

Trabajo recibido el 13 de enero de 2016 y aprobado el 6 de abril de 2017

La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes

CONVENTIONAL PROTECTING THE RIGHTS OF CHILDREN AND THE STANDARDS OF THE INTER-AMERICAN COURT ON SPECIAL MEASURES FOR PROTECTION FROM STATES PARTIES TOWARDS CHILDREN, AS A BASIS FOR CONSTITUTIONALLY GUARANTEE THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

HUMBERTO NOGUEIRA A.*

RESUMEN

El artículo, sobre la base del *corpus iuris* que tiene como raíz el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño, sistematiza los estándares jurisprudenciales de la Corte IDH sobre la materia, planteando el aseguramiento y garantía constitucional de los derechos del niño y adolescentes, teniendo como antecedentes diversas Constituciones latinoamericanas o reformas constitucionales que aseguran los derechos del niño en las últimas décadas en América Latina.

ABSTRACT

Article based on the *corpus juris* which is based on Article 19 of the American Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of the Children, systematized standards jurisprudential American Court on the matter, raising the assurance and guarantee constitutional rights the children and adolescents, with the various backgrounds Latin American constitutions or constitutional reforms that ensure children's rights in recent decades in Latin America.

PALABRAS CLAVE

Derechos del Niño y Adolescentes, Convención Americana de Derechos Humanos, estándares jurisprudenciales de la Corte IDH, derechos constitucionales

KEY WORDS

Children's rights and Adolescents, American Convention on Human Rights, jurisprudential standards of the Inter-American Court; constitutional rights

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina. Profesor Titular de Derecho Constitucional. Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca, Chile. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Correo electrónico nogueira@utalca.cl.

1. Introducción

En materia de derechos de los niños nos encontramos con un *corpus iuris* de derecho internacional bastante amplio, que en el ámbito latinoamericano tiene como instrumento básico a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que asegura dichos derechos de una manera genérica en el artículo 19, y la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, además de los protocolos complementarios, relativos a *la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía* (resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000), y el protocolo facultativo sobre *la participación de niños en los conflictos armados* (resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000), a lo cual debe sumarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a través de sus sentencias en casos contenciosos y sus Opiniones Consultivas sobre la materia, debiendo considerarse también como *soft law* las Observaciones del Comité de Derechos del Niño. En la misma perspectiva deben sumarse también como parte del *corpus iuris* de los derechos de niños y adolescentes *Las reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia juvenil* (Reglas de Beijing), de 28 de noviembre de 1985; *Las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, de 14 de diciembre de 1990, y las *Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia infantil* (Directrices de Riad), de 14 de diciembre de 1990.

Una de las especificidades propias de los derechos de los niños, a diferencia de los derechos fundamentales o humanos de otros titulares, es que tales *derechos son obligatorios* y no incluyen la facultad de renunciar a su ejercicio, como ocurre también en términos generales con el derecho a la educación como derecho humano que tiene igualmente carácter obligatorio, no pudiendo optarse por su no ejercicio.

El Estado tiene, respecto de todos los niños bajo su jurisdicción, las obligaciones de respetar, asegurar, promover y garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, las que se imponen no solo en relación con el poder del Estado, sino también frente a actuaciones de terceros particulares, derivándose así deberes especiales, los que se determinan en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, producto de su situación de vulnerabilidad, debilidad, falta de madurez y de autonomía, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentren.

En la materia se han desarrollado cuatro principios rectores que inspiran e irradian todo el sistema de protección integral de protección de los menores: principios de no discriminación, de interés superior del niño, de respeto al

derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño, y el de respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que le afecte.

Tanto la Convención sobre Derechos del Niño, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas como la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos entregan las bases que requiere una Política Nacional de Infancia y Adolescencia acorde a los estándares internacionales. El asumir el estándar interamericano sobre derechos de los niños y adolescentes requiere la existencia de una base jurídica al más alto nivel de nuestra institucionalidad, ello implica un reconocimiento expreso de los derechos de niños y adolescentes en la Constitución Política de la República.

El sistema interamericano de protección de derechos humanos en Latinoamérica, que tiene a la CADH como instrumento central y básico, ha desarrollado a través de la Corte IDH un conjunto de *estándares mínimos* a través de sus opiniones consultivas y casos contenciosos, los cuales los Estados Partes del sistema interamericano de derechos humanos deben asumir, al ser la Corte IDH la intérprete auténtica y final de la CADH (artículos 62.1 y 62.3 de la misma convención) y del *corpus iuris* respectivo, conforme al artículo 29 literal d de la CADH, debiendo los Estados adoptar las medidas especiales de protección y asistencia, en favor de los niños bajo su jurisdicción, actuando de buena fe, conforme al principio *favor persona* y dando un *efecto útil a las disposiciones convencionales*.

Nuestra hipótesis de trabajo en el presente artículo es que el *corpus iuris* de derecho internacional vigente y vinculante para el Estado de Chile y los estándares jurisprudenciales fijados por la Corte IDH posibilitan reconocer la especificidad propia de los derechos de niños y adolescentes, pudiendo dotarlos de una adecuada protección y seguridad jurídica de carácter constitucional, como ya lo han hecho previamente otras Constituciones recientes o reformas constitucionales de Estados latinoamericanos.

Para tener una base sólida de estándares que permitan dar contenido a dicha norma constitucional, estudiaremos y sistematizaremos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtico y final del *corpus iuris* interamericano, lo que posibilitará la redacción de una disposición sobre derechos de niños y adolescentes en nuestra Constitución Política del Estado de Chile.

2. Consideraciones generales sobre los derechos de los niños y adolescentes

Conforme a la interpretación armónica de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en sus artículos 19 y 29, literal d, que posibilita acudir a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y a otros actos internacionales de la misma naturaleza, y en virtud de ello, puede considerarse

complementariamente la *Convención sobre Derechos del Niño*, en la medida en que la primera no define el concepto de niño, el cual lo determina el artículo 1º de la segunda, especificando que “niño [es] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Así, la Corte IDH a través de sus pronunciamientos, como intérprete auténtica y final de la Convención, ha determinado mediante su *Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 42*, que,

“en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”¹.

La interpretación conjugada del artículo 19 de la CADH y de la Convención sobre Derechos del Niño se encuentra autorizada como ya hemos señalado por el artículo 29, literal d, de la CADH, y la Corte IDH la practica en diferentes casos, uno de ellos es el *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*, señalando en relación con el artículo 19 de la CADH, que:

*“Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, como en la sentencia de la Corte IDH en el caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, en cuyo párrafo 219, explicita: ‘El artículo 19 de la Convención, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en ésta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables’².*

En tal perspectiva, debe considerarse especialmente la *Convención sobre Derechos del Niño*, la que determina en su artículo 2º, primer párrafo, que

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafo 42. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH en el *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bulacio Vs. Argentina, de 18 de septiembre de 2003, párrafo 133. Asimismo, en el *Caso Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, de 20 de noviembre de 2012, párrafo 19, y en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mendoza y otros Vs. Argentina*, de 14 de mayo de 2013, párrafo 140.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, de 25 de noviembre de 2013, párrafo 219.

sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Agregando en su párrafo segundo:

“2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

El Estado tiene, respecto de todos los niños bajo su jurisdicción, las obligaciones de respetar y garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, las que se imponen no solo en relación con el poder del Estado, sino también frente a actuaciones de terceros particulares, derivándose así deberes especiales, los que se determinan en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, producto de su situación de vulnerabilidad, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentren. Así ha sido explicitado por la *Corte IDH* en algunos casos contenciosos que ha debido resolver³.

La Corte IDH en materia de la protección de menores ha determinado cuatro principios rectores extraídos de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral para la protección de los niños, ellos son:

“El principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana”⁴.

Como determina la Corte IDH, en el *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, las medidas de protección a las que alude el artículo 19 de la CADH incluyen, entre otras, los derechos

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil*, de 25 de noviembre de 2008.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párrafo 68.

“a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”⁵.

La necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, *“tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”*, como lo especifica la *Opinión Consultiva OC-17/02*⁶.

La prevalencia del *interés superior del niño* debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia que, como precisa la CIDH,

“obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad” prestando *“especial atención”* a las necesidades y los derechos de éstos *“cuando pertenecen a un grupo en situación vulnerable”*.

En tal perspectiva, la Corte IDH ha determinado también que

“la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad [...]”⁸.

Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, teniendo además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Es necesario precisar que las obligaciones de adoptar medidas de protección especiales respecto de los niños alcanzan a su familia, a la sociedad y al Estado, como señala el artículo 19 de la CADH, siendo todos ellos corresponsables en distinto grado de su protección, desarrollo y cuidado, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto. Como señala la Corte IDH,

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999, párrafo 196.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafo 54.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, de 16 de noviembre de 2009, párrafo 408. En el mismo sentido ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, de 24 de noviembre de 2009, párrafo 184.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005, párrafo 134.

“En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, ‘[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad’, con derecho a ‘la protección de la sociedad y el Estado’, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana, a ser complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia”⁹.

La Corte IDH se ha pronunciado sobre el alcance del concepto de familia, determinando que hay una diversidad de concepciones de familia, no restringiéndose ella a la concepción tradicional o clásica de los padres y sus hijos.

Así lo establece en la Opinión Consultiva 21/2014, determinando

“que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los ‘lazos familiares’ pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término ‘progenitores’ de la niña o del niño empleado en la consulta formulada

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafo 66.

a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que ‘el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local’, de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable ‘a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha’¹⁰.

Cuando los Estados violan los derechos de los niños, especialmente, los menores que se encuentran en situación de riesgo, los hacen víctimas de una doble agresión.

“En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’ a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”¹¹.

Recordemos que, conforme a la CADH, los Estados Partes tienen la obligación general de adecuar su normativa interna a las normas de la Convención Americana conforme determina el artículo 2º, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). Este deber implica, como señala la Corte IDH, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Como precisa la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-21/14.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999, párrafo 191.

“la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos”¹².

Dejemos constancia de que conforme a la interpretación conjunta del artículo 19 de la CADH y de la Convención sobre Derechos del Niño, que forma parte del *corpus iuris* de los derechos de la niñez, como establece la Corte IDH, *“se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”¹³.*

Las obligaciones del Estado, derivadas del artículo 19 de la CADH, exceden el campo estricto de los Derechos Civiles y Políticos, el cual, armonizado con la Convención sobre Derechos del Niño, abarca ámbitos económicos, sociales y culturales, los cuales facilitan y promueven su desarrollo y su proyecto de vida; como ha señalado la Corte IDH en el *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, las obligaciones del Estado

“abarcaban aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”¹⁴.

En la misma perspectiva, en el *caso Forlán y Familiares Vs. Argentina*, la Corte IDH determina que

“[L]a Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social, que incluso deben ser mayores en casos de niños con discapacidad. Respecto de los niños con discapacidad, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló que: [e]l logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párrafo 65.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, de 14 de octubre de 2014, párrafo 107.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004, párrafo 149.

*discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud*¹⁵.

La obligación de adoptar “medidas de protección” por parte del Estado que determina la Convención respecto de los menores, la Corte IDH la interpreta de acuerdo a su calidad de intérprete auténtica y final de la Convención, conforme al art. 62 de la CADH, en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, determinando que, al interpretar un tratado,

*“no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”*¹⁶.

Las *medidas de protección* en favor de los niños tienen como fundamento la vulnerabilidad de ellos; por lo tanto, los derechos de los niños convencionalmente asegurados constituyen derechos complementarios respecto de los que poseen todas las personas, estableciendo una forma de discriminación positiva a efectos de garantizar una efectiva igualdad ante la ley. Como ha precisado la Corte IDH, en su *Opinión Consultiva OC-21/14*:

“Las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 ‘debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial’. En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Forlán y Familiares Vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012, párrafo 138.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, de 8 de julio de 2004, párrafo 164.

*el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales*¹⁷.

En el caso de ser necesario requerir identificar y determinar la edad de una persona, especialmente un posible menor de edad, la Corte IDH ha precisado que

*“el Estado, a través de sus autoridades competentes en la materia, debe realizar de oficio las acciones pertinentes para acreditar fehaciente la minoría de edad, a través de una evaluación con criterios científicos, teniendo en cuenta la apariencia física (características somáticas y morfológicas) y la madurez psicológica, realizada de forma segura, respetuosa y con consideraciones de género e impactos diferenciados. En caso que no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, se debe otorgar ‘al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal’”*¹⁸.

En el marco señalado en este párrafo, consideraremos los principales ámbitos de la protección de los niños sobre los cuales la Corte IDH ha fijado estándares mínimos a través de su jurisprudencia.

2.1. Derecho a la vida digna de los menores

Respecto del derecho a la vida, la Corte IDH en el *Caso Gelman Vs. Uruguay* determina que tal derecho no solo se afecta cuando se pone término a la vida de una persona o cuando se afecta gravemente su integridad física o psíquica, sino cuando se pone en riesgo la supervivencia y el desarrollo del menor:

“Los hechos probados afectaron también el derecho a la vida, previsto en el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de María Macarena Gelman, en la medida que la separación de sus padres biológicos puso en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debía garantizar, acorde a lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6° de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párrafo 66.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, de 27 de agosto de 2014, párrafo 173.

*injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo*¹⁹.

La Corte IDH en su resolución sobre la *Opinión Consultiva OC-17/02*, ha explicitado también en el caso de los menores, que el derecho a la vida protegido por la Convención es a una *vida digna*:

*“En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4º de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas”*²⁰.

Asimismo, la Corte IDH determina que el concepto de vida digna, desarrollado por el Tribunal, se relaciona con la norma contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 23.1, relativo a los niños que presentan algún tipo de discapacidad, establece lo siguiente:

“1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”.

La Corte IDH, en el caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, ha realizado diversas consideraciones respecto del derecho a la vida de los niños privados de libertad, señalando que

“cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, tiene además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana.

“Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman Vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011, párrafo 130.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafo 80.

de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión”²¹.

2.2. Derechos a la integridad y libertad de los menores

En el ámbito del derecho a la integridad personal del menor, debe armonizarse el texto del artículo 19 de la CADH con los artículos 5º, 7º y 8º de la misma y con el artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño. En tal perspectiva, la Convención sobre Derechos del Niño determina:

“Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

[...];

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

En específico, sobre la integridad personal, la Corte IDH en el *Caso Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil*, ha determinado que acerca de menores privados de libertad

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, de 27 de agosto de 2014, párrafo 182.

“están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor”²².

Asimismo, la Corte IDH señala que en caso de menores privados de libertad, con el objeto de proteger su derecho a la vida e integridad personal, deben separarse por categorías de edad, naturaleza de la infracción jurídica y situación procesal, como lo precisa en su sentencia sobre el *Caso Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil*, señalando que

“para proteger la vida e integridad personal de los niños residentes en el ‘Complejo do Tatuapé’, debe existir, como mínimo, una separación por categorías de edad, naturaleza de la infracción cometida y entre jóvenes procesados y aquellos cuya situación ya ha sido resuelta, de manera que los internos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes sectores dentro del establecimiento. En consonancia con lo dicho anteriormente, [e]l criterio principal para separar a los diversos grupos de menores privados de libertad deberá ser la prestación del tipo de asistencia que mejor se adapte a las necesidades concretas de los interesados y la protección de su bienestar e integridad físicos, mentales y morales”²³.

La Corte IDH se ha pronunciado en la sentencia del *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay* sobre la protección de la integridad de los niños en conflictos armados internos e internacionales, determinando que

112. *El derecho internacional contempla normas especiales para la protección de la integridad física y psicológica de niños cuando estos se encuentran involucrados en actividades militares, ya sea en tiempos de paz como durante el transcurso de los conflictos armados.*

113. *En cuanto al derecho internacional humanitario, los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) o internos (Protocolo II) determinan la necesidad de una*

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil*, de 30 de noviembre de 2005, párrafo 13.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil*, de 30 de noviembre de 2005, párrafo 16.

protección especial para los niños. El Protocolo I determina que las 'Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad'. El Protocolo II afirma en su artículo 4 referente a Garantías Fundamentales que se 'proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular [...] los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades'".

114. *Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos exige la imposición de restricciones al reclutamiento de niños en las fuerzas armadas. En este sentido, el artículo 38, párrafo tercero, de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas establece que los 'Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años de edad, pero sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad'".*

(...)

116. *El 25 de mayo de 2000 se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados²⁴.*

En el caso de medidas de protección respecto de las niñas, debe tenerse en consideración también la *Convención de Belém do Para*, cuyo artículo 7, literal b), en relación a la violencia contra la mujer, hace presente que las niñas son especialmente vulnerables a dicha violencia. En tal perspectiva, la Corte IDH ha precisado la especial intensidad de dichas medidas de protección como deber estatal

"(...) de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vargas Areco Vs. Paraguay*, de 26 de septiembre de 2006, párrafos 112, 114 y 116.

*potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia*²⁵.

En tal perspectiva, el Estado debe *adoptar medidas preventivas tendientes a erradicar dicho tipo de violencia y sancionar a los responsables de ella*. En este sentido, la Corte IDH en el *Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala* ha explicitado que

*“[L]a especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia*²⁶.

Un problema que deben afrontar los Estados Partes de la CADH, en el contexto latinoamericano, está dado por el secuestro, venta y trata de niños, cuyas disposiciones básicas se encuentran en el artículo 19 de la CADH en armonía con el art. 35 de la Convención sobre Derechos de los Niños, el cual dispone que:

“[L]os Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

La Corte IDH ha establecido algunos estándares en la sentencia del *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, donde determina que de la lectura conjunta de las dos disposiciones antes señaladas surge una norma precisa que dispone el contenido de algunas de las medidas de protección del artículo 19, las cuales serían,

“entre otras, la obligación de adoptar todas las medidas de carácter nacional necesarias para impedir la ‘venta’ de niños cualquiera sea su fin o forma. El texto resulta claro en afirmar que el deber del Estado consiste en adoptar todas las medidas idóneas para alcanzar el fin de impedir toda venta de niños; es decir, no puede optar entre distintas medidas, sino que debe impedir la ‘venta’ de todas las maneras posibles, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas,

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Véliz Franco y otros Vs. Guatemala*, de 19 de mayo de 2014, párrafo 134.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Véliz Franco y otros Vs. Guatemala*, de 19 de mayo de 2014, párrafo 134.

administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la ‘venta’ de niños y niñas, cualquiera sea su forma o fin”²⁷.

La Corte IDH en la *Opinión Consultiva OC-21/14* precisa la especial situación de los niños que se encuentran separados de sus familias fuera de su país, lo que los hace especialmente vulnerables a la trata infantil. La Corte IDH precisa en tal perspectiva que

“reconoce que las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata, en especial para la explotación sexual y laboral. Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas, entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión”²⁸.

La Corte IDH considera, en virtud de un diagnóstico de la situación, que los Estados deben adoptar medidas preventivas de control de frontera para evitar la trata de seres humanos:

“[L]os Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños. A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello. Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral”²⁹.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fornerón e hija Vs. Argentina*, de 27 de abril de 2012, párrafo 139.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, párrafo 91.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, párrafo 91.

La Corte IDH en el *Caso Bulacio Vs. Argentina* ha explicitado que en el caso de niños privados de libertad, el Estado tiene el deber de asegurarle un derecho a una vida digna y *la garantía de su integridad física, psíquica y moral*.

“126. Quien sea detenido ‘tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal’. La Corte ha establecido que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos, lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad”³⁰.

A su vez, en el *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, la Corte IDH se refiere a la necesidad de que los Estados se doten en materia de justicia penal juvenil de un marco legal y políticas públicas adecuadas y ajustadas a los estándares internacionales, implementando

“un conjunto de medidas destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, los Estados deberán, entre otros, difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como a sus familias”³¹.

2.3. Derecho a la identidad de los menores

La Corte IDH en la sentencia del *Caso Gelman Vs. Uruguay* reconoce la existencia de un derecho a la identidad de los menores, cuando esta ha sido alterada ilegalmente, teniendo el derecho a recuperar su verdadera identidad:

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio Vs. Argentina*, de 18 de septiembre de 2003.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mendoza y otros Vs. Argentina*, de 14 de mayo de 2013, párrafo 150.

“La situación de un menor de edad cuya identidad familiar ha sido alterada ilegalmente y causada por la desaparición forzada de uno de sus padres, como es el caso relativo a María Macarena Gelman, solo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes. Así, el Estado no garantizó su derecho a la personalidad jurídica, en violación del artículo 3 de la Convención”³².

La Corte IDH se ha referido al *derecho a la identidad* en diversos otros fallos. En el *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala* ha explicitado que el derecho al nombre es un componente básico del derecho a la identidad:

“192. En cuanto al derecho al nombre, la Corte hace notar que ha establecido en su jurisprudencia que ‘el derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona’. En este sentido, el Tribunal ha señalado que ‘los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia’”³³.

A su vez, en el *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, la Corte IDH ha profundizado sobre el derecho a la identidad señalando:

“112. Ahora bien, el Tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana. No obstante, el artículo 29.c de este instrumento establece que ‘[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno’. Al respecto, la Corte ha utilizado las ‘Normas de Interpretación’ de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman Vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011, párrafo 131.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, de 24 de noviembre de 2009, párrafo 192.

y al corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa. En su artículo 8.1 señala que '[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas'. De la regulación de la norma contenida en la Convención sobre Derechos del Niño se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, se encuentra compuesto por la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado a modo descriptivo mas no limitativo. De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano ha resaltado que el 'derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana' y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee 'un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares'. En efecto, es 'un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su [c]onjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana'. En consecuencia, en las circunstancias del presente caso y en atención al contexto de los términos de la Convención Americana, interpretados a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal estima que el conjunto de las violaciones a los derechos establecidos en la Convención Americana que fueron analizados constituyen una afectación al derecho a la identidad, el cual es inherente al ser humano, y se encuentra estipulado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

113. [...] Asimismo, es importante resaltar que, si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años. Además, el derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez³⁴.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Contreras y otros Vs. El Salvador*, de 31 de agosto de 2011, párrafos 112 y 113.

En sentido similar al caso anterior, la Corte IDH se pronuncia sobre el derecho a la identidad en el *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, en relación con la Convención sobre Derechos del Niño, entregando una conceptualización del mismo:

“123. (...) la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que ‘[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas’. El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”³⁵.

La Corte IDH en su sentencia del *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay* ha precisado que la prisión preventiva de menores de edad debe aplicarse con rigurosidad, siendo la regla las medidas sustitutorias de la prisión.

“(...) En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser, inter alia, la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción”.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fornerón e hija Vs. Argentina*, de 27 de abril de 2012, párrafo 123.

“231. Además, cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de niños, ésta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, tal como lo establece el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que los Estados Partes velarán porque: Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...]”³⁶.

2.4. Libertad personal y privación de libertad de menores

La Corte IDH en su sentencia en el *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, en materia de *penas privativas de libertad de niños*, ha determinado los principios básicos que deben aplicarse en la materia, siendo ellos los siguientes:

“1) de ultima ratio y de máxima brevedad, que en los términos del artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que ‘[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda’, 2) de delimitación temporal desde el momento de su imposición, particularmente relacionado con los primeros, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve posible, ello implica que las penas privativas de libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños, y 3) la revisión periódica de las medidas de privación de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño, con base en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, prevé la revisión periódica de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido que ‘la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico’”.

“163. Con base en lo anterior, y a la luz del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfac-

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004, párrafos 230 y 231.

*ción de sus derechos [...], la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños*³⁷.

La Corte IDH, en casos en que los menores en su primera infancia han sido separados de sus padres, ha conseguido que fuera de afectar el derecho a la unificación familiar, en la medida en que ellos ejercen sus derechos de manera progresiva, actuando en sus primeros años por conducto de sus familiares, la separación de un niño de ellos implica un menoscabo de su libertad³⁸.

La Corte IDH, en el mismo caso, determina que las penas privativas de libertad tienen como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados, debiendo en el caso de niños tener especialmente en consideración su resocialización y reintegración a la sociedad, siendo inaceptable la prisión perpetua.

“165. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas. No obstante, el Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, ‘[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a ‘ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma.

166. Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, el Tribunal considera que la prisión y reclusión

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mendoza y otros Vs. Argentina*, de 14 de mayo de 2013, párrafos 162 y 163.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman Vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011, párrafo 129.

perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños”³⁹.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-21/14 ha determinado que deben adoptarse medidas alternativas a la privación de libertad cuando el interés superior del menor exige el mantenimiento de la unidad familiar:

“[C]uando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños. Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia”⁴⁰.

Asimismo, la Corte IDH en el *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela* señala que respecto de los menores de edad debe establecerse una justicia especial para adolescentes:

“[E]stima que la privación de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil solo podrá excepcionalmente justificarse en los casos previstos en la ley, la cual deberá establecer con claridad sus causas y condiciones, así como de la competencia e instancias estatales especializadas en la materia, tanto a nivel policial como judicial y de las instituciones encargadas de hacer cumplir las medidas privativas de libertad, con el objetivo de articular una ‘justicia separada’ para adolescentes, que sea claramente diferenciada del sistema de justicia penal de los adultos, tanto a nivel normativo como institucional. Además, el Estado debe establecer programas de capacitación del personal administrativo y jurisdiccional, a efectos de asegurar que el funcionamiento concreto del sistema logre

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mendoza y otros Vs. Argentina*, de 14 de mayo de 2013, párrafos 165 y 166.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.

*el objetivo de la plena realización de los derechos de niñas, niños y adolescentes*⁴¹.

La Corte IDH también ha precisado la necesidad de notificar al niño o a este por intermedio de sus padres o tutores en el menor plazo posible los cargos que pesan respecto del menor:

*“[P]ara la interpretación del artículo 7.4 en materia de menores de edad, debe tomarse en cuenta lo previsto por el artículo 40.2 lit. b. ii) de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto establece el derecho de todo niño a ser informado sin demora y directamente, o cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o representantes legales, de los cargos que pesan sobre él. Asimismo, las Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que ‘cada vez que un menor sea detenido, se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible’*⁴².

Cerrando este acápite, cabe señalar que la Corte IDH en el *Caso Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay* ha precisado la aplicación de las reglas de derecho *soft* existentes en la materia, las cuales son

*“163. (...), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que: Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano”*⁴³.

2.5. La protección de la vida familiar de los menores

La Corte IDH precisa el *derecho de los niños a vivir con su familia* en su fundamentación jurídica, de la Opinión Consultiva OC-17/02:

“71. El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, de 27 de agosto de 2014, párrafo 163.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, de 27 de agosto de 2014, párrafo 167.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004, párrafo 163.

persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

73. *Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño. Al respecto, la Directriz 14 de Riad ha establecido que:*

‘(...) cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro’.

75. *Esta Corte destaca los travaux préparatoires de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46).*

77. *En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”⁴⁴.*

La Corte IDH en su sentencia del *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina* considera que el derecho del menor a vivir con su familia biológica constituye un estándar normativo convencional:

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafos 71, 73, 75 y 77.

“(...) que el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos”⁴⁵.

Complementando tal perspectiva, la Corte IDH en el *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia* precisa la relación intrínseca del derecho de los menores y el derecho a la protección de la familia,

“en lo que se refiere al procedimiento de expulsión de la familia Pacheco Tineo relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte recuerda la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños y niñas. En ese sentido, el Tribunal ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar de protección de las niñas y los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”.

Cerrando este párrafo, la Corte IDH en la sentencia del *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* precisa que

“el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. Aunado a lo anterior, ha indicado que la separación de las niñas o los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho en cuestión. Lo anterior se debe a que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”⁴⁶.

La Corte IDH se ha referido también al *derecho a la reunificación de familias temporalmente separadas producto del conflicto armado* en diversas sentencias,

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fornerón e hija Vs. Argentina*, de 27 de abril de 2012, párrafo 119.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, de 28 de agosto de 2014, párrafo 414.

una de ellas es el *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, determinando que

“191. (...) en el contexto de un conflicto armado interno, las obligaciones del Estado a favor de los niños se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra. Dicho artículo establece que: ‘[s]e proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten, y, en particular: [...] b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas [...]’. De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja esta obligación ha sido definida como que ‘las partes en conflicto deben hacer lo posible por restablecer los lazos familiares, es decir, no solo permitir las búsquedas que emprendan los miembros de familias dispersas, sino facilitarlas incluso’⁴⁷.

A su vez, la Corte IDH en la sentencia del *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador* precisó el alcance del derecho a la preservación, la identificación y reunificación familiar de los menores en contexto de conflictos armados:

“110. El derecho internacional humanitario salvaguarda de forma general a las niñas y niños como parte de la población civil, esto es, de las personas que no participan activamente en las hostilidades, quienes deben recibir un trato humano y no ser objeto de ataque. En forma complementaria, las niñas y los niños, quienes son más vulnerables a sufrir violaciones de sus derechos durante los conflictos armados, son beneficiarios de una protección especial en función de su edad, razón por la cual los Estados deberán proporcionarles los cuidados y la ayuda que necesiten. El artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño también refleja este principio. Dentro del catálogo de medidas de esta naturaleza que incorporan los tratados de derecho internacional humanitario se encuentran aquellas cuyo objetivo es preservar la unidad familiar y facilitar la búsqueda, identificación y reunificación familiar de las familias dispersas a causa de un conflicto armado y, en particular, de los niños no acompañados y separados. Aún más, en el contexto de conflictos armados no internacionales, las obligaciones del Estado a favor de los niños se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, el cual dispone, entre otras, que: ‘b) se

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, de 24 de noviembre de 2009, párrafo 191.

*tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas [...]*⁴⁸.

2.6. Garantías judiciales, acceso a la justicia y debido proceso de los menores

La Corte IDH en su sentencia en el *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador* trata el derecho de acceso a la justicia, el cual requiere que se haga efectiva la investigación respectiva en materia penal para esclarecer lo sucedido, la actuación pronta de las autoridades judiciales, la identificación de responsables y su eventual sanción, en especial en delitos contra la humanidad, desapariciones forzadas, entre otros, señalando al respecto que debe hacerse efectiva

“(...) la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Asimismo, la Corte ha señalado que los órganos estatales encargados de la investigación relacionada con la desaparición forzada de personas, cuyos objetivos son la determinación de su paradero y el esclarecimiento de lo sucedido, la identificación de los responsables y su posible sanción, deben llevar a cabo su tarea de manera diligente y exhaustiva. Es oportuno recordar que en casos de desaparición forzada, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima o el lugar donde pueda encontrarse privada de libertad. En el presente caso tal obligación se ve reforzada por el hecho que las víctimas eran niños y niñas al momento de los hechos, una de ellas en su primera infancia, por lo que el Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad. Los bienes jurídicos sobre los que recae la investigación obligan a redoblar esfuerzos en las medidas que deban practicarse para cumplir su objetivo, pues el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad– para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales. Sin perjuicio de

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, de 14 de octubre de 2014.

ello, las autoridades nacionales no están eximidas de realizar todos los esfuerzos necesarios en cumplimiento de su obligación de investigar. El actuar omiso o negligente de los órganos estatales no resulta compatible con las obligaciones emanadas de la Convención Americana, con mayor razón si están en juego bienes esenciales de las personas. Así pues, los Estados deben dotar a las autoridades correspondientes de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas”⁴⁹.

La Corte IDH en su resolución de la *Opinión Consultiva OC-17/02* determina en materia de reglas del debido proceso, en su aplicación a los niños, que ellas se encuentran establecidas, principal pero no exclusivamente, “en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia.

“117. Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo [...].

118. A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37 y 40”⁵⁰.

La Corte IDH en *Opinión Consultiva OC-17/02* ha explicitado el derecho de los niños a un procedimiento especializado que tenga en consideración sus condiciones especiales:

“98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, de 14 de octubre de 2014, párrafo 139.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *OC-17/02*, de 28 de agosto de 2002, párrafos 116 y 118.

(...)

101. *Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años [...]. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.*

102. *En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso⁵¹.*

La Corte IDH ha establecido en el *Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina* que, en virtud de la *manera progresiva en que los niños y las niñas ejercen sus derechos* a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal,

“el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Igualmente, el Tribunal recuerda que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafos 98, 101 y 102.

requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad”⁵².

La Corte IDH en el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* ha precisado que los órganos jurisdiccionales deben tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de ellos en la determinación de sus derechos:

“[L]os niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto”⁵³.

La Corte IDH también ha explicitado en su sentencia sobre el *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, sobre la necesidad de la existencia de una jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley y los procedimientos correspondientes, los que deben caracterizarse por los siguientes elementos:

“1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Furlán y Familiares Vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012, párrafo 230.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, párrafo 68.

*deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales*⁵⁴.

En el ámbito de la investigación de delitos y del proceso penal, los niños indígenas cuyas comunidades se encuentran afectadas por la pobreza están en una especial situación de vulnerabilidad, en cuya situación la obligación del Estado de proteger el interés superior de los niños durante cualquier procedimiento en que estén involucrados implica

*“i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño*⁵⁵.

En materia de emplazamiento, la Corte IDH se refiere al mismo en el *Caso Bulacio Vs. Argentina*, señalando que el menor privado de libertad tiene derecho a comunicar dicha situación a un tercero que sea su familiar, un abogado y la notificación consular en caso de ser extranjero.

“[E]l detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda. El derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada. En el caso

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004, párrafo 211.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, de 31 de agosto de 2010, párrafo 201.

de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul ‘podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión’. La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y/o información consular, debe ser hecha al momento de privar de la libertad al inculpado, pero en el caso de menores deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación. En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, como acto inherente a su derecho de defensa’⁵⁶.

Respecto del derecho de los niños a ser oídos en los procesos en que se determinen sus derechos, la Corte IDH en el *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* ha establecido que dicho derecho

“debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

198. *Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) ‘no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones’; ii) ‘el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto’; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) ‘la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias’; v) ‘la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han*

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio Vs. Argentina*, de 18 de septiembre de 2003, párrafo 130.

tenido esas opiniones en el resultado del proceso’, y vi) ‘los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica’, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de ‘la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente’”.

199. *Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.*

200. *En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones.*

206. *Sin embargo, el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña. [...]*⁵⁷.

Respecto de las *medidas de protección especial de los niños* deben considerarse los artículos 12 y 22 de la Convención sobre Derechos del Niño, como precisa la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, determinando el derecho a ser escuchado en los procedimientos judiciales o administrativos, considerando su nivel de madurez y autonomía progresivo:

*“(...) el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, y su derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos(...)*⁵⁸.

(...)

*“(...) el derecho de los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa es también importante en el contexto de los procedimientos de asilo, cuyos alcances pueden depender de si el niño o niña es solicitante o no, independientemente de que sea acompañado o no y/o separado de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado”*⁵⁹.

Respecto del *derecho a recurrir del fallo*, la Corte IDH lo considera en el *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, donde precisa:

“El artículo 40.2.b.v señala que: ‘a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] que esta decisión

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, párrafos 196, 198-200 y 206.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, de 25 de noviembre de 2013, párrafo 219.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, de 25 de noviembre de 2013, párrafo 223.

y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley'. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que conforme a esta disposición '[e]l niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia'. Asimismo, también ha estimado que este derecho 'no se limita a los delitos más graves'. Por lo tanto, el derecho de recurrir del fallo adquiere una relevancia especial tratándose de la determinación de los derechos de los niños, particularmente, cuando han sido condenados a penas privativas de libertad por la comisión de delitos'⁶⁰.

2.7. Derecho a la educación (art. 26 CADH) de los menores

La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-17/02 establece que dentro de los derechos que deben ser garantizados a los niños el derecho a la educación ocupa un lugar destacado:

"84. Se debe destacar que dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad"⁶¹.

2.8. El derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo a su cultura, religión e idioma y en condiciones de vida dignas

En la sentencia del *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, la Corte IDH determinó, en la situación de desintegración familiar que repercutió negativamente respecto de los niños indígenas, que

"(...) los Estados, además de las obligaciones que deben garantizar a toda persona bajo su jurisdicción, deben cumplir con una 'obligación adicional y complementaria definida en el artículo 30 de la Convención

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mendoza y otros Vs. Argentina*, de 14 de mayo de 2013, párrafo 247.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafo 84.

sobre los Derechos del Niño, la cual dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma”⁶².

La Corte IDH ha precisado respecto de los niños indígenas en el *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala* que

“169. [...] teniendo en cuenta que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, la Corte estima que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”⁶³.

Asimismo, en otro caso, se ha determinado el dotar a las escuelas en que se educan niños indígenas

“con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos”⁶⁴.

La Corte IDH en el *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia* ha determinado la *responsabilidad del Estado por no proporcionar servicios básicos esenciales y el acceso a la atención de salud de niños de comunidades indígenas* en situación de especial vulnerabilidad, determinando la responsabilidad estatal

“por la violación a los derechos de niños y niñas, por no haber desarrollado las acciones positivas suficientes a su favor en un contexto de mayor vulnerabilidad, en particular mientras estuvieron alejados de sus territorios ancestrales, período en que se vieron afectados por la falta de

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, de 25 de mayo de 2010, párrafo 167. Lo cual es reiterado en la sentencia del *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena a Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, de 24 de agosto de 2010, párrafo 261.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, de 24 de noviembre de 2009, párrafo 169.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005, párrafo 221.

*acceso a educación y a salud, el hacinamiento y la falta de alimentación adecuada*⁶⁵.

3. El reconocimiento de los derechos de los niños en el Constitucionalismo latinoamericano

La ratificación y vigencia en los países latinoamericanos de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y de la *Convención sobre Derechos de los Niños*, como asimismo el *establecimiento de estándares por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en materia de derechos de los niños, ha llevado a diversos países de la región a incorporar a sus textos constitucionales expresamente como *derecho fundamental los derechos de los niños*, como ha ocurrido con la Constitución de Colombia de 1991, la Constitución de Ecuador de 2008, la Constitución de República Dominicana de 2010 y la Constitución de Venezuela de 1999.

Dichas Constituciones han establecido dentro del ámbito de los *derechos y garantías constitucionales*, en forma expresa, los derechos fundamentales de los niños o menores de edad en una o más de sus disposiciones constitucionales.

Consideraremos en primer lugar las disposiciones constitucionales de Colombia y de Venezuela, que son textos constitucionales de la última década del siglo XX en América Latina.

La Constitución de Colombia los considera en su artículo 44, asegurando su protección “*contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos*”. Todo ello sin perjuicio de gozar “*también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia*”.

La Constitución colombiana completa dicha disposición constitucional con otros dos incisos, el primero de ellos determina que “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”, y el segundo precisa que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Por otra parte, el artículo 45 de la Carta Fundamental determina que “[e]l adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral”. El inciso segundo del mismo artículo precisa que “[e]l Estado y la sociedad garantizan la

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*, de 20 de noviembre de 2013, párrafo 330.

participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

La Constitución de Venezuela de 1999 en su artículo 78 engloba a niños, niñas y adolescentes, a los cuales reconoce como “*sujetos plenos de derecho*”, los cuales determina que “*estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la ley, la Convención sobre Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República*”. En la misma disposición constitucional establece, siguiendo la Convención sobre Derechos de los Niños y la jurisprudencia de la Corte IDH, que “*[e]l Estado, la familia y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan*”. Determinando finalmente que “*[e]l Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de las niñas, niños y adolescentes*”.

A su vez, el artículo 79 de la Constitución Bolivariana de Venezuela determina el rol activo de los jóvenes en su propio proceso de desarrollo, como asimismo la función del Estado, en conjunto con las familias y la sociedad, de crear las oportunidades para su tránsito a la vida adulta:

“Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y en particular la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley”.

Por su parte, otras dos Constituciones de la primera década del siglo XXI, en la segunda parte de ella, también han explicitado la protección de derechos de niños y adolescentes.

En efecto, la Constitución de Ecuador de 2008 en su artículo 50 les asegura a niños y adolescentes un conjunto de garantías, explicitadas en los siguientes siete numerales:

- “1. Atención prioritaria para los menores de seis años que garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario.*
- 2. Protección especial en el trabajo, y contra la explotación económica en condiciones laborales peligrosas, que perjudiquen su educación o sean nocivas para su salud o su desarrollo personal.*
- 3. Atención preferente para su plena integración social, a los que tengan discapacidad.*

4. *Protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas.*

5. *Prevención y atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia.*

6. *Atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados.*

7. *Protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores”.*

La Constitución de México en su reforma al artículo 4º, de 12 de octubre de 2011 al artículo 1º de la Constitución, incorpora algunas disposiciones específicas en materia de protección de los derechos de la niñez a dicha disposición constitucional, en la cual se determina:

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución y seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios”.

En la misma reforma constitucional se modifica el artículo 73, fracción XXIX P, determinando la atribución del Congreso de la Unión para regular los derechos de la infancia:

“Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales sobre la materia”.

Finalmente, la Constitución de la República Dominicana de 2010 en su artículo 56 asegura la protección de las personas menores de edad, determinando las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado de hacer primar el interés superior del menor y la obligación de asistirlos y protegerlos en su desarrollo integral y en el ejercicio de sus derechos fundamentales:

“La familia, la sociedad y el Estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente; tendrán la obligación de asistirles y protegerles

para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, conforme a esta Constitución y las leyes”.

Como consecuencia de ello, establece tres numerales dentro de la disposición constitucional mencionada, el primero de los cuales se hace cargo de la protección de los menores de los principales problemas en que tales menores son vulnerables:

“1) Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad. Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos por el Estado contra toda forma de abandono, secuestro, estado de vulnerabilidad, abuso o violencia física, psicológica, moral o sexual, explotación comercial, laboral, económica y trabajos riesgosos;”.

El segundo numeral se hace cargo del deber de promover la participación activa y participación de los menores en la familia y la vida comunitaria:

“2) Se promoverá la participación activa y progresiva de los niños, niñas y adolescentes en la vida familiar, comunitaria y social;”.

El último numeral se hace cargo de la calidad de sujetos activos de su propio desarrollo de los adolescentes:

“3) Los adolescentes son sujetos activos del proceso de desarrollo”.

Finalmente, el inciso segundo del artículo reitera la función del Estado, con la participación de las familias y la sociedad, de crear las oportunidades para la incorporación progresiva a la vida adulta y productiva:

“El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta”.

Así, puede afirmarse que diversas Constituciones latinoamericanas en virtud de las especificidades propias de los derechos de los niños, en las últimas décadas, han asumido la necesidad de brindarles seguridad y garantías constitucionales, mediante su aseguramiento constitucional.

4. Consideraciones finales

La Corte IDH, en aplicación del *corpus iuris* interamericano, a través del *control de convencionalidad* que ejerce directamente en virtud de la CADH, conforme a los artículos 1º y 2º, a través de sus sentencias y opiniones consultivas, ha ido fortaleciendo los estándares mínimos que los Estados Partes deben asegurar a las personas sometidas a su jurisdicción, en el caso específico analizado, los derechos de los niños, como asimismo a través de las medidas de

reparación ha determinado las mejoras de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes y las prácticas de sus autoridades y funcionarios, lo que ha contribuido a pasar de situaciones menos humanas a más humanas de calidad de vida y a un mayor respeto de los derechos humanos en los países de la región.

La existencia de dichos estándares constituye un deber mínimo que los Estados Partes deben asegurar a todos los niños que se encuentran bajo su jurisdicción, lo que constituye parte de los atributos que integran los derechos fundamentales de los menores (niños y adolescentes), que tienen como base de derecho positivo el artículo 19 de la CADH y la Convención de Derechos del Niño, derechos que tienen su fundamento en la dignidad humana y la especial vulnerabilidad, debilidad, falta de madurez y de autonomía de los niños, en virtud de lo cual requieren de una protección especial de sus familias, la sociedad y el Estado, protección que amerita elevar tales contenidos al nivel de *derechos fundamentales de los niños*.

En tal perspectiva, consideramos adecuado y necesario incorporar en el texto del capítulo de derechos constitucionales, por razones de seguridad jurídica, como asimismo de encuadramiento de la acción del legislador, los atributos básicos y esenciales de los derechos de los niños, sin perjuicio de que los menores disponen de todos los derechos que se aseguran y garantizan a todas las personas en nuestro ordenamiento constitucional, como ya lo han hecho otras Constituciones latinoamericanas que ya hemos considerado en el párrafo tercero de este artículo.

Este artículo –como se explicitó en su objetivo– solo buscaba determinar estándares del *corpus iuris* interamericano como base sólida para determinar los contenidos de una disposición constitucional sobre la materia, sin tener como objetivo la revisión de artículos sobre el tema, sin perjuicio de lo cual, hemos señalado una base de textos de doctrina en la bibliografía, como asimismo los principales instrumentos que forman parte del *corpus iuris* sobre la materia, además de sistematizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana y las Opiniones Consultivas emanadas de ella en la materia.

Como colofón, proponemos los siguientes atributos que debieran estar integrados en dicha disposición constitucional chilena que asegure y garantice los derechos de niños y adolescentes, en la perspectiva de modificación o innovación del texto constitucional chileno.

Disposición constitucional: Derechos de los niños y adolescentes

“La Constitución Política asegura a todos los niños, entendiendo por tales, toda persona que no ha cumplido 12 años de edad, y adolescente a toda persona que ha cumplido doce años de edad hasta el cumplimiento de los 18 años de edad, todo ello sin distinción alguna, independientemente

de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento, la condición sexual o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, que el Estado adoptará todas las medidas apropiadas para garantizar que los menores se encuentren protegidos conforme al principio del interés superior del niño, en atención a su debilidad, inmadurez e inexperiencia, respecto de todo castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares, debiendo garantizarse su desarrollo integral y el principio de respeto a su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración.

El Estado debe asegurar, garantizar y promover el derecho de niños y adolescentes a vivir con su familia, el rol preponderante de la familia en la protección de los niños y adolescentes, y a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, como asimismo el deber estatal de asegurar y adoptar las medidas que promuevan y faciliten la unidad familiar, el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con los tratados ratificados y vigentes, y la ley, sin injerencias ilícitas.

El Estado debe otorgar una asistencia especial a los niños y adolescentes privados de su medio familiar, garantizando su supervivencia como su desarrollo integral, el derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño o adoscente víctima de abandono o explotación, adoptando todas las medidas de protección necesarias.

Es deber del Estado desarrollar y mantener servicios y establecimientos especializados en materia de menores de edad en conflicto con la ley, tanto a nivel policial como judicial y penitenciario, articulando una justicia especializada respecto de dichos menores, debiendo otorgarse asesoramiento psicológico especializado durante el procedimiento, un adecuado control respecto de la manera de tomar el testimonio del menor y sobre la regulación de la publicidad del proceso. En el caso de que estos menores se encuentren privados de libertad debe asegurarse una separación por categorías de edad, naturaleza de la infracción cometida, como asimismo entre jóvenes imputados y condenados, de manera que los internos pertenecientes a categorías diversas sean separados en diferentes sectores dentro del establecimiento respectivo, debiendo prestarles

el tipo de asistencia que mejor se adapte a sus necesidades concretas y a la protección de su bienestar e integridad físicos, mentales y morales, promoviendo de la mejor manera posible su reinserción social.

La justicia juvenil o adolescente debe establecer la privación de libertad sólo para los delitos más graves, aplicando por regla general, en los demás casos, las medidas sustitutorias que deben tener la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción, conforme determine la ley.

El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará y fomentará las oportunidades para estimular el tránsito de los adolescentes hacia la vida adulta, y promoverá en particular la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (Resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000).
- Protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados (Resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000).
- Las reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia juvenil (Reglas de Beijing), de 28 de noviembre de 1985.
- Las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 14 de diciembre de 1990.
- Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia infantil (Directrices de Riad), de 14 de diciembre de 1990.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, de 18 de septiembre de 2003.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" da FEBEM respecto de Brasil. Resolución de 30 de noviembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Forlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014.