad de los enfoques predominantes. Hasta la década de los noventa del siglo pasado, esta tarea estuvo en manos del menorismo tradicional y hoy, de su continuación jurídico-cultural: el neomenorismo en sus múltiples versiones¹.

Este texto puede y debe ser visto como una contribución al necesario análisis crítico de la cuestión de la infancia en América Latina.

1. Con el concepto de menorismo nos referimos a las prácticas tutelares represivas que imperaron en América Latina desde el comienzo del siglo XX hasta la aparición de la Convención internacional de los derechos del niño en 1989. Con el concepto de neomenorismo aludimos a aquellos discursos y prácticas que posteriores a las reformas jurídicas e institucionales originadas por la CIDN, han reaccionado afirmando que se estaba yendo demasiado lejos o demasiado rápido en la consideración de niños y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos. El debate en torno a la responsabilidad penal juvenil (discrecionalidad vs. garantías) resulta particularmente apropiado para entender este concepto.

La historia de los derechos de la infancia ha demostrado que toda transformación jurídica e institucional que no marche en el sentido de los intereses corporativos, se encuentra sometida a enormes presiones y a amenazas de retrocesos.

Un pacto implícito entre la "mano dura" y el "tutelarismo neomenorista", pareciera perfilarse, en América Latina, en el horizonte de las "soluciones" destinadas a salir de esta doble crisis.

Desde el momento mismo de su creación, a partir de la CIDN, los sistemas de responsabilidad penal juvenil (SRPJ) en América Latina, se encontraron sometidos a una doble y heterogénea presión: de un lado por los partidarios de la "mano dura" para los cuales, aún en condiciones ideales de funcionamiento, los SRPJ resultan demasiado blandos para enfrentar a la siempre sobrevaluada criminalidad de los menores y del otro,

por parte de un "progresismo" tutelarista (el neomenorismo) que los considera *a priori* demasiado duros para enfrentar a los siempre subvaluados hechos delictivos atri-



buidos a los menores de edad. Hechos, invariablemente remitidos, en forma casi siempre automática y nebulosa, a vagas condiciones estructurales.

Darle a este problema su justa dimensión, empezando por lo cuantitativo, se convierte de hecho en la base imprescindible para debatir seriamente sobre el estado actual de los derechos de la infancia.

En América Latina, la existencia de información cuantitativa confiable sobre estos temas, aunque no es condición suficiente para nada, resulta al mismo tiempo absolutamente imprescindible para empezar a discutir con profundidad y fundamento los derechos de la infancia. En

este sentido, el número de los privados de libertad en un país o provincia, sin constituir ninguna prueba irrefutable o concluyente, constituye un indicador interesante de tendencia que bastante dice acerca del enfoque que todo Estado democrático de derecho debe adoptar frente a una cuestión compleja como esta, que involucra a los tres poderes que lo constituyen.

El número relativo de los privados de libertad en un país, permite en principio establecer si el sistema penal juvenil en cuestión se utiliza, legítimamente, como una respuesta seria del Estado a los delitos graves que cometen los menores de edad (tal como lo dispone la CIDN) o, si por el contrario, la privación de libertad se utiliza como una forma de política social reforzada para enfrentar, erróneamente, uno de los más graves problemas sociales contemporáneos: los adolescentes pobres que, especialmente en las periferias urbanas, no estudian ni trabajan.

Tal vez el mejor ejemplo de este uso dicotómico del sistema penal juvenil puede encontrarse en un análisis comparativo entre dos países que no sólo resultan cuantitativa y cualitativamente comparables, sino que además poseen (excepcionalmente en la región) una larga tradición de información cuantitativa confiable: Costa Rica y Uruguay. Junto a estos dos casos, la "anomalía argentina" parece constituir una tendencia preocupante que resulta necesario analizar.

Mientras que en el caso de Uruguay una legislación en apariencia más benigna (5 años es el periodo máximo de privación de libertad contemplado en la ley) arroja un número alto de menores de edad privados de libertad², en Costa Rica una legislación mucho más rigurosa (15 años es el período máximo de privación de libertad) arroja un número significativamente menor³. La explicación parece remitir en términos generales a la dicotomía anteriormente mencionada acerca de los diversos "usos" del sistema penal juvenil.

Además, en el caso de Costa Rica una defensa pública rigurosa, que no padece ninguna crisis de identidad (jamás se piensa como mero colaborador del Juez), contrasta con la fragilidad de la misma en el caso de Uruguay.

2. Según información actualizada del Observatorio de INISA para la Mesa Interinstitucional de Indicadores de Justicia Penal Juvenil, órgano encargado de la ejecución de la privación de libertad de menores de edad en Uruguay, se encuentran actualmente 285 personas menores de edad privadas de libertad.

3. Según información actualizada del Ministerio de Justicia y Paz, órgano encargado de la ejecución de la privación de libertad de menores de edad en Costa Rica, a través del control de los centros de detención de personas menores de edad que realizan los jueces penales juveniles, se encuentran actualmente 52 personas menores de edad privadas de libertad. Estas diferencias en el número y la proporcionalidad de los menores de edad privados de libertad en Uruguay y Costa Rica se mantienen invariablemente para el caso de los jóvenes adultos de ambos países. Queremos llamar la atención que la información proporcionada aquí respecto de Costa Rica y Uruguay no sólo es exacta y rigurosa, sino que además se encuentra actualizada al momento del cierre de este artículo.

Un estudio más profundo sobre la incidencia del funcionamiento real de la defensa pública en el número final de los privados de libertad espera todavía por su autor tanto en el caso de los países mencionados, como en el resto de América Latina.

Por otra parte, un cada vez menos sutil hilo conductor parece unir el retribucionismo hipócrita de posiciones pan-penalistas (aquellos que creen que el derecho penal constituye el mejor instrumento para resolver los problemas sociales), con el paternalismo ingenuo de extraños abolicionistas criollos (abolicionistas de las garantías, pero no de la privación de libertad) que pululan también en nuestros países.

No otro ha sido y es, el punto de encuentro entre ambos, que el rechazo a la consideración de los adolescentes como verdaderos sujetos de derecho.

Una doble crisis parece amenazar a los SRPJ en América Latina, por un lado, una crisis de implementación resultado de la negativa a dotar de presupuestos y recursos humanos adecuados a su nueva institucionalidad. Esto ha potenciado una ulterior crisis de *interpretación*. Este es el resultado de intentar operar legislaciones de corte garantista, con la discrecionalidad de las viejas leyes de menores.

Un pacto implícito entre la “mano dura” y el “tutelarismo neomenorista”, pareciera perfilarse, en América Latina, en el horizonte de las “soluciones” destinadas a salir de esta doble crisis. Un pacto, con una curiosa sustentación que no es otra que el rechazo de la propuesta contenida en los SRPJ, tal como estos fueron inicialmente concebidos.

No importa que este rechazo se deba a la “lenuidad” de los SRPJ, para los partidarios de la mano dura, o a su “dureza”, para el caso del neomenorismo. En el fondo, el rechazo a la consideración de los adolescentes como sujetos responsables (que engendran a su vez responsabilidad en quien los interpela), constituye el extraño motivo de unión y alianza entre dos perspectivas que se piensan – como se ve erróneamente – en las antípodas.

Una peligrosa tendencia disfrazada de sordo consenso y que involucra a toda la región de América Latina, parece comenzar a tomar forma: entregar a los mayores de 16 años al sistema penal de adultos a la par que consolidar la vuelta al más crudo tutelarismo discrecional para los menores de 16 años.

Esta peligrosa tendencia regional parece coincidir asombrosamente, en su contenido concreto, con el modelo que la dictadura militar argentina anudó en la materia en 1980 (decreto 22.278 Régimen Penal de la Minoridad).

Este régimen penal de la minoridad que lleva la firma de Jorge Rafael Videla y que está vigente 42 años después de su aprobación, prevé el tratamiento como adultos de los mayores de 16 años y la discrecionalidad represiva, que no excluye la privación de libertad para los menores



de esa edad, que el propio decreto designa como no punibles⁴.

Resulta curioso que Uruguay y Argentina representen en el contexto regional, y en un aspecto en particular, los dos extremos en que se debate hoy la cuestión penal juvenil en la región. En todos los países de América Latina sin excepción, la inseguridad resulta percibida como uno de los principales motivos de preocupación social. Pero hasta aquí llegan, sin embargo, las semejanzas.

Mientras que en Uruguay⁵ y con mayor o menor intensidad en el resto de los países de la región, con la excepción de la Argentina, la inseguridad parece ser responsabilidad exclusiva de los menores de edad, bien diversa es la situación en la Argentina. En Argentina, en términos comparativos dentro de la región, la participación de los menores de edad en hechos delictivos genera poca

4. Para un análisis también histórico de la génesis sentido y aplicación concreta de este Régimen Penal de la Minoridad, cfr. *Historia y Futuro de la cuestión penal juvenil en Argentina* de Tejedor a Videla, Emilio García Méndez, Sebastián Vázquez, Romina Otero, Didot, 2018.

5. El 26 de octubre de 2014 se realizó en Uruguay el plebiscito para bajar la edad de imputabilidad mediante una consulta popular y se votó junto con las elecciones presidenciales y parlamentarias. El plebiscito pretendía bajar la edad de imputabilidad penal de 18 a 16 años, esto es, ingresar a los adolescentes de 16 años al sistema penal de adultos, pero no alcanzó los votos suficientes para ser aprobada.

o ninguna reacción social específica, ni mucho menos pedidos de endurecimiento de las penas.

Las coyunturas electorales resultan particularmente apropiadas para entender esta singularidad en el contexto regional: se trata de la anomalía argentina.

En la Argentina los menores de edad no parecen ser una variable significativa que se deba tomar en consideración cuando no referimos al problema de la inseguridad. La alarma social en Argentina (que existe y es intensa) parece resultar indiferente en relación con la edad de los autores de los hechos delictivos. En todo el resto de los países de la región la situación aparece mucho más cercana a la de Uruguay que a la de Argentina.

La respuesta al interrogante en relación con esta discrepancia entre Uruguay (en forma exacerbada) y el resto de

Cuando el Estado no da respuestas serias, la sociedad tiende a dar respuestas brutales.

los países de la región de un lado y Argentina del otro, parece simple, aunque no evidente: las fuerzas objetivamente más regresivas de la región impulsan en América Latina en forma abierta o solapada la misma "solución" que la propuesta por

la dictadura argentina a fines del siglo pasado en materia de régimen penal de los menores de edad.

En el caso de Argentina, sería incomprensible la producción de una alarma social destinada a obtener justamente algo que ya existe: la imputabilidad penal plena (vía la discrecionalidad judicial) a partir de los 16 años.

Parece existir en América Latina un desordenado debate en la materia que posee como telón de fondo la doble crisis de implementación e interpretación aludida. Un debate donde, por un lado, los partidarios de la mano dura proponen la baja de edad de la imputabilidad a los 16 años, mientras que el paternalismo ingenuo se abroquela pura y exclusivamente en la negativa a reducir la edad de la imputabilidad, como única respuesta a una situación eminentemente compleja.

En este contexto hemos asistido a reformas parciales en países como Brasil, Panamá, Uruguay, Costa Rica, Colombia, Ecuador y Chile, destinadas a desnaturalizar la esencia de la responsabilidad penal juvenil. Una esencia que no debería constituir otra cosa que la correcta articulación de la severidad propia de un SRPJ, con la justicia propia de un sistema de garantías.

Cuando el Estado no da respuestas serias, la sociedad tiende a dar respuestas brutales.

Se trata de un concepto de "justicia" que lejos de remitir a vagas abstracciones filosóficas, implica mantener y reforzar los contenidos más elementales del debido proceso. Nos encontramos, sin mucha dificultad para entenderlo, frente a una verdadera encrucijada que remite a los usos posibles de los sistemas penales juveniles.

A menos que algunos (neomenoristas) estén apostando subrepticamente a una "derrota" de los SRPJ, no resulta muy claro cómo y por dónde romper este círculo vicioso.

Si afortunadamente la trágica experiencia de las dictaduras nos ha enseñado que los problemas de la democracia solo se solucionan con más democracia, todavía no les resulta claro, ni a los gobiernos de la región ni a muchas organizaciones de la sociedad civil que trabajan por los derechos de la infancia, que los problemas de los SRPJ se solucionan potenciando sus aspectos positivos y no mutilando sus mejores logros.

Un verdadero SRPJ jamás será un instrumento apto por sí solo para "resolver" la delincuencia juvenil; para ello están los diversos niveles y tipos de las políticas sociales. Un SRPJ está destinado exclusivamente (lo que pareciendo poco es una verdadera enormidad si se lograra), a administrar en forma transparente, democrática y racional los conflictos de los menores de edad con la ley penal.

En una sociedad decente y democrática una respuesta sensata y racional a las violaciones, sobre todo graves, a la convivencia social, constituye una contribución esencial al fortalecimiento de la vida democrática.

Anoto aquí algunos de los elementos para el debate destinado a evitar la reducción de la edad de la imputabilidad y a sacar a los SRPJ del pantano donde parecen encontrarse y donde además algún "fuego amigo", quisiera verlos.

Un incremento razonable de las penas para los delitos más graves para la franja de 16 a 18 años (especialmente en el caso del Brasil donde la privación de libertad máxima es de tres años), un uso taxativo y riguroso, normativamente establecido, de la privación de libertad, un incremento de la edad de la responsabilidad penal a los 14 años (allí donde como en Brasil – 12 – y Uruguay – 13 – está fijada una edad menor), el fortalecimiento real de la defensa pública para evitar el uso distorsionado de la privación de libertad, el aumento del control y la eficiencia policial y la expansión de las medidas no privativas de libertad, son algunas de las medidas que se deben adoptar antes que sea demasiado tarde, es decir, antes que la reducción de la edad de la imputabilidad se instaure definitivamente en toda la región.

En otras palabras, antes de que la anomalía argentina se transforme en hegemónica y mayoritaria. ■

Emilio GARCÍA MÉNDEZ

Presidente, Fundación Sur Argentina
Buenos Aires, Argentina
emilionuevo@gmail.com

Sebastián VÁZQUEZ

Fundación SUR Argentina
Buenos Aires, Argentina
EMAIL

Nota : Agradecemos a Ernesto Blanck la invaluable colaboración brindada para la producción de este artículo.



Minors on Anti-Doping in Sport

Yoshihisa HAYAKAWA

↳ Lors des Jeux Olympiques d'hiver de Pékin en 2022, la sanction préliminaire contre une patineuse artistique de 15 ans a été levée par le Tribunal arbitral du sport (TAS). La substance interdite trouvée dans l'échantillon prélevé sur elle étant classée dans la catégorie des substances non spécifiées, une suspension provisoire avait dû être automatiquement imposée à l'athlète. Les membres du TAS ont toutefois estimé que la protection des mineurs selon les dispositions applicables était imparfaite et que le «silence» devait être interprété comme une «lacune» ou un «manquement» à combler ou à corriger. En réponse à la décision du TAS, l'Agence mondiale antidopage (AMA) a fait valoir que les dispositions étaient soigneusement conçues et que le «silence» devait être interprété tel quel. Un meilleur équilibre dans le traitement des mineurs en matière de lutte contre le dopage est encore à l'étude.

↳ En los Juegos Olímpicos de Invierno de Pekín 2022, el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) levantó la sanción preliminar contra una patinadora artística de 15 años. Dado que la sustancia prohibida encontrada en su muestra estaba clasificada como sustancia no especificada, debía imponerse automáticamente a la atleta una suspensión provisional. El panel del TAS consideró, sin embargo, que la protección de los menores en las disposiciones pertinentes era imperfecta, y que el «silencio» debía entenderse como una «laguna» o «fallo» que debía ser llenado o corregido. En respuesta a la decisión del TAS, la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) argumentó que las disposiciones estaban cuidadosamente diseñadas y que el «silencio» debía interpretarse como tal. Todavía se está estudiando un equilibrio más deseable para el tratamiento de los menores en materia de antidopaje.

I. Introduction – Valieva Case in 2022

At the beginning of 2022, the subject of anti-doping rules and how violations apply to minors in sport was seriously discussed as the result of a case that reverberated around the world.

An athlete, Kamila Valieva, who was a 15-year-old Russian figure skater, participated in the XXIV Olympic Winter Games in 2022 at Beijing as a member of the Russian Olympic Committee (ROC) delegation. On 7 February 2022, she partook in the Team Event of the Figure Skating as a member of the team of ROC. She won first place in the Free Skating of the Women Single Skating of the Team Event, which significantly contributed to the first place of the ROC team.

On the same day, an adverse analytical finding was issued by a doping control laboratory in Stockholm for the presence of *trimetazidine* in Valieva's urine sample, which is a "Prohibited Substance" under the World Anti-Doping Code (WADC). The sample was collected from her on 25 December 2021 at the 2022 Russian National Figure Skating Championships held in Saint Petersburg and then delivered to the doping control laboratory in Stockholm on 29 December 2021. Due to the COVID-19 pandemic, however, the doping control laboratory lacked enough human resources for the speedy analysis of samples and the issuance of the relevant adverse analytical finding was seriously delayed.

Trimetazidine is characterized as a "Non-Specified Substance" under WADC, for which a provisional suspension will be automatically imposed upon the athlete unless the provisional suspension is set aside by the decision-making body. Valieva was about to participate in the Women Single Skating Event, which was scheduled to be held on 15 and 17 February 2022. In fact, on 8 February 2022, responding to the relevant adverse analytical finding, the Russian Anti-Doping Agency (RUSADA) notified her that she had been provisionally suspended.

On 9 February 2022, by the request of Valieva, a provisional hearing was held before the Disciplinary Anti-Doping Committee in Russia, as the first-tier decision-making body. The Disciplinary Anti-Doping Committee reviewed the materials presented during the hearings and lifted the provisional suspension imposed by RUSADA.

Immediately after the decision, the International Olympic Committee (IOC), World Anti-Doping Agency (WADA), and the International Skating Union (ISU) appealed to the Court of Arbitration for Sport (CAS) asking that it set aside the decision for her suspension.

II. Anti-Doping Rules to be Applied

1. Provisions for Provisional Suspension

The issue in dispute before CAS was whether the provisional suspension imposed upon Valieva should have been lifted. The relevant provisions of WADC (effective from 1 January 2021) in relation to the provisional suspension against a suspected athlete are Article 7.4.1 and Article 7.4.2.

Article 7.4.1 refers to “Mandatory Provisional Suspension.” It provides that

when an adverse analytical finding is received for a prohibited substance, other than a “Specified Substance,” a provisional suspension shall be imposed promptly upon or after the review and notification required.

Article 7.4.2 refers to “Optional Provisional Suspension.” It provides that a

provisional suspensions may be imposed for anti-doping rule violations not covered by Article 7.4.1 prior to analysis of the athlete’s B sample or final hearing.

In short, prohibited substances are divided into two categories: “Non-Specified Substances” and “Specified Substances.”

In short, prohibited substances are divided into two categories: “Non-Specified Substances” and “Specified Substances.” If the prohibited substance found in an athlete’s sample is a non-specified substance, pursuant to Article 7.4.1 of WADC, a provisional suspension will be automatically imposed upon

the athlete. If the prohibited substance found in an athlete’s sample is a specified substance, pursuant to Article 7.4.2 of WADC, a provisional suspension will be imposed as an optional one.

In this case, a prohibited substance found in Valieva’s sample was *trimetazidine*. The prohibited substance was clearly categorized as a non-specified substance. The provisional suspension was automatically imposed upon her according to these provisions of WADC.

2. Provisions for Minors

At the same time, the case had a specific feature: the suspected athlete was 15 years old. In this regard, there were (and remain) other relevant provisions.

Appendix One of WADC defines

“Protected Person” as an athlete who at the time of the anti-doping rule violation: (i) has not reached the age of sixteen (16) years; (ii) has not reached the age of eighteen (18) years and is not included in any Registered Testing Pool and has never competed in any international event in an open category; or (iii) for reasons other than age has been determined to lack legal capacity under applicable national legislation.

Furthermore, Article 10.6.1.3 refers to “Protected Persons.” It provides that, where the anti-doping rule violation is committed by a Protected Person and the Protected Person can establish no significant fault or negligence, then the period of ineligibility shall be, at a minimum, a reprimand and no period of ineligibility, and at a maximum, two years ineligibility, depending on the Protected Person’s degree of fault.

Minors are defined as “Protected Persons” in WADC. Valieva had competed in many international figure skating events. However, she had not reached the age of sixteen years at the time, which meant that she was characterized as a “Protected Person.” It also meant that the final sanction against her had to be, at a minimum, a reprimand and no period of ineligibility, and at a maximum, two years ineligibility.

It is noteworthy that, if the prohibited substance found is a non-specified substance, then the sanction against an athlete other than Protected Person is much more severe. Article 10.6.1.1 refers to “Specified Substances.” It provides that, where the anti-doping rule violation involves a specified substance, and the athlete can establish no significant fault or negligence, then the period of ineligibility shall be, at a minimum, a reprimand and no period of ineligibility, and at a maximum, two years of ineligibility, depending on the athlete’s degree of fault.

Even if the athlete other than Protected Person can establish no significant fault or negligence, the reduction of the sanction will be allowed only for the case of specified substances. For the case of non-specified substances, including *trimetazidine*, the reduction of the sanction cannot be allowed unless the athlete is a “Protected Person.”

It is also significant that there is another different treatment between the case for a Protected Person and the case for an athlete other than Protected Person.

Appendix One of WADC refers to “No Significant Fault or Negligence.” It provides that the athlete must establish that any fault or negligence was not significant in relationship to the anti-doping rule violation. And provides that, except in the case of a Protected Person, the athlete must also establish how the prohibited substance entered the athlete’s system.

The last obligation is not required for Protected Persons seeking the reduction of the sanction in light of no significant fault or negligence. The same treatment also exists in Article 10.5, which is the provision of the elimination of the sanction in case of no fault and negligence.

On the other hand, there is no specific provision of the exceptional treatment for Protected Persons in light of the provisional sanction. Is there any room for interpretation of the provisions mentioned above in order to exceptionally treat the provisional sanction against a Protected Person? This was the issue in dispute before CAS in this case.



III. CAS Decision

On 14 February 2022, an arbitral panel, which had been constituted at the Ad Hoc Division of the CAS during the XXIV Olympic Winter Games in 2022 at Beijing, finally issued a decision which rejected the applications filed by IOC, WADA, and ISU against the Decision of the Disciplinary Anti-Doping Committee in Russia. On 17 February 2022, an award with grounds was issued by the arbitral panel.¹ It held from Para 173 to 202 as follows:

i. *“The comment to the definition of Protected Person in the WADC 2021 states the purpose of this definition (appearing at footnote 127):*

“[Comment to Protected Person: The Code treats Protected Persons differently than other Athletes or Persons in certain circumstances based on the understanding that, below a certain age or intellectual capacity, an Athlete or other Person may not possess the mental capacity to understand and appreciate the prohibitions against conduct contained in the Code.”

1. (CAS OG 22/08 IOC v. RUSADA / CAS OG 22/09 WADA v. RUSADA & Kamila Valieva / CAS OG 22/10 ISU v. RUSADA, Kamila Valieva & ROC) (https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/OG_22_08-09-10_Arbitral_Award_publication_.pdf).

- ii. *“Under the WADC 2021, Protected Persons are mentioned in no less than 10 Articles or Definitions.”*
- iii. *“It is clear by these mentions that the WADC 2021 intends to give special treatment to Protected Persons like the Athlete here.”*
- iv. *“The RUSADA Anti-Doping Rules and the WADC are silent with respect to Provisional Suspensions imposed on Protected Persons, while the several above-specified provisions provide for different standards of evidence and lower sanctions in the case of Protected Persons.”*
- v. *“The WADC 2021 revised the Provisional Suspension rules. Under WADC 2021 Article 7.4.1 (equivalent to Russian ADR Article 9.4.1), mandatory Provisional Suspensions only apply to adverse analytical findings for prohibited substances other than Specified Substances. Those testing positive for Specified Substances are subject to optional Provisional Suspensions.”*
- vi. *“Because she is a Protected Person, and this is highly relevant in this particular case, Ms Valieva is potentially subject to a minimum possible sanction of a public reprimand in the event she could establish No Significant Fault or Negligence. The WADC does not provide an exemption to a mandatory Provisional Suspension for a non-specified substance used by a Protected Person even though the ultimate sanction range for the Protected Person is the same as for other categories of athletes who can avoid a mandatory Provisional Suspension. Put differently, as a Protected Person, Ms Valieva is subject to the same ultimate sanction as other athletes who avoid a mandatory Provisional Suspension. But only Protected Persons can potentially receive a public reprimand and no period of ineligibility and yet be subject to a mandatory Provisional Suspension preventing them from competing for months while their case is being handled. This different and harsher treatment for Protected Persons is inconsistent with the oft-expressed intent of the Code drafters to make the Code apply more leniently and flexibly to Protected Persons in light of their age and inexperience, and their diminished responsibility for rule violations.”*
- vii. *“Exempting older athletes from mandatory Provisional Suspensions in most instances in which they might ultimately be able to establish basis for a short sanction or reprimand but not exempting younger, legally incapable, and immature Protected Persons who might be entitled to a short sanction or reprimand appears clearly to be an unintended gap in the Code.”*
- viii. *“Here, it was obvious to the Panel that under the relevant provisions of the WADC 2021 dealing with the notion of Fault, it is not just possible but likely that Protected Persons will receive anti-doping sanctions at the level of a reprimand or at the bottom end (a*

few months) of the 0 to 2 years possible, principally because of their lack of legal capacity and their youth and immaturity. See generally WADC 2021 Definitions: Fault, No Significant Fault or Negligence, and No Fault or Negligence; WADC 2021 Articles 10.3.1, 10.6.3.1. The Panel does not make any findings in this regard; that is to be done by the usual anti-doping results management process given the very narrow remit of this Panel and what it was called upon to consider. Having said that, it is clear that even if that process finds a doping rule violation, the ability to show intention or fault of a minor athlete such as this one might be difficult, and, lacking that intention or fault, the sanction is likely to be on the low end of the range. Strict application of the rules as written for Provisional Suspensions would almost certainly in every case involving a Protected Minor result in a Provisional Suspension longer than the likely period of actual suspension. This is not satisfactory from a legal point of view.”

- ix. “As a result, it appears to the Panel there is a lacuna, or a gap, in the Russian ADR, and indeed the WADC 2021. When CAS panels find a lacuna in the WADC, this has been the basis for a CAS panel to find a gap filling construct that would ameliorate an overly harsh or inconsistent outcome:
- x. “[W]hen there is a gap or lacuna in the WADC, that gap or lacuna must be filled by the Panel ... applying the overarching principle of justice and proportionality on which all systems of law, and the [WADC] itself, is based.’ CAS 2006/A/1025.”
- xi. “This is an exercise in interpretation, not in rewriting rules or making policies that are better made by sporting bodies exercising proper governance. The Panel wishes to emphasize that it does not see itself as a policymaker or rule-maker, but it is properly called upon, as are courts around the world, to interpret rules and how they work. See, e.g., OG 22/06, paras. 7.16-18. Here, the failure of the antidoping authorities to reconcile the special rules they have created for Protected Persons and rules they have created for athletes who are not Protected Persons requires the involvement of this Panel.”
- xii. “Accordingly, the Panel determines that in cases involving Protected Persons, their Provisional Suspensions should be evaluated as optional Provisional Suspensions under WADC 2021 Article 7.4.2 and its progeny. The Panel determines that Ms. Valieva was entitled to benefit from being subject to an optional Provisional Suspension as a Protected Person and that, under the facts and circumstances, the option not to impose a Provisional Suspension should have been exercised so that she would not be prevented to compete in the OWG 2022.”

In addition to the explanations quoted above, the arbitral panel added some more reasons and finally issued a decision which concluded that the provisional suspension had to be eliminated.



IV. Differences of Interpretation between WADA and CAS

Immediately after the CAS decision on 14 February 2022, WADA issued the following statement, seriously criticizing the CAS decision confirming the lift of the provisional sanction:² It stated that to

“... lift the mandatory provisional suspension on the athlete was not in line with the terms of the World Anti-Doping Code (Code). WADA is therefore disappointed by today’s ruling of the CAS Ad Hoc Division. While WADA has not received the reasoned award, it appears that the CAS panel decided not to apply the terms of the Code, which does not allow for specific exceptions to be made in relation to mandatory provisional suspensions for ‘Protected Persons,’ including minors.”

In relation to the issue disputed in this case, it is obvious that WADC, which had been effective since 1 January 2021, did not have any specific provisions which “allow for specific exceptions to be made in relation to mandatory provisional suspensions for ‘Protected Persons,’ including minors.” In other words, WADC is “silent with respect to Provisional Suspensions imposed on Protected Persons.” The ramifications of this silence are explored here.

2. (<https://www.wada-ama.org/en/news/wada-statement-following-cas-decision-not-reinstate-skaters-provisional-suspension>).



From the viewpoint of WADA, WADC was carefully created with several consultation meetings with many stakeholder entities. In its view, the provisions for Protected Persons were carefully prepared, and Protected Persons should be protected as far as the existing related provisions. In other words, the “silence” with respect to provisional sanctions imposed on Protected Persons should be interpreted, in its view, as is.

On the contrary, from the viewpoint of the arbitral panel of CAS, the provisions for Protected Persons were imperfect and Protected Persons should be additionally protected. The “silence” with respect to provisional sanctions imposed on Protected Persons should be understood as a “gap” or “failure” to be filled up or corrected, in its view, by the constructive interpretation of WADC by CAS.

The arbitral panel of CAS tried to justify their understanding of the “silence” as a “gap” or “failure” in the following. First, the CAS panel pointed out a description of “Comment to Protected Person” in WADC as “the purpose” of the provisions for Protected Person. Then, the CAS panel pointed out the number of provisions for Protected Person in WADC and stated that “the WADC 2021 intends to give special treatment to Protected Persons like the Athlete here (i-iii).”

Second, the CAS panel stated that there was a serious imbalance in respect of the protection of Protected Person between the provision of provisional sanction for the non-specified substance case (Article 7.4.1) and other

related provisions for Protected Person and pointed out a possible situation that the provisional suspension against a Protected Person became longer than the likely period of actual suspension against him or her (iv-viii).

Third, the CAS panel stated that there was a “gap” in WADC to be filled up and concluded that a provisional sanction for the non-specified substance case against Protected Person should be governed not by the Article 7.4.1 of WADC (mandatory provisional sanctions) but by the Article 7.4.2 of WADC (optional provisional sanctions) (ix and xi).

The constructive interpretation of WADC by the CAS panel was, however, seriously criticized by WADA, as quoted above. In their view, the provisional suspension for the non-specified substance case should be always mandatory and there was neither “gap” nor “failure.”

V. Final Remarks

Responding to the CAS decision, as a next step, there is a possibility that WADA will try to insert a description which diminishes room for the constructive interpretation mentioned above in the rule-making process for the next version of WADC. Even when such a restrictive description is inserted in the next version of WADC, however, nothing can bother another possible trial of constructive interpretation of the new WADC by CAS.

Protection of minors in sport is an important policy. It also applies to the field of anti-doping. At the same time, we are reminded that the purposes of the WADC “to protect the athletes’ fundamental right to participate in doping-free sport and thus promote health, fairness and equality for Athletes worldwide” and “to ensure harmonized, coordinated and effective anti-doping programs at the international and national level with regard to the prevention of doping” are also very significant in sport. A desirable balance of the treatment of minors on anti-doping in sport between the two different interests is being still explored by the interactions between CAS and WADA.

In its view, the provisions for Protected Persons were carefully prepared, and Protected Persons should be protected as far as the existing related provisions.

Yoshihisa HAYAKAWA

*Professor of Law at Rikkyo University
Partner at Uryu & Itoga, Tokyo
Tokyo, Japan
haya@rikkyo.ne.jp*



Food For All - An Unattainable Dream?

Martina TEREZI



↳ Les objectifs de lutte contre la faim, de sécurité alimentaire et d'amélioration de la nutrition sont tous inextricablement liés à l'intérêt que nous portons aux générations futures. La demande alimentaire augmente, les prix grimpent et la population s'accroît. Des solutions innovantes peuvent aider, mais elles sont souvent coûteuses. Les règles gouvernementales et la vulnérabilité de l'agriculture au changement climatique font que les récoltes sont moins abondantes que par le passé. En cette période de crise, il n'y a pas de place pour les pertes ou le gaspillage de nourriture. L'information et la sensibilisation sont la clé du problème, mais si nous n'agissons pas rapidement, les jeunes paieront le prix fort en raison du mépris des adultes pour leurs intérêts.

↳ Los objetivos de la lucha contra el hambre, la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición están inextricablemente ligados a nuestra preocupación por las generaciones futuras. La demanda de alimentos aumenta, los precios se incrementan y la población crece. Las soluciones innovadoras pueden ayudar, pero suelen ser costosas. Las regulaciones gubernamentales y la vulnerabilidad de la agricultura al cambio climático hacen que las cosechas sean menos abundantes que en el pasado. En estos tiempos de crisis, no hay lugar para la pérdida o el desperdicio de alimentos. La información y la concienciación son la clave del problema, pero si no actuamos rápidamente, los jóvenes pagarán un alto precio por el desprecio de los adultos hacia sus intereses.



Introduction

Feeding the world with sufficient, nutritious food is already a huge challenge. The problem is set to intensify in the future as the population grows, war conflicts bring economic social crises, climate change affects food production, and the finite natural resources that help feed the world are stretched even further. Having access to nutritious food seems a foregone conclusion for affluent children in the so-called Alpha generation, while it is not a foregone conclusion for those living in poor areas of the globe. To them, it is still a matter of survival as their likelihood of being able to compete with developed countries when they grow up seems rather slim.

Genetically Modified (GM) Crops in Europe

In 1987, the United Nations' Brundtland Commission defined sustainability as "meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs." The feasibility of meeting such a challenging achievement depends on how present people behave to satisfy their needs, and above all, how much they care about future people. Sustainability is also the hub of the United Nations (UN) 2030 Agenda Sustainable Development Goals (SDGs). The SDGs' 17 goals aim to end poverty, fight inequality, and address climate change. At the top of the list is "zero hunger," which means vanquishing hunger, achieving both food security and improved nutrition, and promoting sustainable agriculture. Ending hunger and poverty has always been society's main concern, alas not yet achieved. When will it happen? Given the highly unstable international situation

we live in, the target date seems light years away, and the new generation is not yet able to make its voice heard.

As for agriculture, farmers are in trouble as they must respond to an ever-increasing food demand with less land. This generates less harvest as intensive farming techniques must be refined and adapted according to market demand. The consequence is that fewer products are available, resulting in more expensive products. For this reason, poor families cannot afford to buy them. To come to a solution, there have been long-running debates about the use of new technologies for agriculture, and these have been especially prominent around genetically modified (GM) crops.¹ The advantages of GM crops are countless: disease- and drought-resistant plants require fewer environmental resources such as water and fertilizers and less use of pesticides. This means more food becomes available with reduced cost and longer shelf life.

GM technology remains quite expensive and not so easy to use as legal issues are just around the corner. For example, in Europe, GM crops cannot be grown, either for experiments or commercial farming, without approval of the appropriate regulatory agency. European Union (EU) Regulation 1829/2003, which pertains to genetically modified food and feed, regulates the placing on the market of products intended for food or feed that contain or consist of genetically modified organisms (GMOs) and lays down rules for the labelling of products intended for the final consumer. EU Regulation 1830/2003 addresses traceability and labelling of products containing or produced from GMOs and traceability of food and feed products produced from GMOs. European rules and regulations mean that innovative solutions to address the limited food supply are hard to put into practice.

The Impact of External Factors on Food Waste

Considering climate conditions, it would be unrealistic not to focus on climate upheavals that the world has been experiencing for some decades. Greenhouse gas emissions are causing rising temperatures. Extreme weather events and shifting seasons are becoming more frequent. The impact of climate change is threatening world food security. Agriculture is extremely vulnerable to climate change, whose impacts have proven to be devastating. Underdeveloped countries, which are already vulnerable and food insecure, are the most seriously affected. Many steps have been taken throughout the years; international binding treaties and agreements have been signed. According to the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), recovery programmes should be adapted to the local context to be truly effective,

1. GM is a technology that involves transferring new DNA into plant cells. The goal of both GM and conventional plant breeding is to produce crops with improved characteristics by changing their genetic makeup. GM achieves that by crossing plants with relevant characteristics and selecting the offspring with the desired combination of characteristics.

and political will should turn development programmes into long-term sustainable practices.

Considering food availability, one thing is clear: in this time of crisis, there is no room for food loss and waste. Every year, 32% of the food produced in the world is lost or wasted. But 65% of it is lost before it even reaches the consumer. There are several possible strategies to address this problem, including working directly with producers to improve harvesting and storage facilities, increasing the use of pasteurisation and other food preservation techniques, or investing in infrastructure to enable food to reach markets more quickly.

Underdeveloped countries suffer greater food losses during agricultural production, while in middle- and high-income countries, food waste at the retail and consumer level tends to be higher. Consumers should be encouraged to shift to nutritious and safe diets with a lower environ-

mental footprint. Food loss and waste reduction should be seen as a means towards improving food security and nutrition, reducing greenhouse gas emissions, lowering pressure on water and land resources, thereby improving productivity and economic growth. Effective policies toward food loss and waste reduction require complete information as to how much and where—both geographically and along the supply chain—it occurs.

The work of the Food and

Agriculture Organization of the United Nations (FAO) on measurement of this problem and support to countries to enable them to take action to reduce food loss and waste is critical to tracking progress made by countries.

Another factor which deeply affects food security is the economic impact of the Russia-Ukraine war conflict. For underdeveloped countries, food insufficiency is a drain on development, with effects that may last for generations, in part because hunger impairs a person's ability to be part of a productive workforce, thereby contributing to economic growth. In the short term, food shortages and rising food prices can widen inequality, lead to further conflict and instability, and above all, affect the new generation's chance of survival. The present war in Ukraine has led to a worldwide wheat shortage, and international organisations and governments are now clamouring for Ukrainian supplies to be released so they can reach the neediest African countries.² This explains the early grain

supply concerns that became apparent when military operations in Ukraine began. According to the FAO, food prices are hitting record highs. Wheat and barley prices, for example, are registering a 31% growth over 2021.

The war also has major implications for food security, affecting countries that depend on Russia and Ukraine for 30% or more of their grain supply. Many of these countries are less developed, low-income, or food deficit countries located in North Africa, in the Near East, and Asia, where life has always been hard, even when foreign grain supplies were regular. According to the FAO, countries dependent on wheat imports, such as Tunisia, are likely to sharply increase the quantities demanded, which will put further pressure on world supply. The continuation of the war, therefore, risks exacerbating a global food crisis that may affect more than 50 countries, and especially the weakest part of their populations, children.

With this growing crisis, even the World Bank is addressing food security challenges by implementing integrated solutions that cut across sectors. But challenges go beyond sustainable resource management, more efficient storage, or even producing more food. It encompasses all the above, and more. The World Bank is helping countries sustainably manage landscapes such as farms, forests, watersheds, and coastal fisheries so that they are more productive. All possible solutions must be available as the risk of world crisis is at hand.

Conclusion

Although strong international efforts have been and are being made, little has changed. On the one side, technological innovation could accelerate human performance and yield outcome. Apparently, the Alpha generation should have a longer life expectancy, having been born and grown up with mobile devices, the internet, and tools with artificial intelligence. They have incredible possibilities at their fingertips. On the other hand, the incessant human struggle for life prevents the part of the Alpha generation living in poor areas from enjoying such progress and development. At the start of the second decade of the new millennium, their primary need is still food, while other priorities remain behind. The current situation shows the sharp contrast between wealth and poverty as never before and the loser is, as always, childhood.

Martina TEREZI

Lawyer, LCA Studio Legal

Milan, Italy

martina.terenzi@lcalex.it

2. On a global scale, Russia and Ukraine are respectively the third and sixth largest wheat producers in the world, accounting alone for about 30% of world cereal exports. The Black Sea basin is thus central to world food production and supply. Russia ranks first in the world among wheat

exporting countries, while Ukraine ranks fifth. The total blockade of such exports, in the Ukrainian case, and its partial reduction, in the Russian case, have also led to an increase in wheat prices of about 35% since the beginning of the year. To avoid what appears to be an 'unprecedented food crisis,' the EU is preparing a EUR 2.5 billion aid plan by 2024 for the countries most affected by rising commodity prices.

Whistleblowing in Belgium



ISABEL PLETS

↳ Les règlements à venir pour mettre en œuvre la directive de l'Union européenne (UE) sur les lanceurs d'alerte auront un impact sur les entreprises en Belgique. Certaines entreprises devront planifier à l'avance la mise en place de systèmes de signalement interne dans leur organisation et exiger des processus, des budgets et des personnes. Toutes les entreprises doivent être préparées à traiter les employés qui dénoncent des abus, y compris par le biais d'une procédure externe. Même si le fait de soulever des préoccupations est désormais considéré comme faisant partie de la gouvernance d'entreprise/bonne gouvernance, il reste à voir si ce changement de réglementation encouragera les gens à s'exprimer davantage et contribuera à favoriser un changement culturel où l'on se sent suffisamment à l'aise pour mettre les problèmes sur la table.

↳ La próxima normativa de aplicación de la Directiva de la Unión Europea (UE) sobre la denuncia de irregularidades afectará a las empresas de Bélgica. Algunas empresas tendrán que planificar con antelación la implantación de sistemas de denuncia internos en su organización y requerirán procesos, presupuestos y personal. Todas las empresas deben estar preparadas para tratar a los empleados que denuncien, incluso mediante un procedimiento externo. Aunque plantear problemas se considera ahora parte del buen gobierno corporativo, todavía está por ver si este cambio en la normativa animará a la gente a hablar más y ayudará a fomentar un cambio cultural en el que uno se sienta lo suficientemente cómodo como para poner los problemas sobre la mesa.

The State of the Law in Belgium

Like many other member states of the European Union (EU), Belgium failed to timely transpose the EU Whistleblower Directive No. 2019/1937 of 23 October 2019 (EU Whistleblower Directive) into national legislation. The deadline of 17 December 2021 was not met, which is

the reason why the European Commission sent an official warning to Belgium.

However, since January 2022, government negotiators completed two preliminary draft laws based upon this Directive, one for the private sector and one for the public sector. The aim is to adopt both of them before or by 21 July 2022.

Hence, whistleblowing currently¹ is not regulated in Belgium, with some exceptions for the financial industry and public sector, and there is no legislation that transposes the EU Whistleblower Directive to enactment as of this writing.

The analysis below is based on the preliminary draft of the regulation applicable for the private sector. Although some changes to the draft remain possible, companies will at least know what is expected to enter into force in Belgium shortly.

Material Scope of Application

The material scope of application of the Belgium whistleblowing policy seems to be broader than that required by the EU Directive as it also concerns tax/social fraud and tax evasion. Moreover, reference is made to a non-exhaustive list of national laws transposing EU directives and regulations. This broader scope of application has been the only point where trade unions and employer organizations of the National Labour Council (NLC) were not on the same page when advising parliament on the draft laws².

Existing reporting systems, such as the possibility for employees to ask for an intervention in case of harassment or other psychosocial risks, including stress or burn-out, or the individual right to be assisted by and/or to consult a trade union or employee representative, are not affected

1. This article has been written on 15 June 2022.

2. See Advice 2252 NLC: only available in Dutch [advies-2252.pdf](#) (cnt-nar.be) and French [avis-2252.pdf](#) (cnt-nar.be).

and remain in place. This takes the act of well-being of employees into account.

Personal Scope of Application

The regulation will apply to employees/officials who have obtained information in a work-related context. Self-employed consultants, trainees, ex-employees, directors, and shareholders would also be protected if they report a breach in good faith.

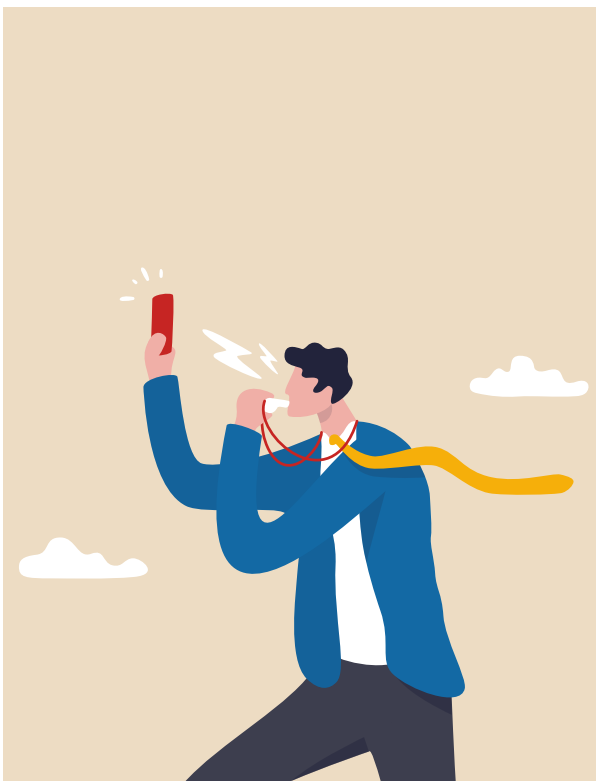
“Proportionate” Scope of Application

The general principles of the regulation apply to all whistleblowers obtaining information on breaches in a work-related context. However, only private legal entities (companies, including de facto associations) of more than

50 employees (also referred to as small and medium-sized enterprises (SMEs) must provide an internal reporting channel and procedure for whistleblowing. There is only one exception: private financial and economic SMEs and SMEs with activities related

to the prevention of money laundering and terrorist financing. They must install an internal procedure regardless of the number of employees.

The regulation will apply to employees/officials who have obtained information in a work-related context.



Noteworthy is that the preliminary draft mentions that after an appropriate risk assessment, even legal entities with less than fifty employees could be obliged to install an internal reporting system. However, we anticipate this is not likely to happen in practice.

Companies in the private sector with at least 250 employees should have an internal reporting channel and procedure in place by September 2022, assuming the regulation would enter into force in July 2022. Indeed, the preliminary draft law provides for a transition period of two months to allow large and small companies in the financial sector to adapt to the new legislation. Companies with at least fifty employees have more time and should implement internal reporting systems by 17 December 2023.

In contrast, companies belonging to an international group will not be compliant with a mere implementation of a global policy. Their policy must always comply with the stricter local rules, if any. Therefore, a global standard policy with an appendix per country that provides for the necessary deviations seems to be a best practice.

The employment thresholds will be calculated in accordance with the rules that apply for social elections. Social elections are elections organized every four years in Belgium during which employees elect their representatives in the company's works council and/or health and safety committee.

Internal Reporting Channel and Procedure

An internal reporting channel and procedure should comply with a number of formalities. They include both verbal and written possibilities to blow the whistle and the possibility to have a conversation about the complaint. Following a complaint, the complainant should receive a confirmation receipt. Companies would still have certain flexibility to implement the reporting system. They would be able to choose the most appropriate person or service to receive and follow up the reports, provided their independence is guaranteed and no conflict of interest exists. The culture of the organization, budget, and resources have decisive impact here.

The draft regulation does not stipulate how the rules are to be implemented. This can be done as part of the work rules (a mandatory document in Belgium, similar to an employee handbook), a collective bargaining agreement, or a simple policy. Given the flexibility of a policy in terms of reviewing and changing at the employer's sole initiative, we would recommend using the latter. In any case, social dialogue (the process of information and consultation of employee representatives/employee consultative bodies) must be respected. Information and consultation must take place according to the known cascade system: works council, trade union delegation, health and safety committee, or directly with the employees of the company.

Whistleblowing remains a possibility and not an obligation. A whistleblower can choose whether to use the internal procedure or the external procedure, but the intention is that the internal procedure should be preferred/encouraged as much as possible.

External reporting

A so-called independent and autonomous “Whistleblower Authority” must be established to act as an external reporting channel. This authority will be competent to receive reports, provide feedback, and offer follow-up on notifications. It is possible that several existing authorities will be given powers in the specific areas concerned, such as Data Protection Authority (DPA), Financial Services and Markets Authority, or Competition Authority, or that a certain transmission of data between the authorities will need to be put in place.

As a last resort, if no appropriate action has been taken in response to an external report within a specified timeframe, the whistleblower will be allowed to disclose this information to the media. This will be the case when there are serious grounds for believing that there is an immediate threat to the public interest, or where there is a risk of retaliation or destruction of evidence.

Anonymous Reporting

Companies employing over 250 employees will need to implement the possibility of anonymous reporting. Companies employing less than 250 employees will likely not be obliged to do so. The DPA mentions in its report³ that this difference in treatment between companies’ employers with over and under 250 employees should in any case be explained in further detail before it can be validly imposed as a legal obligation in the final bill. Also, according to the DPA, anonymous reporting should remain optional and exceptional.

Specific Protection for Whistleblowers

Whistleblowers should be protected against retaliation. The protection does not only apply to employees, but also to persons who blow the whistle in any other capacity. In case of employees, this includes protection against all kinds of actions taken by the employer, such as dismissal, negative performance appraisals, lack of promotion opportunities or demotion, change of employment conditions, disciplinary sanctions, non-renewal of a fixed term employment contract, intimidation, or harassment.

Whistleblowers are eligible for the protection scheme provided that, at the time of the report, they had reasonable

grounds to believe that the reported information was truthful, that the information fell within the scope of the law, and that they either filed an internal or external report or made a public disclosure.

Whistleblowers who are nonetheless victims of retaliation will likely be entitled to receive a specific compensation between eighteen and twenty-six weeks’ salary. In the case of infractions of legislation related to financial services, products and markets, or the prevention of money laundering and financing of terrorism, victims are likely to receive a compensation amounting to six months’ salary or compensation of the actual damage sustained. In this case, an employee would also have a right to reinstatement, which is fairly exceptional under Belgian law.

The aforementioned compensation cannot be combined with any compensation for unfair dismissal. Belgium caps compensation between three to seventeen weeks’ salary, depending on the degree of unfairness as established by a judge.

Currently, as the preliminary draft stands, it will be up to the employer to prove that any measure taken against the employee is not related to them blowing the whistle, and this is for an unlimited period of time. The NLC advised the Belgian legislator to limit this shift in the burden of proof in time, as is for instance the case in other regulations in Belgium. This includes the Act on well-being of employees where after twelve months, it will be up to the employee, and no longer to the employer, to prove the dismissal or other retaliatory measure was taken because of them calling out certain behaviour and making use of their protected right to blow the whistle.

Lastly, whistleblowers will have a statutory right to support from the trade union delegation.

Sanctions in Cases of Non-Compliance

Companies who do not comply with the regulations can be imposed administrative fines and even criminal sanctions, including fines and/or imprisonment. The NLC pointed out in its advice that effective sanctions should also be provided for those who blow the whistle in bad faith or who deliberately make a false disclosure. This recommendation was not included in the preliminary draft laws as of this writing.

Whistleblowing remains a possibility and not an obligation. A whistleblower can choose whether to use the internal procedure or the external procedure [...].

3. See Advice 69/2022 DPA, only available in Dutch NI_Advies.dotm (gegevensbeschermingsautoriteit.be) and French NI_Advies.dotm (autoriteprotectiondonnees.be).

Isabel PLETS
Of Counsel, Lydian
Brussels, Belgium
isabel.plets@lydian.be

Dématérialisation des contrats de partenariats public-privés : regards croisés Togo et Sénégal



Komlanvi Issifou
AGBAM



Fode David
FAYE

While Africa still appears at the bottom of world rankings in terms of information development and technologies (ICTs), the spread of said ICTs has significantly increased in recent years, especially following the arrival of Covid-19. In French-speaking sub-Saharan Africa, some countries, such as Togo and Senegal, have started to implement ICTs, e.g. by providing for the dematerialization of procedures in public and private partnership contracts, while taking local realities into account. The requirements of such dematerialization are briefly developed in this article.

Aunque no cabe duda de que África sigue apareciendo en los últimos puestos de la clasificación mundial en cuanto al desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), hay que reconocer que la difusión de las TIC en el continente africano se ha acelerado considerablemente en los últimos años, sobre todo con la llegada de Covid-19. En el África subsahariana francófona, algunos Estados, como Togo y Senegal, han tenido en cuenta las TIC previendo, por ejemplo, la desmaterialización de los procedimientos en los contratos de colaboración público-privada, teniendo en cuenta las realidades locales. Dicha desmaterialización está condicionada por ciertos requisitos que este artículo pretende presentar brevemente.

Le Sénégal s'est inscrit dans une dynamique de prise en compte des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) depuis 2016. Cette dynamique se traduit par l'élaboration de la « Stratégie Sénégal Numérique

2025 » (le Programme SN2025)¹. Cette stratégie s'articule autour de plusieurs axes parmi lesquels se décline celui dédié à « une administration connectée au service du citoyen et des entreprises ». Par ce biais, le gouvernement souhaite procéder à une dématérialisation des procédures administratives dans l'espoir de créer plus de productivité, tout en réduisant les coûts et les délais des transactions et opérations administratives. C'est certainement dans cette démarche que, à l'occasion de l'adoption de la loi sur les contrats de partenariats public-privé², le législateur sénégalais n'a eu d'autres choix que d'y consacrer la dématérialisation des procédures y relatives en son article 29.

Tout comme le Sénégal, le gouvernement togolais est résolument engagé dans un processus de transformation de son économie et a décidé de faire du numérique la pierre angulaire de cette transformation. Pour ce faire, le Togo a entrepris un projet tendant à l'élaboration de la stratégie « Togo Digital 2025 »³. Cette stratégie s'articulera autour des deux programmes principaux : l'un portant sur la transformation numérique accélérée de l'administration et l'autre sur le développement numérique permettant de favoriser la création d'entreprises innovantes.

1. Cette stratégie vise à maintenir à long terme le Sénégal dans une position de leadership dans le domaine numérique.

2. Loi sénégalaise n°2021-01 du 22 février 2021 relative aux contrats de Partenariat Public-Privé abrogeant la loi 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de Partenariat.

<http://www.droit-afrique.com/uploads/Senegal-Loi-2021-01-contrat-partenariat-public-privé.pdf> consulté le 6 mars 2022.

3. <https://numerique.gouv.tg/wp-content/uploads/2020/02/AMI-Strategie-Transformation-Togo-Digital-2025.pdf> consulté le 6 mars 2022.

Les nouvelles lois sénégalaise et togolaise sur les contrats de partenariats public-privé (contrats de PPP), adoptées respectivement les 22 février et 31 décembre 2021, traduisent une volonté constante d'amélioration et de flexibilisation du cadre légal et réglementaire relatif aux contrats de PPP dans ces deux pays. La loi sénégalaise comprend des innovations majeures parmi lesquelles la dématérialisation des procédures (article 29) :

« Les communications et échanges d'information effectués dans le cadre de la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé peuvent être réalisés par voie électronique, selon des modalités fixées par décret.

Ces moyens doivent répondre aux normes et mesures de sécurité et de fiabilité nécessaires pour assurer la confidentialité, la transparence et l'intégrité de la procédure. Les outils utilisés pour communiquer par les moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être accessibles au public et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées ».

Il faut noter que cette disposition s'inscrit dans la volonté de dématérialisation des procédures administratives prévue à l'axe 2 du Programme SN2025, qui suit la dématérialisation des procédures judiciaires et la dématérialisation du paiement des taxes. En comparaison, dans la nouvelle loi togolaise n° 2021-034 relative aux contrats partenariat public-privé, la dématérialisation des procédures est intégrée dans l'article 31. En effet, le législateur togolais prévoit, à côté des méthodes de transmission classique – notamment l'envoi par courrier et la remise en main propre – un envoi par voie électronique. L'alinéa 2 dudit article précise que *« la transmission par voie électronique est privilégiée dès lors que l'autorité contractante dispose des moyens de technologies nécessaires... »*.

La dématérialisation des procédures dans les contrats de PPP, tant au Togo qu'au Sénégal, est encadrée par certaines exigences qui se rapportent, d'une part, à la procédure de dématérialisation elle-même (I) et d'autre part, aux dispositifs électroniques permettant cette dématérialisation (II).

I. De la procédure dématérialisée dans les contrats de PPP

L'article 29 de la nouvelle loi sénégalaise sur les Contrats de PPP se borne à énoncer que :

« Les communications et échanges d'informations effectués dans le cadre de la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé peuvent être réalisés par voie électronique[...]. Ces moyens doivent répondre aux normes et mesures de sécurité et de fiabilité... ».

Cet article reporte ainsi sur les parties elles-mêmes la charge d'une procédure dématérialisée dans le cadre d'un contrat PPP. Cette charge comporte deux volets, à savoir d'une part, la garantie de la sécurité des communications

et d'autre part, la garantie de fiabilité. Selon l'énoncé dudit article, ces deux garanties sont *« nécessaires pour assurer la confidentialité, la transparence et l'intégrité de la procédure »*.

Contrairement aux solutions adoptées par le Sénégal, le législateur togolais tend à privilégier une approche plus étendue. En effet, l'article 31 de la nouvelle loi togolaise évoque *« les moyens de technologies nécessaires »* pouvant garantir, entre autres, la fiabilité et la sécurité des données ou informations transmises. Concrètement, les différents acteurs intervenant dans le processus dématérialisé des contrats de PPP doivent mettre en place des moyens techniques fiables, usuels dans le domaine de la transmission électronique des informations, et conformes aux conditions qui devront être fixées par voie réglementaire.

Pour rappel, l'obligation de dématérialisation des procédures de passation des contrats de PPP suppose que les communications et les échanges d'information effectués dans le cadre de ce type de procédure soient réalisés par voie électronique. En conséquence, l'ensemble de ces échanges doit intervenir par voie électronique. Il s'agit des échanges qui ont trait, notamment, à la mise à disposition de documents pour consultation, la réception de candidatures et d'offres, la formulation de questions aux ou réponses par les entreprises en cours de procédure, aux demandes d'information de la part des candidats, aux échanges relatifs à la négociation et à la notification des décisions. Les supports numériques ou les plateformes d'échanges des données qui seront mis en place par les différentes parties devront garantir la sécurité et la fiabilité des informations, et plus généralement, des données ainsi transmises.

Pour rappel, l'obligation de dématérialisation des procédures de passation des contrats de PPP suppose que les communications et les échanges d'information effectués dans le cadre de ce type de procédure soient réalisés par voie électronique.

II. Des dispositifs électroniques requis dans les contrats de PPP

La dématérialisation des procédures, bien qu'étant à l'ère du temps, n'est pas exempte de risques aussi bien sur le plan technique que juridique. En effet, il existe des contrastes importants pour exercer une politique de dématérialisation des procédures de passation de contrats de PPP.

Le législateur sénégalais, dans l'optique de prévenir ces risques, rappelle de façon éloquent que :

« ... les outils utilisés pour communiquer par les moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être acces-



sibles au public et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées ».

Son homologue togolais rappelle également que :

« les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques ainsi que leurs caractéristiques techniques sont non discriminatoires, couramment à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de la communication généralement utilisées ».

En d'autres termes, la dématérialisation dans les contrats de PPP ne doit pas engendrer une *rupture d'égalité*.

Pourtant, dans un pays en voie de développement comme le Sénégal, il est possible de croire en de pareilles éventualités, sachant que le taux de pénétration d'internet (estimé à 46 % selon les plus récentes statistiques⁴) les rend vraisemblables. S'agissant du Togo, le taux de pénétration, bien qu'en hausse depuis 2016, n'est que de 21 %⁵, ce qui peut constituer une véritable source de rupture d'égalité. Les exigences du législateur semblent dès lors justifiées, car les contrats de PPP sont souvent conclus dans des circonstances douteuses, voire en marge des règles de la concurrence.

En outre, la dématérialisation dans les contrats de PPP ne doit pas non plus créer de *discrimination*, quelle qu'en soit la forme. En effet, l'objectif du projet de dématérialisation est de contribuer à la modernisation de l'administration

publique. Cependant, une dématérialisation à outrance pourrait renforcer le fossé existant entre les capitales et les villes périphériques, créant ainsi également une discrimination territoriale. Au Sénégal par exemple, il existe encore une importante fracture numérique entre ces deux types d'agglomération, qui pourrait, malgré les efforts de l'État, constituer une aporie quant au respect des exigences prévues par le législateur.

En définitive, s'il est important, voire pertinent, d'étayer l'ambition des législateurs sénégalais et togolais dans le cadre de la réforme de la réglementation des contrats de PPP, il reste évident que la dématérialisation et les risques qui lui sont consubstantiels n'ont pas laissé ces pays indifférents. C'est ce qui rend encore plus pertinentes les exigences prévues par leurs gouvernements.

Komlanvi Issifou AGBAM

Juriste d'Affaires

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche en droit privé à l'Université de Bourgogne, Doctorant en cotutelle internationale de droit privé, Université Laval du Canada et Université de Nantes

Président de l'Association Togolaise de Droit maritime

Orgon, France

issifou.agbam@gmail.com

Fode David FAYE

Juriste d'Affaires

Managing Partner Teranga LeX

Doctorant et assistant de Travaux Dirigés au Département des Sciences Juridiques/UASZ, Président de la Fédération des Clubs OHADA

du Sénégal (FECOS)

Ziguinchor, Sénégal

davidfode2208@gmail.com

4. Voir Rapport « Le numérique au Sénégal, une économie en marche », Noisy Digital. Disponible <https://noisydigital.com/les-chiffres-du-numerique-en-2021-au-senegal/> consulté le 6 mars 2022.

5. <https://www.republicoftogo.com/toutes-les-rubriques/high-tech/de-l-usage-du-web-et-des-reseaux-sociaux#:~:text=1%2C71%20million%20de%20Togolais,internet%20est%20d%C3%A9sormais%20de%2021%25> consulté le 6 mars 2022.



Amira MAAMERI

L'enfant et l'avocat en protection de l'enfance

Droit comparé français-québécois

➤ This article is part of co-supervision of a doctoral thesis between the Universities of Bordeaux and Ottawa entitled "The child's participation in his/her own protection" and offers in a comparative French-Quebec law approach, including the International Convention on the Rights of the Child, 1989, a reflection on the representation of the protected child by a lawyer. It highlights the need for the child to have access to information, justice and to express himself/herself as a subject of rights and to actively participate in his/her own protection. Despite the evolution of children's rights over the last 30 years, the difficulties remain considerable.

➤ Este artículo se inscribe en el marco de la co-supervisión de una tesis doctoral entre las universidades de Burdeos y Ottawa titulada "La participación del niño en su propia protección" y ofrece, en un enfoque de derecho comparado franco-quebequés, incluyendo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989, una reflexión sobre la representación del niño protegido por un abogado. Destaca la necesidad de que el niño tenga acceso a la información, a la justicia y a expresarse como sujeto de derechos y a participar activamente en su propia protección. A pesar de la evolución de los derechos del niño en los últimos 30 años, las dificultades siguen siendo considerables.

Le droit de l'enfant protégé d'être entendu dans les procédures qui le concernent

La *Convention relative aux droits de l'enfant, 1989* a été ratifiée en 1990 par la France et en 1991 par le Canada. Ce texte international consacre le principe de *l'intérêt supérieur de l'enfant* prévu à l'article 3 et il doit être une considération primordiale. Ladite *Convention* protège également les droits spécifiques des enfants. En son article 12, elle consacre la possibilité pour le mineur d'être entendu dans toutes les procédures judiciaires ou administratives le concernant. Ce droit de participation est universel, c'est-à-dire que « *tous les enfants même les plus jeunes*

et les plus vulnérables ne peuvent en être exclus et doivent au contraire faire l'objet d'une attention particulière afin de leur permettre de l'exercer » (Défenseur des droits, 2020). L'article 12 prévoit les modalités de la participation du mineur, à savoir toute possibilité pour l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires ou administratives qui l'intéressent, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, et ce, « *de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* » (Gouttenoire, 2006, p 59).

Dès lors, les législations françaises et québécoises prévoient respectivement que le mineur doit participer à toutes les décisions qui tendent à viser l'intérêt supérieur de l'enfant. Nonobstant cela, en 2002, le Comité des droits de l'enfant avait relevé dans sa résolution S-27/2, que « *l'application du droit de l'enfant d'exprimer son opinion sur le large éventail de questions qui l'intéressent, et de voir cette opinion dûment prise en compte, continue d'être entravée par de nombreuses pratiques et mentalités profondément ancrées et par des obstacles politiques et économiques* » (Observation générale n°12 - 2009). Ce phénomène d'éloignement du droit de participation de l'enfant est encore plus important et intéressant en matière d'assistance éducative, dès lors que les enfants protégés qui représentent 340.000 enfants suivis par l'Aide sociale en France et 37.446 enfants suivis par la Direction de la protection de la jeunesse au Québec (Rapport DPJ, 2020) font concrètement partie des enfants qui sont les plus éloignés de leurs droits. Ce sont, en outre, des enfants particulièrement vulnérables (Paré & Bé, 2020) en raison de leur situation familiale et sociale et/ou de la situation de danger constatée qui a justifié la mesure de protection judiciaire du mineur ordonnée par le juge pour enfants, en institution ou appartement supervisé, en famille d'accueil ou encore en milieu ouvert. Dans ce cadre, l'enfant « *objet de protection* » se place, *a fortiori*, dans une situation de dépendance totale de l'aide déployée par l'État et les départements français d'un côté ou l'État canadien et la province de Québec de l'autre, et dont l'objectif poursuivi consiste à assurer sa protection et le respect de ses droits. L'enfant protégé se heurte également à la méconnaissance du système judiciaire et du rôle des différents acteurs sociaux et judiciaires, tandis qu'il est le principal concerné par la mesure judiciaire et par les décisions qui en découlent. C'est pourquoi, il est opportun de s'intéresser à

cet enfant protégé « sujet de droits », au rôle de son avocat vis-à-vis de l'exercice de son droit de participation et de la question de son effectivité, dans le cadre de recherches plus approfondies.

Par conséquent, bien que les recherches soient peu nombreuses sur le sujet, il a globalement été constaté dans les récents travaux relatifs à « l'accès des enfants à la justice » et l'exercice de leur droit de participation, un certain « bilan critique » (Paré et autres, 2022). La recherche menée par Caroline Siffrein-Blanc et Adeline Gouttenoire en France a mis en exergue le fait que les principaux acteurs de la vie de l'enfant tels que les juges et les avocats concluent que « la participation des enfants aux procédures judiciaires est essentielle en matière d'assistance éducative, tant pour l'enfant que pour rendre une bonne justice ».

Le droit de l'enfant protégé d'être représenté par un avocat

Au Québec, la loi sur la protection de la jeunesse (LPJ) prévoit « les moyens qui permettent à l'enfant et à ses parents de participer activement à la prise de décision et au choix des mesures qui les concernent et que les personnes et organismes mandatés légalement doivent favoriser la participation de l'enfant et de ses parents ».

Elle ajoute qu'« il importe de permettre à l'enfant et à ses parents de faire entendre leurs points de vue, d'exprimer leurs préoccupations et d'être écoutés au moment approprié de l'intervention ». L'enfant est partie au dossier et toutes les procédures sont notifiées à tout mineur âgé de quatorze ans ou plus. Le mineur âgé de moins de quatorze ans est présumé apte à témoigner et dans le cas où l'effet de son témoignage lui serait trop préjudiciable, l'avocat et la Direction de

[...] Bien que l'enfant puisse être dispensé de témoigner dans certaines cas, l'équilibre entre la participation directe de l'enfant et sa représentation par un avocat en tant que porte-parole de son client devrait toujours être recherchées.

la protection de la jeunesse conviennent généralement ensemble que l'enfant ne devrait pas être présent en salle d'audience. En matière de protection de la jeunesse, il existe, d'une part, une entente entre les barreaux qui prévoit que les enfants âgés de moins de quatorze ans sont systématiquement représentés par un avocat, à titre gratuit, lequel représente généralement son client-enfant jusqu'à sa majorité, et d'autre part et dans la mesure du possible, un effort est fait pour que le dossier de l'enfant soit suivi par le même procureur et le même juge. Ainsi, le suivi de l'enfant est assuré par les mêmes acteurs, ce qui est propice au bon déroulement de la procédure et au développement d'un lien de confiance entre l'enfant et son avocat, principalement. Le droit de l'enfant d'être conseillé et représenté par un avocat est garanti au Québec (LPJ,

RLRQ c P-34.1, art 78). Par ailleurs, l'article 6 de la loi sur la protection de la jeunesse dispose clairement que les juges « appelés à prendre des décisions au sujet d'un enfant en vertu de la présente loi doivent donner à cet enfant (...) l'occasion d'être entendu ». La participation de l'enfant à la procédure le concernant est indubitablement un droit de l'enfant dans la législation québécoise, tandis que « la cour d'appel du Québec et le barreau du Québec se sont prononcés sur le rôle de l'avocat de l'enfant », lequel doit représenter le mineur « selon ses instructions si celui-ci/ celle-ci a la maturité requise » (Paré, 2022).

Ainsi, la poursuite du bon fonctionnement de la justice nous invite à travailler sérieusement sur les questions d'une haute importance liées au respect du droit de l'enfant d'être représenté effectivement par un avocat et à son droit de recours en cas de non-respect de ce droit dans le cadre de la procédure judiciaire le concernant. Il en est d'autant plus ainsi que « certains enfants considèrent que leur droit à la participation n'a pas été mis en œuvre » (Saher, 2022) et que « les juges se sont montrés particulièrement critiques de la pratique de bon nombre d'avocats qui ne rencontrent pas l'enfant qui est leur client, ou ne le rencontrent que brièvement au tribunal, juste avant la procédure » (Paré, 2022).

Enfin, bien que l'enfant puisse être dispensé de témoigner dans certaines cas, l'équilibre entre la participation directe de l'enfant et sa représentation par un avocat en tant que porte-parole de son client devrait toujours être recherchées, de manière à garantir une meilleure représentation des enfants devant les tribunaux (Commission Laurent, 2021, p 63).

En France, il existe une règle générale garantissant le droit de participation de l'enfant, selon laquelle l'audition du mineur discernant est obligatoire, et ce, conformément à l'article 388-1 du Code civil. *Quid* de l'appréciation du discernement de l'enfant par le juge ? L'audition ne confère pas à l'enfant la qualité de partie à l'instance (Bolze, 2020) et l'enfant qui fait l'objet d'une procédure d'assistance éducative n'est pas représenté systématiquement par un avocat. Il doit nécessairement en faire la demande. Le juge peut également lui en désigner un, à sa discrétion, pour la seule consultation du dossier (Verdier, 2007). Cela peut s'avérer problématique puisque l'enfant n'a pas connaissance de son droit de représentation par un avocat lors de son accès à la justice. A ce propos, le rapport ministériel de 2021 « A (h)auteur d'enfants », visant à recueillir la parole des enfants protégés, a recommandé de mieux informer les enfants sur le statut et le rôle de l'avocat afin de mettre la possibilité d'accompagnement judiciaire à la portée de tous les enfants. Il a d'ailleurs été constaté en pratique « qu'en présence de l'avocat, l'enfant serait plus à même à exprimer un refus, ce qui renforce l'idée que l'avocat est particulièrement nécessaire dans le cadre de la procédure d'assistance éducative » (Siffrein-Blanc & Gouttenoire, 2022). En revanche, on constate une meilleure représentation par avocat des mineurs non accompagnés du fait de leur situation d'isolement et d'urgence de protection, tandis qu'ils représentent un quart

des enfants protégés. Cette tendance donne un nouveau souffle à la procédure d'assistance éducative. La récente loi n°2022-140 du 7 février 2022, dite « loi Taquet » relative à la protection de l'enfance et qui vise à améliorer la situation des enfants placés, quels qu'ils soient, fixe comme l'un de ses principaux objectifs la prise en compte de la parole de l'enfant via l'audition systématique, en tête à tête, devant le juge pour enfants, la représentation ou la défense par un avocat et la désignation d'un administrateur *ad hoc* de l'enfant, de manière plus régulière. Le législateur français a donc mis en exergue l'importance pour l'enfant protégé d'être représenté par un avocat sans pour autant en prévoir sa représentation systématique.

On ose espérer que la prochaine étape législative soit celle-ci. En ce qui concerne la représentation par un administrateur *ad hoc*, celui-ci est désigné par le juge afin de représenter provisoirement les intérêts de l'enfant dans le cadre d'une procédure judiciaire civile ou pénale, et lorsque ses parents ne sont pas en mesure de le faire ou encore lorsque ses intérêts sont contraires à ceux de ses représentants légaux. Autrement dit, l'administrateur *ad hoc* se substitue aux représentants légaux pour exercer les droits du mineur et « *les missions qui lui sont confiées sont en relation étroite avec la personne de l'enfant, sur des dossiers visant souvent des cas de maltraitance grave* » (Dossier thématique de l'ONED 2008-1). Il s'agit d'une particularité française qui vient renforcer l'idée selon laquelle l'enfant doit disposer d'un maximum de moyens pour garantir son accès à la justice et se prévaloir de ses droits procéduraux en tant que sujet actif, et non pas seulement comme un objet de protection.



Conclusion

Nous assistons à l'échelle internationale à un mouvement doctrinal fortement engagé qui vise à poursuivre l'adaptation de la justice à l'enfant de manière globale et la consécration d'un véritable statut judiciaire du mineur, à l'aune de ses droits fondamentaux. Au Québec, à la différence de la France, la représentation de l'enfant par un avocat est systématique. Pour autant, il existe en France une mesure qui lui est propre en la désignation par le juge d'un administrateur *ad hoc* pour représenter dans des cas particuliers les intérêts de l'enfant, mesure qui place l'enfant comme sujet actif dans le cadre de la procédure le concernant. Nonobstant cela, tant en France qu'au Québec, force est de reconnaître que les efforts doivent

être poursuivis en vue de renforcer le droit de l'enfant d'être informé, d'être représenté par un avocat de manière effective, afin que le mineur puisse participer activement aux décisions qui le concernent. Compte tenu de la complexité de l'appareil judiciaire et du rôle des différents acteurs sociaux et judiciaires, un éclairage apparaît opportun quant à l'importance de l'accès à l'information par et pour l'enfant. Il conviendrait également d'améliorer les moyens mis à disposition pour ce faire. Il s'agit, en effet, de la condition *sine qua non* pour que l'enfant puisse connaître concrètement ses droits de participation, de représentation par un avocat (ou un administrateur *ad hoc*), d'appel de la décision, de participation active aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité, en tant que sujet actif, avant, pendant et après sa mesure de protection, et devenir ainsi un véritable agent conscient de ses droits.

L'enfant est partie au dossier et toutes les procédures sont notifiées à tout mineur âgé de quatorze ans ou plus.

Amira MAAMERI

Doctorante en droit en cotutelle à l'université de Bordeaux et à l'université d'Ottawa
Marseille, France
amaam073@uottawa.ca / a.maameri0106@gmail.com

Bibliographie

- « Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte », Défenseur des droits, 2020, Rapport annuel, 55 p. <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports-annuels/2020/11/rapport-annuel-sur-les-droits-de-l'enfant-2020-prendre-en-compte-la-parole>
- « Le droit de l'enfant à la représentation par un avocat en matière de protection de la jeunesse. Les Cahiers de droit », A. Fournier, 1996, 37(4), 971-994. <https://doi.org/10.7202/043415ar4>
- « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », A. Gouttenoire, 2006, Cahiers de la recherche en droits fondamentaux, n°5, 59-64. <https://journals.openedition.org/crdf/7167>
- *Instaurer une société bienveillante pour nos enfants et nos jeunes : rapport de la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse*, Gouvernement du Québec, 2021, 552 p. + annexe. https://www.bibliotheques.gouv.qc.ca/bulletin_veille/instaurer-une-societe-bienveillante-pour-nos-enfants-rapport-de-la-commission-speciale-sur-les-droits-des-enfants-et-la-protection-de-la-jeunesse/
- « L'accès des enfants à la justice : Bilan critique », M. Paré ; M. Bruning ; T. Moreau et C. Siffrein-Blanc, 2022, Dalloz, 229 pages.



Omar Mahmoud
BENDJELLOUN

De l'ordre public concurrentiel : analyse marocaine de la dialectique État/marché

↳ Economic competition responds to globalization implying a disruption of the founding notions of the State, namely territory and sovereignty. The counterproductive nature of anticompetitive suggests that the State must combat the tendency of the market to self-destruct by promoting the conditions of its reproduction. Regulation leads to the empowerment of new independent authorities. The desire to reform, which attempts to initiate the transition towards more central regulation, does not express the extent of the transformations arising from the state/market dialectic, particularly in developing countries.

↳ El orden competitivo responde a la globalización, que implica una alteración de las nociones fundacionales del Estado, a saber, el territorio y la soberanía. El carácter contraproducente de los comportamientos anticompetitivos sostiene que el Estado debe combatir la tendencia autodestructiva del mercado promoviendo las condiciones para su reproducción. El derecho a regular lleva a la habilitación de nuevas autoridades independientes. La voluntad de reforma, que intenta iniciar la transición de un Estado regio a un Estado regulador, no expresa el alcance de las transformaciones derivadas de la dialéctica Estado/mercado, especialmente en los países en desarrollo.

En tant qu'expression de la régulation économique nécessaire à la mondialisation, la création d'un « ordre concurrentiel » se veut une réponse au décloisonnement des marchés nationaux, au développement des réseaux mondialisés de communication, à l'accélération des transactions commerciales et financières, aux bouleversements des notions de territoires et de souveraineté, au constat de l'affaiblissement de l'État. Les pouvoirs étatiques sont « réformés » sous prétexte qu'au-delà de leurs missions régaliennes, la fonction de gouverner interfère par nature avec la rationalité du marché. Or l'ordre économique, qui repose sur l'idée que la jonction des intérêts privés avec

l'intérêt général n'est possible que par le libre jeu de la concurrence, ne peut pas fonctionner sans une dimension « politique » et la mise en place de « méta-institutions » qui, pour aboutir à la régénérescence du marché, par le maintien en concurrence des acteurs économiques qui y interviennent. La nature contre-productive et illégale du comportement « anti-concurrentiel » de l'acteur économique défendrait l'idée que l'État doit combattre la tendance à l'autodestruction du Marché en s'opposant aux manifestations parasitaires et en protégeant la compétitivité contre elle-même, notamment par la création des conditions de sa reproduction¹, vu qu'une économie non régulée aboutit naturellement à des situations de monopole.

Concurrence et transformation du droit

C'est donc l'esprit du droit public économique² qui s'impose en tant qu'ensemble de constructions juridiques correspondant à la consécration du nouveau cadre systémique de l'économie mondialisée, lequel est censé être à la fois le plus attractif pour les investisseurs et les consommateurs, et en même temps protecteur du marché contre sa propre déviance.

Cette conscience a émergé parmi les économistes et dans le droit américain à la fin du 19^e siècle, par l'adoption du *Sherman Act* appliqué contre la *Standard Oil* par la justice américaine, qui a ordonné le démantèlement du géant énergétique à cause des effets négatifs de son monopole sur le marché qui impactaient à la fois l'État et la société. En droit français, l'Ordonnance de 1945 avait mis en place des sanctions pénales contre les pratiques anticoncurrentielles pour placer le Marché au service de l'intérêt général. Cet interventionnisme est désormais désuet, vu que la régulation de l'économie n'est plus le fait d'un commandement par le haut mais de la mise en place d'un fonctionnement

1. J. Chevallier, « État et ordre concurrentiel » in « l'ordre concurrentiel » mélange en l'honneur, d'A. Pirovano, Frison Roche, 2003.

2. A. Delaubadère, P. Delvolvé: « Droit public économique », 5^e éd. 1986, Dalloz, G. Farjat: « Pour un droit économique », PUF, 2004.

qui permet l'articulation de pouvoirs différents qui interviennent dans un environnement économique ou dans un secteur. « Intervenir » dans le Marché pour y maintenir une pluralité positive et répondre aux impératifs de « développement » nécessite une action étatique certes, mais qui s'exprime par une approche souple basée sur les vertus compromissaires et contractuelles du droit, lequel évolue donc d'un outil protégeant la concurrence anarchique vers un instrument qui régule la concurrence utile

. Au-delà d'un « droit de la pratique concurrentiel » qualifiant les faits ou mettant en place des sanctions, le droit de la régulation économique repose sur un système juridique qui traite aussi bien de plusieurs enjeux dont la consommation, la communication ou les marchés publics, mais aussi du fonctionnement efficient et normatif de la para-structure censée préserver le jeu « pluri acteur » de l'économie, notamment par la légitimation d'autorités nouvelles qui répondent à la nouvelle dialectique entre l'État et le marché.

Les autorités de régulation

Dans cette dynamique de transformation, le droit de la régulation économique influence les pouvoirs traditionnels de l'État par la mise en place de nouvelles institutions faisant partie du bloc de constitutionnalité, à l'instar du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire, que sont les « Autorités Administratives Indépendantes ».

Ces autorités de régulation concentrent des prérogatives qui contrastent avec le schéma classique de séparation des pouvoirs tel que théorisé au 18^e siècle. Elles sont au service d'une régulation sectorielle³ ou transversale confirmant le pluralisme comme source de légitimité des nouveaux espaces d'« autonomie normative ». Le droit de la régulation économique, lorsqu'il s'examine à travers l'action de ces Autorités Administratives Indépendantes, est analysé comme un ensemble de prérogatives déléguées par l'État à des institutions autonomes dotées d'une indépendance fonctionnelle, légale et financière, par rapport au gouvernement ou à la justice. Ce redéploiement obéit à une logique d'efficacité⁴ justifiée à la fois par l'expertise technique que doit requérir le régulateur dans certains secteurs comme les télécommunications ou la finance ou encore, la vitesse des procédures nécessaires à l'encadrement de ces champs économiques, que par le respect des normes mondiales de bonne gouvernance telles que prévues par les Organisations Internationales Economiques. Contrairement aux institutions judiciaires ou exécutives, les autorités de régulation proposent des solutions qui ne se réduisent pas à la seule application de la norme, mais intègrent dans leurs missions constitutionnelles et économiques, la rationalité du marché par de nouvelles formes d'interprétation ou d'exercice du pouvoir. Ce sont de nouvelles entités dotées

par le législateur de la légitimité politique pour adopter une analyse juridique permettant, par exemple, de mesurer un effet anticoncurrentiel, d'établir un bilan économique, d'apprécier un fait dommageable à la concurrence ou de proportionner des sanctions. Cohabitant aux cotés de l'organisation judiciaire compétente en matière commerciale, pénale, civile ou administrative pour intervenir sur la concurrence, les régulateurs tirent aussi leur légitimité de leur indépendance vis-à-vis de l'État en d'équilibre entre les pouvoirs, et du secteur économique ou technique contrôlé par la préservation de toute forme de conflit d'intérêt, ainsi que du dépassement du « polycentrisme » institutionnel et administratif dont souffre la technostructure et de la résolution d'une forme de dispersion des sources de droit.

L'originalité de ces nouveaux acteurs réside par exemple dans le fait que le droit de la concurrence puisse mobiliser le droit pénal, dont l'usage revient historiquement et exclusivement à l'État dans le cadre de la « violence légitime ». La notion de « sanction » vise alors à assurer les conditions d'une concurrence effective qui respecte l'autonomie des acteurs, la liberté d'accès au marché, la transparence de l'offre et l'absence de discrimination. Cette représentation de l'« ordre public concurrentiel » élabore ainsi un droit répressif qui synthétise les formes de sanction existantes, à la fois pénales et administratives, pour s'adapter aux qualifications et interprétations spécifiques et nécessaires aux infractions à la concurrence, qui peuvent aller du délit d'initié aux ententes illicites en passant par la publicité mensongère ou l'usage illégal des données personnelles. Toutefois au risque que les entreprises s'inscrivent dans la défiance, le « droit pénal de la concurrence » élabore un système hybride qui n'atteint pas la réprimande morale et instaure la différenciation coercitive via l'application de sanctions administratives comme les amendes fiscales, douanières⁵ ou celles relatives aux prix. L'historicité des principes et pratiques du droit français, européen ou américain a permis cette théorisation et mise en pratique du droit de la régulation dans la relation de l'État, en tant que représentation de l'intérêt général, avec le marché et l'économie désormais mondialisés. Les espaces économiques et systémiques émergents, en voie de développement ou d'adhésion à la mondialisation, peuvent en revanche présenter des difficultés et originalités significatives liées à l'asymétrie et à la spécificité.

Dans cette dynamique de transformation, le droit de la régulation économique influence les pouvoirs traditionnels de l'État par la mise en place de nouvelles institutions faisant partie du bloc de constitutionnalité [...].

3. M. A. Frison Roche, « Les nouveaux champs de la régulation », RFAP, n°109, 2004.

4. Y. Gaudemet, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation », RFAP, n°109, 2004.

5. D. Vaillant, « Les sanctions administratives », Rapport de Synthèse AJDA, 2001.

L'action de régulation au Maroc

Au Maroc, la libéralisation de l'économie dès les années 90 a participé à l'émergence d'un droit de la concurrence au sein de l'ordonnement juridique national déjà largement inspiré du droit français en matière constitutionnelle et économique.

La production normative en matière de marchés publics sous forme de décrets ou de jurisprudences, la promulgation de lois relatives à l'audiovisuel ou à la concurrence et aux prix sont autant de réformes qui ont sollicité les concepts de «gouvernance», de «transparence» et de «loyauté concurrentielle» animant le référent éthique et systémique d'une volonté de transition économique. La mise en place d'autorités de régulation dans différents secteurs exprime aussi une volonté de rupture qui veut inscrire le Maroc dans la mondialisation, comme ce fut le cas dans les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel longtemps affectés par l'absence de sanctions relatives aux pratiques déloyales, par le manque de coordination institutionnelle ou l'absence de spécialisation de la justice en la matière.

En effet, le début du XXI^e siècle au Maroc a connu la mise en place d'autorités de régulation telles que l'Agence Nationale de Réglementation des Télécommunications (mise en place en 1996 par la loi 24/96), la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle (mise en place en 2004 par la loi 77/03), le Conseil National de Protection

des Données à caractère personnel (mis en place en 2008 par la loi 09/08) ou encore le Conseil de la Concurrence, qui ont déstabilisé le phénomène d'«opacité» au sein de la technostructure étatique. Cette approche novatrice a doté les «Institutions de régulation» de formes de légitimités nouvelles, dont la légitimité constitutionnelle, pour intervenir aussi bien de manière verticale qu'horizontale. D'un côté, la «régulation sectorielle» se manifeste dans le domaine de la communication dans lequel le régulateur a pour rôle d'«assurer le respect du pluralisme, de la liberté d'expression, des institutions et de la dignité des individus, et à proposer au gouvernement les mesures de nature à permettre le respect de ces principes» selon la loi marocaine. De l'autre, la «régulation de direction» s'exprime à travers le Conseil de la Concurrence, qui, d'une instance consultative, est devenu une «autorité administrative» au pouvoir propre, par l'effet à la fois de l'article 166 de la Constitution, adoptée par référendum en juillet 2011, et du passage de la loi 6/99 sur la concurrence et les prix à la loi 104-12 adaptée à la nouvelle légitimité constitutionnelle, ce qui donne au Conseil de la concurrence des prérogatives d'arbitrage et de sanction plus larges.

Omar Mahmoud BENDJELLOUN

Avocat, Cabinet Bendjelloun

Rabat, Maroc

omar.bendjelloun@gmail.com



Using Section 1782 in International Disputes



Steven M. RICHMAN

➤ Les États-Unis prévoient un mécanisme légal permettant aux parties engagées dans un litige devant des tribunaux non américains d'obtenir des informations préalables de tiers situés aux États-Unis. Cette disposition, officiellement citée sous le nom de 28 United States Code Section 1782 (28 U.S.C. § 1782) contraste avec la situation générale dans d'autres pays qui cherchent à restreindre la discovery pour l'utiliser dans d'autres pays. La section 1782 s'applique aux tribunaux non américains et aux tribunaux d'arbitrage publics (mais pas privés). Cet article donne un aperçu du fonctionnement de cette loi.

➤ Estados Unidos dispone de un mecanismo legal para que las partes que participan en litigios en tribunales no estadounidenses puedan obtener pruebas de terceros situados en Estados Unidos. Esta disposición, citada oficialmente como 28 United States Code Section 1782 (28 U.S.C. § 1782) contrasta con la situación general de otros países que pretenden restringir la obtención de pruebas para su uso en otros países. La sección 1782 se aplica a los tribunales no estadounidenses y a los tribunales de arbitraje públicos (pero no privados). Este artículo de ofrece una visión general del funcionamiento del estatuto.

1. Section 1782

One of the available legal tools in international dispute resolution is the American statute found at 28 U.S.C. § 1782, often simply referred to as "Section 1782." This federal law provides a mechanism for non-U.S. litigants to obtain evidence located in the United States for use in litigation outside the United States, under certain circumstances.

The statute states in Section 1782(a) that a "district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal..."

Until recently, there was a question as to whether this would allow parties to private arbitration proceedings outside the United States to avail themselves of this. The Supreme Court in *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 249 (2004), cited legislative history to explain "that Congress introduced the word 'tribunal' to ensure that 'assistance is not confined to proceedings before conventional courts,'" but extends also to "administrative and quasi-judicial proceedings." But this left matters in doubt about the application of this decision to private arbitration proceedings, while one judge noted, "[c]ourts are split as to whether a purely private arbitration would fall within the scope of the statute." *In re Kleimar N.V. v. Benxi Iron & Steel Am., Ltd.*, No. 17-CV-01287, 2017 WL 3386115, at *5 (N.D. Ill. Aug. 7, 2017).

That issue has now been resolved. On June 13, 2022, the United States Supreme Court (SCOTUS) in *ZF Auto. US, Inc. v. Luxshare, Ltd.* --U.S. --, 142 S. Ct. 2078 (2022) resolved a longstanding disagreement among the circuits and held that Section 1782 does not apply to private arbitration. As for its decision in *Intel*, the Court stated that the Court had not purported to establish in *Intel* a test as to what actually would qualify as a foreign or international tribunal; the private arbitration issue was not before it then, and *Intel* only decided that the particular entity then before it did qualify because it was a "'first-instance decisionmaker' that rendered dispositive rulings reviewable in court."

SCOTUS further explained how an application is made in federal court, usually by a petition but consistent with the particular court's local practices, and needs to satisfy certain criteria. Ultimately, the decision whether to permit the discovery remains with the judge. Nonetheless, such applications are to be freely granted in the interest of justice and comity. *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 247-248 (2004).

With that issue now put to rest, the balance of this basics piece outlines how a court in the United States proceeds to analyze a Section 1782 request for discovery in the U.S. relating to proceedings before the foreign tribunal.

As a general matter, a federal district court has authority to grant a Section 1782 application where the following three statutory requirements are met: (1) the discovery is sought from a person residing in the district to which

the application is made; (2) the discovery is for use in a proceeding before a foreign tribunal; and (3) the applicant is a foreign or international tribunal or an interested person. *IPCom GMBH & Co. KG v. Apple Inc.*, 61 F. Supp. 3d 919, 922 (N.D. Cal. 2014). Litigants in the foreign proceeding qualify as interested parties under the statutory requirements. Indeed, the *Intel* court noted that a litigant “may be the most common example of the ‘interested person[s]’ who may invoke § 1782.” *Intel*, 542 U.S. at 256.

If the statutory requirements are met, a district court retains broad discretion regarding the decision whether or not to grant the requested discovery. The discretionary factors to be considered by the court are as follows: (1) whether the person from whom discovery is sought is a participant in the foreign proceeding; (2) the nature of the foreign tribunal, the character of the proceedings underway abroad, and the receptivity of the foreign government or the court or agency abroad to U.S. federal court judicial assistance; (3) whether the request conceals an attempt to circumvent foreign proof-gathering restrictions or other policies of a foreign country or the United States; and (4) whether the requested discovery is unduly intrusive or burdensome.” *Intel*, 542 U.S. at 264-65; *IPCom GMBH & Co. KG*, 61 F. Supp. 3d at 922.

The discovery sought need simply satisfy conditions of relevance under the Federal Rules of Civil Procedure, which means the evidence is “relevant to any party’s claim or defense” in the foreign court in order to satisfy this statutory requirement. Fed. R. Civ. P. 26(b)(1). Relevance in this context is broadly construed “to encompass any matter that bears on, or that reasonably could lead to other matter that could bear on, any issue that is or may be in the case.” *Oppenheimer Fund, Inc. v. Sanders*, 437 U.S. 340, 351 (1978).

In engaging in this analysis, the statute’s twin aims are relevant: “providing efficient means of assistance to participants in international litigation in our federal courts and encouraging foreign countries by example to provide similar means of assistance to our courts.” *Brandi-Dohrn v. IKB Deutsche Industriebank AG*, 673 F.3d 76, 81 (2nd Cir. 2012) (citations and internal quotations omitted).

Looking at the factors in more detail:

A. Participation In The Foreign Proceedings

If the person from whom discovery is sought is a party in the foreign proceeding, then relief under Section 1782(a) is not necessary, since that foreign tribunal has jurisdiction over those appearing before it and can itself order them to produce evidence. *Intel*, 542 U.S. at 264. On the other hand, non-participants in that foreign proceeding may be outside the foreign tribunal’s jurisdictional reach. *Id.*; *In re W. Face Capital Inc.*, No. 18-MC-80179-LB, 2018 WL 4944892, at *2 (N.D. Cal. Oct. 12, 2018).

B. The Tribunal Is Receptive To Discovery Pursuant to Section 1782

The second *Intel* factor requires the court to “take into account the nature of the foreign tribunal, the character

of the proceedings underway abroad, and the receptivity of the foreign government or the court or agency abroad to U.S. federal-court judicial assistance.” *Intel*, 542 U.S. at 264; *In re W. Face Capital Inc.*, No. 18-MC-80179-LB, 2018 WL 4944892, at *2 (N.D. Cal. Oct. 12, 2018).

The foreign proceeding is focused on unlawful activity that is evidenced by communications that include email communications.

C. The Application Is Not An Effort To Circumvent Foreign Proof-Gathering Restrictions

The third *Intel* factor addresses whether the request “conceals an attempt to circumvent foreign proof-gathering restrictions or other policies of a foreign country or the United States.” *Intel*, 542 U.S. at 264-65; *In re W. Face Capital Inc.*, No. 18-MC-80179-LB, 2018 WL 4944892, at *3 (N.D. Cal. Oct. 12, 2018). The application should indicate how it is necessary to give effect to an appropriate proof-gathering in the foreign proceeding.

D. The Application Should Not Be Intrusive nor Unduly Burdensome

This application should be appropriately customized to minimize any undue intrusion or burden.

Section 1782 does not preclude persons within the United States from voluntarily providing testimony or statements or producing documents for use in such proceedings, but attention must still be paid to the ability to use such evidence in the foreign proceeding itself.

2. Other Avenues

Certain states may provide alternative recourse. For example, New Jersey Court Rule 4:11-4(a) provides for testimony to be taken in New Jersey for use in another state or a foreign country “in connection with proceedings there.” This language is different and broader than that contained in Section 1782. Each jurisdiction should be consulted if this remedy is sought to see if it is available for use in a private arbitration located outside the United States. There may also be occasions where the third party agrees voluntarily to provide discovery in the United States. Ultimately, the admissibility of such evidence will be determined by the foreign tribunal.

Steven M. RICHMAN

Lawyer, Clark Hill PLC

English Language Deputy Editor, *Juriste International*

Princeton, NJ, USA

srichman@clarkhill.com

France - La protection des enfants

La loi française relative à la protection des enfants du 8 février 2022 entend améliorer la situation des enfants remis à l'aide sociale à l'enfance par une limitation des placements à l'hôtel, la fin des sorties « sèches » à la majorité, une meilleure protection contre les violences envers les enfants. Elle réforme le métier des assistants familiaux et instaure une gouvernance nationale de la protection de l'enfance. La profession regrette néanmoins que le législateur n'ait pas inscrit dans la loi le principe « un avocat, un enfant », qu'il n'ait pas interdit les placements hôteliers d'urgence, limité le recours aux fichiers d'aide à l'évaluation de la minorité et qu'il oblige les départements à collaborer avec les préfetures pour le paiement des contributions de l'État à la protection de l'enfance.

France - La visio audience en matière civile

Durant la crise sanitaire, le recours à la visioconférence pour la tenue des audiences ou auditions a été facilité. Si le Conseil d'État l'a sanctionné devant les juridictions pénales, ce moyen de communication audiovisuelle a été pérennisé dans les matières non pénales par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 – nouvel Art. L. 111-12-1 du COJ – dont les modalités d'application ont été précisées par le décret n° 2022-79 du 27 janvier 2022 – nouvel Art. R. 111-7-1 du COJ – et l'arrêté du 13 mai 2022. L'initiative revient au président de la formation de jugement qui, pour un motif légitime, autorise une partie, un témoin, un expert ou toute personne convoquée et qui en a fait la demande à être entendu par communication audiovisuelle pendant l'audience ou de l'audition.



France - Une nouvelle procédure disciplinaire pour les avocats

La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour a confiance dans l'institution judiciaire réforme en profondeur la procédure disciplinaire des avocats en France. Depuis le 1er juillet 2022, l'instance disciplinaire devient une juridiction à part entière. Le bâtonnier peut désormais organiser une conciliation entre les parties en amont. La réforme élargit également la saisine de la juridiction disciplinaire au justiciable, modifie et encadre la durée de la suspension provisoire de l'avocat et crée de nouvelles sanctions disciplinaires comme l'obligation de suivre une formation complémentaire en déontologie.

France - De nouvelles règles relatives au certificat de nationalité française

Le décret n° 2022-899 du 17 juin 2022 relatif au certificat de nationalité française est entré en vigueur le 1er septembre 2022. Ce décret modifie les modalités d'instruction des demandes et les modalités pour former des recours contre un éventuel refus. Le recours hiérarchique ou gracieux devant le ministre de la Justice est supprimé pour laisser place au seul recours devant le tribunal judiciaire qui doit être formé dans un délai de 6 mois à compter de la notification du refus ou à l'issue du délai de refus implicite.

China - The Family Education Promotion Law of the PRC

The Family Education Promotion Law (FEPL) was enacted on 1st Jan 2022. As the first law on family education in the People's Republic of China (PRC), the FEPL clarifies the responsibilities of guardians, schools, neighborhoods, and society. One significant feature of this legislation is that it regulates by promoting education instead of imposing coercive intervention. Notably, it corresponds with the PRC's major policy shift of the one-child policy. Now the PRC allows couples to have up to three children.

This legislation would have a positive effect on the PRC's tutoring industry with the growth of the new generation and a more diverse and balanced environment for children's upbringing. China is more confident in preparing the next generation for a better future.

United Kingdom - A Wind of Change?

Much has changed in Great Britain in a short time. The Monarch, Her Majesty Queen Elizabeth II, has died after 70 years on the throne. The name of Her successor and son, Charles III, harks back to a time of civil war and turmoil in Britain some 400 years ago.

The Government too has changed with Boris Johnson replaced by Liz Truss as Prime Minister; the former's conduct finally proving too much for his colleagues and Parliament.

The relationship between the Johnson government and the rule of law was a matter of controversy on both the domestic and international stage. In the *Article 50*¹ and *Proroguing*² cases, the Government was found to have acted unlawfully. In retribution, the Government proposed legislation, now before Parliament, to rein in the powers of the courts and the right to protest publicly and to weaken the UK's human rights legislation and the role of the European Court of Human Rights.

On immigration rights, Government proposals for some immigrants lead the *New Yorker* magazine to describe Britain as a "rogue nation". Successful court challenges over Government actions have led to government attacks on lawyers and judges, which in turn have led to violent attacks on human rights lawyers. Two of the government's ethics advisers resigned over "deliberate breaches by the UK of its obligations under international law" and the "government's widely publicised openness" to such legal violations.

This attitude to the rule of law also surfaces in the international plane. In seeking to alter the Brexit Agreement and Northern Ireland Protocol, the current Lord Chancellor openly admitted the Government proposed to break international law.

Johnson is now replaced, but the new Prime Minister has expressed support for many of the Johnson measures and it remains to be seen whether it will be all change or, more, likely *plus ça change*.

Editor's Note : While publication was pending, Prime Minister Liz Truss resigned after her government's actions rocked the financial markets and Rishi Sunak of the Conservative Party, became Prime Minister.

1. R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) [2017] UKSC 5.

2. R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) [2019] UKSC 41.

Brazil - Environmental Issue on Indigenous Lands

The Brazilian Executive Branch sent a Bill of Law to Congress 191/20, regulating the Brazilian Constitution, for carrying out research and mining of mineral resources and hydrocarbons and use of water resources for electric energy in indigenous lands" based on "the scarcity or external dependence for the production of chemical fertilizers". The Chamber of Indigenous Populations and Traditional Communities of the Federal Public Ministry released a note in which it reiterates the unconstitutionality of the proposal, claiming "external threat does not authorize the reduction of the protection of human rights, particularly of minorities and vulnerable groups". It also cites a survey showing that "most of the mines are located outside indigenous lands". (<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PGR00085541.2022.pdf>).

Afghanistan - Un an après la chute de Kaboul, conséquences pour la profession d'avocat

Le rétablissement du pouvoir taliban a mis fin à 20 ans de construction de l'État de droit. Les avocats afghans sont restreints dans l'exercice de la profession et font l'objet d'une répression féroce depuis l'accès à leurs informations personnelles par des personnes armées ayant pris d'assaut le Barreau indépendant d'Afghanistan (AIBA). Le Conseil national des Barreaux (CNB) français et l'Observatoire International des Avocats en Danger (OIAD) alertent sur la situation de centaines d'avocats pourchassés, leur nécessaire mise en sécurité et les soutiennent pour poursuivre leur activité en exil.





UIA

Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

31st World Forum of Mediation Centres

A Meeting of the Officers of the World's Leading Commercial Mediation Centres

FRANKFURT GERMANY

Friday, June 30 & Saturday, July 1, 2023

With a welcome cocktail on Thursday, June 29

#UIAWFMC



**SAVE
THE
DATE**

Information & registration www.uianet.org



UIA

Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

www.uianet.org

SAVE THE DATE



ROMA
2023

UIA CONGRESS

67TH UIA CONGRESS

OCTOBER 25-29, 2023
#UIAROMA

ROMA