

IX. Acceso a la justicia: participación de las niñas y de los niños como sujetos de derecho

El acceso a la justicia de las niñas y los niños debe considerarse desde las diferentes posiciones en que aquellos pueden encontrarse frente a la administración de la justicia. Sobre este punto, la concepción de los niños y las niñas como sujetos de derecho exige, indudablemente, el reconocimiento y estricto respeto del conjunto de derechos y garantías que en el sistema tutelar les fue negado, de conformidad con los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios generales de los artículos 2o., 3o., 6o. y 12.

78

Las niñas y los niños que se encuentren sujetos a un procedimiento administrativo o judicial gozan de todas las garantías que rigen para el proceso de adultos, así como también de aquellas garantías procesales específicas por ser personas menores de 18 años de edad. Por su parte, el niño y la niña víctima o testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones. Eso significa, en particular, que debe hacerse todo lo posible para que se les consulte sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial. Igualmente, tienen derecho a que se les informe de cuestiones como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales; el papel del niño o la niña víctima y/o testigo; la forma en que se realizará el “interrogatorio”; los mecanismos de apoyo a su disposición cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial; las fechas y los lugares específicos de las vistas; la disponibilidad de medidas de protección; las posi-

bilidades de recibir reparación, y las disposiciones relativas a la apelación.¹²³

Respecto del principio de participación contenido en el artículo 12 de la Convención, resulta necesario aclarar que en el marco del acceso a la justicia lo importante es si necesitan o no de un acompañamiento que les permita el ejercicio de sus derechos y facultades procesales, dado que cuando se habla de capacidad procesal no se trata de la titularidad del derecho de acceso a la justicia, sino de la capacidad para actuar autónomamente como un requisito de validez del proceso judicial. Ahora bien, la base para este reconocimiento procesal se encuentra en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual se puede extraer que en cualquier proceso en el que se puedan ver afectados los derechos de una persona menor de edad, a ésta se le debe conceder la oportunidad de expresar su opinión, la que debe, a su vez, ser valorada por el juez de acuerdo con la edad y la madurez del afectado (*supra* Capítulo IV.4., A. Medidas para garantizar la observancia del derecho a ser escuchado, y B. Principio de autonomía progresiva).

1. NIÑOS Y NIÑAS EN CONFLICTO CON LA JUSTICIA

En relación con las niñas y los niños de los que se alega que han infringido las leyes o a quienes se les acusa o declara culpables de haber infringido esas leyes, a los cuales también se denominan “niños y niñas que tienen conflictos con la justicia”, la Convención reconoce el piso mínimo de derechos que deben ser observados en materia de derechos procesales en el marco del sistema de justicia de menores, velando por que se respeten plenamente y protejan los derechos

¹²³ Cf. Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párrs. 62 a 64.

humanos de los niños y las niñas, y las garantías legales (artículo 40, inciso tercero, letra b, de la Convención).

Al respecto, el Comité ha señalado que resulta indispensable en la aplicación de las normas de la justicia de menores, que son especiales tanto por lo que respecta al procedimiento como a la remisión de casos y la adopción de medidas especiales, en primer lugar que se establezca una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños y las niñas no tienen capacidad para infringir las leyes penales. El Comité ha considerado que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP) inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable, por lo que ha alentado a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola, por ejemplo a los 14 o 16 años.¹²⁴

80

Sobre esta línea, en el artículo 40, tercer inciso, de la Convención se encuentra el principio de especialidad, el cual alude a que los Estados deben crear leyes, procedimientos y órganos especializados “para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”. Se puede extraer que la especialidad es consecuencia de la obligación de trato diferente que asumen los Estados Partes con la Convención, y que además es transversal a la administración de justicia. Ahora bien, es fundamental impartir formación sistemática y continua a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores, desde jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, Ministerios Públicos, fiscales, abogados defensores, representantes legales y otros representantes del niño y equipos multidisciplinarios,¹²⁵

¹²⁴ Cf. Observación General No. 10, *op. cit.*, n. 12, párrs. 31 a 33 y 36.

¹²⁵ Si bien en la Convención sobre los Derechos del Niño no se encuentra prevista expresamente la conformación de estos equipos, su intervención está establecida en las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia

entre otros. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño y de la niña, así como de las necesidades especiales de quienes se encuentran en una situación más vulnerable, a saber, con discapacidad, los desplazados, los niños y las niñas en situación de calle, los refugiados y solicitantes de asilo, y los niños y las niñas que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo, así como también debe prestarse particular atención a sus necesidades específicas, por ejemplo, en relación con malos tratos anteriores y sus necesidades especiales en materia de salud.¹²⁶

Así pues, los procesos deberán contar con una ley, un procedimiento y actores procesales especializados en materia de infancia en conflicto con la justicia, lo cual conlleva necesariamente al conocimiento de otras disciplinas relacionadas con la materia. Asimismo, los niños y las niñas serán sometidos a esta justicia especial, mientras que en el caso de encontrarse imputadas personas adultas por el mismo hecho, deberán ser juzgadas por la justicia penal ordinaria. De igual modo, es necesaria la utilización de un lenguaje comprensible para los niños y las niñas durante la tramitación del proceso, evitando excesivos formalismos que hagan imposible para ellos la comprensión de lo que se resuelve en las causas en las que se encuentran involucrados. Los operado-

de Menores "Reglas de Beijing" —instrumento que forma parte del *corpus iuris* de los derechos humanos de los niños y niñas—, en los siguientes términos: "[p]ara facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una nueva resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito". Regla No. 16.1. Del contenido de esta regla se desprende que deben existir equipos multidisciplinarios en la justicia juvenil que brinden al juez la información necesaria sobre el adolescente imputado de la comisión de un delito para arribar a una "solución justa".

¹²⁶ Cf. Observación General No. 10, *op. cit.*, n. 12, párr. 40.

res de la justicia tienen la responsabilidad de hacer comprensible lo que sucede en el proceso y las consecuencias del mismo, por lo tanto, deben expresarse de un modo tal que la niña o el niño entienda por sí mismo aquello que lo afecte en sus derechos, para así también poder defenderse adecuadamente, contando para ello con el auxilio del defensor especializado.

Por otra parte, el artículo 40, inciso 2, letra a), de la Convención contiene el principio de legalidad conocido como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que supone la existencia de una ley anterior al hecho del proceso que tipifique un comportamiento reprochable en forma taxativa, no permitiendo juicios de valor por parte del juez. Ninguna persona puede ser sometida a un proceso ni sancionada por un hecho que al tiempo de su ocurrencia no esté previamente definido de manera expresa e inequívoca como delito según las leyes nacionales o internacionales. En síntesis, tanto el delito como la pena deben estar determinados en una ley anterior al hecho cometido por la persona, prohibiéndose la utilización de cualquier tipo de analogía. El principio de legalidad también implica que no se podrá imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, si existe un cambio legislativo se debe aplicar siempre la pena más leve y beneficiar al niño y a la niña con dicho cambio.¹²⁷

De igual modo, “[a] fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”, por ejemplo: el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar

¹²⁷ Cf. *Ibid.*, párr. 41.

y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. Además, el Comité ha recomendado la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños, las niñas y los adultos ante la ley.¹²⁸

El artículo 40, segundo inciso, letra b), numeral i), de la Convención reconoce igualmente la presunción de inocencia que establece que toda persona se presumirá inocente hasta tanto se le compruebe, por medios establecidos en la ley y más allá de toda duda razonable, su responsabilidad en los hechos que se le atribuyen. Consecuentemente, esta garantía exige que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena. Al respecto, el Comité ha señalado que “[l]a presunción de inocencia es fundamental para la protección de los derechos humanos del niño que tenga conflictos con la justicia. Esto significa que la carga de la prueba de los cargos que pesan sobre el niño recae en la acusación”.¹²⁹

Ahora bien, el Comité ha sostenido que no hay duda de que el derecho de un niño o una niña, de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser escuchado es fundamental para un juicio imparcial. También es evidente que la niña o el niño tiene derecho a ser escuchado directamente y no sólo por medio de un representante o de un órgano apropiado, si es en el interés superior del niño y de la niña. Este derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso, desde la fase instructora, cuando el niño o la niña tiene derecho tanto a permanecer en silencio como a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez de instrucción, las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplica-

¹²⁸ Cf. *Ibid.*, párr. 8.

¹²⁹ *Ibid.*, párr. 42.

ción de las medidas impuestas.¹³⁰ En otras palabras, debe darse la oportunidad de expresar su opinión libremente, y ésta deberá tenerse debidamente en cuenta, en función de la edad y la madurez, durante todo el proceso. Esto significa que el niño y la niña, para poder participar efectivamente en el procedimiento, debe ser informado de manera oportuna y directa no sólo de los cargos que pesan sobre él, sino también del propio proceso de la justicia de menores y de las medidas que podrían adoptarse.¹³¹ Las audiencias judiciales y de otro tipo de una niña o un niño en conflicto con la ley deben realizarse a puerta cerrada (*supra* Capítulo IV.4., A. Medidas para garantizar la observancia del derecho a ser escuchado, y B. Principio de autonomía progresiva).¹³²

Igualmente, el artículo 40, segundo inciso, letra b), numeral ii), de la Convención dispone que todo niño y niña del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tiene derecho a ser informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él o ella, lo que significan lo antes posible, es decir, cuando el fiscal o el juez inicien las actuaciones judiciales contra el niño o la niña. Sin embargo, cuando las autoridades deciden ocuparse del caso sin recurrir a procedimientos judiciales, el niño o la niña también debe ser informado de los cargos que puedan justificar este criterio. En este sentido, incumbe a las autoridades (es decir, policía, fiscal, juez) asegurarse de que la niña o el niño comprende cada cargo que pesa contra ella o él.¹³³

Asimismo, de conformidad con el artículo 40, segundo inciso, letra b), numeral ii), debe garantizarse al niño y a la niña asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la pre-

¹³⁰ Cf. Observación General No. 12, *op. cit.*, n. 12, párr. 58.

¹³¹ Cf. *Ibid.*, párr. 60.

¹³² Cf. *Ibid.*, párr. 61.

¹³³ Cf. Observación General No. 10, *op. cit.*, n. 12, párrs. 47 y 48.

paración y presentación de su defensa. Al respecto, debe entenderse que éste es un requerimiento que debe cumplirse en el caso de los niños y las niñas en cualquier posición procesal en que se encuentren, ya sea como demandados, actores o denunciantes. El Comité ha señalado que en la Convención se dispone que se proporcione asistencia, que no tendrá por qué ser siempre jurídica, pero sí apropiada, por lo que “[q]ueda a la discreción de los Estados Partes determinar cómo se facilitará esa asistencia, la cual deberá ser gratuita” y, además, ha recomendado “que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos”, siendo posible otra asistencia apropiada, por ejemplo, de asistentes sociales, con conocimiento y una comprensión suficientes de los diversos aspectos jurídicos del proceso de la justicia de menores y haber recibido formación para trabajar con niños y niñas que tengan conflictos con la justicia.¹³⁴ El Comité también ha indicado que:

[c]onforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3o. del artículo 14 del Pacto, el niño y la persona que le preste asistencia debe disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Las comunicaciones entre el niño y la persona que le asiste, bien sea por escrito u oralmente, deberán realizarse en condiciones que garanticen que se respetará plenamente su confidencialidad, de conformidad con lo previsto en el inciso vii) del apartado b) del párrafo 2o. del artículo 40 de la Convención, y el derecho del niño a no ser objeto de injerencias en su vida privada y su correspondencia (artículo 16 de la Convención).¹³⁵

¹³⁴ Cf. *Ibid.*, párr. 49.

¹³⁵ *Ibid.*, párr. 50.

En términos de los artículos 37, y 40, segundo inciso, letra b), numeral iii), de la Convención, el Comité ha recomendado que los Estados Partes fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el niño o la niña y el tribunal u otro órgano judicial competente dicta sentencia definitiva. Estos plazos deben ser más cortos que los establecidos para adultos;¹³⁶ lo contrario implicará un proceso que ocasiona la violación al principio de presunción de inocencia, entre otros.

El Comité también ha recomendado que los Estados Partes dispongan expresamente por ley la mayor participación posible de padres, madres o representantes legales en el procedimiento incoado contra el niño o la niña, porque pueden prestar asistencia psicológica y emotiva general a las y los menores.

A fin de promover la participación de los padres, madres o tutores legales se notificará a éstos la detención de la niña o del niño lo antes posible. No obstante, el Comité ha considerado que la presencia de aquéllos no significa que éstos puedan actuar en defensa del niño o de la niña o participar en el proceso de adopción de decisiones y, en tal virtud, el juez o la autoridad competente puede resolver, a petición del niño, la niña o de su representante legal u otra representación apropiada, o porque no vaya en el interés superior del niño o la niña, limitar, restringir o excluir la presencia de padres y madres en el procedimiento.¹³⁷

La Convención también dispone que no se obligará a un niño o a una niña a prestar testimonio o a confesarse o declararse culpable. Al respecto, el Comité ha indicado que el

¹³⁶ Cf. *Ibid.*, párr. 52.

¹³⁷ Cf. *Ibid.*, párrs. 53 a 55.

uso de la tortura, o el trato cruel, inhumano o degradante para extraer una admisión o una confesión constituye una grave violación de los derechos del niño y de la niña, así como resulta totalmente inaceptable conforme el artículo 37, letra a), de la Convención. Además, el Comité ha considerado que el término “obligado” debe interpretarse de manera amplia y no limitarlo a la fuerza física u otra vulneración clara de los derechos humanos. Por ende, ha observado que el tribunal u otro órgano judicial, al considerar el carácter voluntario y la fiabilidad de una admisión o confesión hecha por un niño o una niña, deberá tener en cuenta su edad, el tiempo que ha durado la detención y el interrogatorio y la presencia de un abogado u otro asesor jurídico, los padres, las madres o los representantes independientes del niño o la niña. Los policías y otros agentes encargados de la investigación deberán haber sido entrenados para no emplear técnicas y prácticas de interrogatorio de las que se deriven confesiones o testimonios poco creíbles y hechos bajo coacción.¹³⁸

El derecho de un niño o de una niña a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento se inspira en el derecho a la protección de la vida privada, proclamado en los artículos 16, y 40, segundo inciso, letra b), numeral vii), de la Convención. En este sentido, no se publicará ninguna información que permita identificar a un niño o una niña en conflicto con la justicia, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño y de la niña para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Sobre el particular, el Comité ha recomendado que todos los Estados Partes establezcan la regla de que el juicio ante un tribunal y otras actuaciones judiciales contra una niña o un niño que

¹³⁸ Cf. *Ibid.*, párrs. 57 y 58.

tenga conflictos con la justicia se celebren a puerta cerrada. Las excepciones a esta regla deben ser muy limitadas y estar claramente definidas por la ley. El veredicto/sentencia deberá dictarse en audiencia pública, sin revelar la identidad del niño o de la niña. Asimismo, ha señalado que el derecho a la vida privada exige que todos los profesionales que intervengan en la ejecución de las medidas decididas por el tribunal u otra autoridad competente mantengan, en todos sus contactos externos, confidencialidad de toda la información que pueda permitir identificar a la niña o al niño.

El derecho a la vida privada también significa que los registros de las niñas y los niños en conflicto con la justicia serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros, excepto por las personas que participan directamente en la investigación y resolución del caso.¹³⁹ El Comité también ha recomendado que los Estados Partes adopten normas que permitan la supresión automática en los registros de antecedentes penales del nombre de los niños y las niñas cuando éstos cumplan 18 años o en un número limitado de ciertos delitos graves, que permitan la supresión del nombre del niño o de la niña, a petición de éstos, si es necesario en determinadas condiciones (por ejemplo, que no haya cometido un delito en los dos años posteriores a la condena).¹⁴⁰

De conformidad con el artículo 37, letra a), de la Convención se prohíbe la pena capital por delitos cometidos por menores de 18 años y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. Al respecto, el Comité ha precisado que el criterio explícito y decisivo que inspira esa norma es la edad en el momento de la comisión del delito, lo que significa que no se impondrán dichas penas por delitos cometidos por

¹³⁹ Cf. *Ibid.*, párr. 66.

¹⁴⁰ Cf. *Ibid.*, párr. 67.

menores de 18 años, independientemente de cuál sea su edad cuando se celebre el juicio, se dicte sentencia o se ejecute la pena.¹⁴¹ Asimismo, el Comité ha sostenido que las penas de castigos corporales son contrarias a la respuesta proporcionada que debe darse al delito, de conformidad con el derecho a no ser sometido a torturas, y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹⁴²

La Convención reconoce la excepcionalidad de la privación de libertad de las personas menores de 18 años, de conformidad con su artículo 37, letra b), la cual se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño y de la niña al desarrollo.¹⁴³ En relación con las medidas alternativas —ya sea de naturaleza cautelar, previo a una orden de autoridades administrativa o judicial, ya sea de naturaleza restitutiva o de rehabilitación, tras la celebración de un juicio—, el Comité se ha referido al cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, al asesoramiento, a la libertad vigilada, a la colocación en hogares de guarda, a los programas de enseñanza y formación profesional, al servicio y la orientación comunitarios a cargo de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, a conferencias de familia y a algunas formas de justicia restitutiva (en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas).

Al respecto, la Regla 18.1 de las Reglas de Beijing establece la necesidad de implementar una pluralidad de medidas resolutorias. En tal sentido, expresa que:

¹⁴¹ Cf. *Ibid.*, párrs. 75 y 77.

¹⁴² Cf. *Ibid.*, párr. 71.

¹⁴³ Al respecto, el Comité ha observado “que los derechos de un niño privado de libertad se aplican, de conformidad con la Convención, a los niños que tienen conflictos con la justicia y a los niños internados en instituciones para su cuidado, protección o tratamiento, incluidas instituciones de salud mental, educativas, de desintoxicación, de protección de la infancia o de inmigración”. Cf. *Ibid.*, párr. 11.

[...] [p]ara mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) libertad vigilada; c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) otras órdenes pertinentes.

Cabe agregar que el artículo 8o. de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad “Reglas de Tokio” expresa:

8.1) La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.

8.2) Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;
- e) Incautación o confiscación;
- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;

- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliario;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Asimismo, el Comité ha señalado que respecto a las sentencias dictadas contra menores, la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico.

En el supuesto de la privación de libertad, se reconoce el derecho de los niños y las niñas a ser tratados 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, la Convención señala la obligación de que toda niña o niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior de los menores, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales (artículo 37, letra c), de la Convención). Por otro lado, los Estados Partes deberán crear centros separados para los menores privados de libertad, dotados de personal especializado y en los que se apliquen políticas y prácticas especiales en favor de las niñas y niños.¹⁴⁴

El Comité también se ha referido a los estándares que en todos los casos de privación de libertad son aplicables, entre otros:¹⁴⁵ a) el medio físico y los locales para menores deben responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los me-

¹⁴⁴ Cf. *Ibid.*, párr. 85.

¹⁴⁵ Cf. *Ibid.*, párr. 89.

nores, teniéndose debidamente en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento; b) todo menor en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades, y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad, y, siempre que sea posible, tiene derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo; c) el derecho del niño o de la niña a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores/correccional y a recibir atención médica adecuada durante su estancia en el centro, cuando sea posible, en servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad; d) el personal del centro debe fomentar y facilitar contactos frecuentes del niño o de la niña con la comunidad en general, en particular comunicaciones con sus familiares, amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la oportunidad de visitar su hogar y su familia; e) sólo podrá hacerse uso de coerción o de la fuerza cuando la niña o el niño represente una amenaza inminente para sí o para los demás, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control, lo cual deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología; f) toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional; g) todo niño o niña tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente, y a ser informado sin demora de la respuesta; las niñas y los niños deben tener conocimiento de estos mecanismos y poder acceder a ellos fácilmente, y h) deberá facultarse a inspectores calificados e independientes

para efectuar visitas periódicas y para hacerlas sin previo aviso por propia iniciativa; deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones con los niños y las niñas en condiciones de confidencialidad.

En lo que se refiere a la privación de la libertad en el marco de una medida cautelar, en el artículo 37, letra d), de la Convención se establece que “[t]odo 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”. De igual modo, todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta. Sobre el particular, el Comité ha recomendado que los Estados Partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Si no es posible la libertad provisional del menor, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al menor a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva y, además, ha instado a los Estados Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Cf. *ibid.*, párr. 83.

En especial, el Comité se ha referido al derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad, el cual no sólo incluye el derecho de apelación, sino también el derecho a dirigirse a un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuando la privación de libertad haya sido por una decisión administrativa (por ejemplo, la policía, el fiscal u otra autoridad competente), o bien, por una decisión judicial. El derecho a una pronta decisión significa que la decisión debe adoptarse lo antes posible, por ejemplo, en un plazo de dos semanas a partir de la fecha de la impugnación.¹⁴⁷

Ahora bien, la imposición de medidas cautelares únicamente puede fundamentarse en razones procesales: para asegurar la comparecencia a los actos procesales esenciales y para que el niño o la niña no interfiera u obstaculice de otra manera en el desarrollo de las investigaciones judiciales. Para la aplicación de la prisión preventiva, el artículo 37 de la Convención y las Reglas de Beijing 13 y 17 establecen que en aquellos casos donde se ordene la prisión preventiva deberán observarse, entre otros, los siguientes requisitos: a) realizar obligatoriamente un examen médico inmediato de toda persona menor de 18 años que sea detenida por cualquier motivo; b) respetar la prohibición expresa de incomunicación; c) respetar su integridad sexual, su integridad física y su integridad psíquica; d) respetar su libertad de conciencia, opinión y religión; e) brindar asistencia médica, psicológica y física; e) velar por la continuidad en la educación formal y promoción de la educación no formal, enseñanza y capacitación profesional, u otra forma de asistencia útil y práctica que le permita desempeñar un papel constructivo y productivo en la sociedad; e) garantizar el acceso a actividades sociales, culturales, deportivas y recreativas, y f) garantizar el

¹⁴⁷ Cf. *Ibid.*, párr. 84.

asesoramiento jurídico, si es necesario gratuito, y la comunicación regular y confidencial con sus asesores.

En relación con las medidas de naturaleza restitutiva o de rehabilitación que se impongan a las niñas y los niños, derivadas de las condenadas por la comisión de un delito, el Comité ha sostenido que las mismas deben ser racionales y proporcionales al hecho cometido y al daño causado. En tal sentido, ha expresado que:

Tras la celebración de un juicio imparcial y con las debidas garantías legales, de conformidad con el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño [...], se adopta una decisión sobre las medidas que se habrán de imponer al menor al que se haya declarado culpable de un delito. Las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención).

El Comité desea subrayar que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención.¹⁴⁸

¹⁴⁸ *Ibid.*, párrs. 70 y 71.

Asimismo, el Comité ha señalado que la remisión efectiva de un niño o una niña deberá suponer el cierre definitivo del caso, y aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un “registro de antecedentes penales”, y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Además, si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un periodo de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia.¹⁴⁹

X. Fuentes consultadas

1. Bibliografía

CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en http://www.iin.oas.org/el_interes_superior.pdf. 14 de noviembre de 2011.

_____, “Los Derechos del Niño: de la Proclamación a la Protección Efectiva”, *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, núm. 3, UNICEF, 2001.

2. Instrumentos Internacionales

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

¹⁴⁹ Cf. *Ibid.*, párr. 27.