

Opinión consultiva 17/2002 (condición jurídica y derechos humanos del niño) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* -

Estuvieron presentes: Antônio A. Cançado Trindade, presidente; Alirio Abreu Burelli, vicepresidente; Máximo Pacheco Gómez, juez; Hernán Salgado Pesantes, juez; Oliver Jackman, juez; Sergio García Ramírez, juez, y Carlos Vicente de Roux Rengifo, juez. Estuvieron además presentes: Manuel E. Ventura Robles, secretario, y Pablo Saavedra Alessandri, secretario adjunto.

La corte, integrada en la forma antes mencionada, emite la siguiente opinión consultiva:

I. - Presentación de la consulta

1. - El 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”), en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos* (en adelante “la *Convención americana*”, “la *Convención*” o el “*Pacto de San José*”), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la corte” o “el tribunal”) una solicitud de opinión consultiva (en adelante “la consulta”) sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación con los niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la *Convención americana*.

2. - En criterio de la Comisión Interamericana la consulta tiene como antecedente que:

[en] distintas legislaciones y prácticas de los países americanos la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la *Convención americana* no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por suponerse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscaba-

* - Opinión consultiva oc-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

dos o restringidos. Por ende, también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales, como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad y a la protección de la familia.

3. -De conformidad con las manifestaciones de la comisión, existen ciertas “premisas interpretativas” que las autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de menores, las cuales tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de éstos. Dichas medidas son las siguientes:

- a) -Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y, por consiguiente, su participación por sí mismos o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.
- b) -Esa carencia de juicio y personería es supuesta por el funcionario judicial o administrativo que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.
- c) -Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etcétera) pasan a ser factores centrales de decisión respecto del tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.
- d) La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etcétera) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso.

4. -La comisión incluyó en la consulta una solicitud a este tribunal para que se pronuncie específicamente sobre la compatibilidad de las siguientes medidas especiales que algunos Estados adoptan en relación a menores con los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*:

- a) La separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisorio y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento.
- b) -La supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad, causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor.
- c) -La aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías.

- d) La tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor sin la garantía de defensa del menor.
- e) - La determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

II. Procedimiento ante la corte

- 5. - Mediante notas del 24 de abril de 2001, la Secretaría de la Corte (en adelante “la secretaría”), en cumplimiento de lo que dispone el artículo 62.1 del *Reglamento de la Corte* (en adelante “el reglamento”),¹ transmitió el texto de la consulta a los Estados miembro de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA”), al Instituto Interamericano del Niño, al Consejo Permanente y, por intermedio del secretario general de la OEA, a los órganos de la Organización que —por sus competencias— pudieran tener interés en la materia. Asimismo, les informó que el presidente de la corte (en adelante “el presidente”), en consulta con los demás jueces que integran el tribunal, dispuso que las observaciones escritas y otros documentos relevantes sobre la consulta deberían ser presentados en la secretaría a más tardar el 31 de octubre de 2001.
- 6. - El 7 de agosto de 2001 el Instituto Interamericano del Niño presentó sus observaciones escritas en relación con la solicitud de opinión consultiva.
- 7. - Los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica presentaron sus observaciones escritas el 31 de octubre de 2001.
- 8. - Conforme a la prórroga del plazo de presentación de observaciones que el presidente concedió a la Comisión Interamericana, ésta presentó nuevas precisiones el 8 de noviembre de 2001.
- 9. - Las siguientes organizaciones no gubernamentales presentaron sus escritos en calidad de *amici curiae* entre el 16 y el 29 de octubre de 2001:
 - - la coordinadora nicaragüense de ONGs que trabaja con la niñez y la adolescencia (en adelante “Codent”);
 - - el Instituto Universitario de Derechos Humanos, AC, de México; y
 - - la Fundación Rafael Preciado Hernández, AC, de México.
- 10. Por resolución del 12 de abril de 2002, el presidente dispuso la realización de una audiencia pública sobre la consulta en la sede de la corte el 21 de junio de 2002 a partir de

¹ - De conformidad con la resolución de la corte del 13 de marzo de 2001 sobre disposiciones transitorias al *Reglamento de la Corte*, la presente opinión consultiva se dicta en los términos del reglamento adoptado en la resolución de la corte del 16 de septiembre de 1996.

las 10:00 horas, e instruyó a la secretaría para que oportunamente invitase a participar en dicho procedimiento oral a quienes hubiesen sometido por escrito sus puntos de vista al tribunal.

11. Las siguientes organizaciones presentaron sus escritos en calidad de *amici curiae* entre el 18 de junio y el 2 de agosto de 2002:
 - el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (en adelante “Ilanud”);
 - el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante “Cejil”); y
 - la Comisión Colombiana de Juristas.
12. El 21 junio de 2002, con anterioridad al inicio de la audiencia pública convocada por el presidente, la secretaría entregó a los comparecientes el conjunto de escritos de observaciones y documentos presentados hasta ese momento.
13. Comparecieron a la audiencia pública por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Mary Ana Beloff. Por los Estados Unidos Mexicanos: embajador Carlos Pujalte Piñeiro, Ruth Villanueva Castilleja y José Ignacio Martín del Campo. Por Costa Rica: Arnoldo Brenes Castro, Adriana Murillo Ruin, Norman Lizano Ortiz, Rodolfo Vicente Salazar, Mauricio Medrano Goebel e Isabel Gámez Páez. Por el Instituto Universitario de Derechos Humanos, AC, de México: María Engracia del Carmen Rodríguez Moroleón, Enoc Escobar Ramos, María Cristina Alcayaga Núñez y Silvia Oliva de Arce. Por la Fundación Rafael Preciado Hernández, AC, de México: Dilcy Samantha García Espinosa de los Monteros. Por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional: Juan Carlos Gutiérrez, Luguely Cunillera y Lourdes Bascary. Por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: Carlos Tiffer.
14. Durante la audiencia pública el presidente señaló a los participantes que podían enviar observaciones adicionales a más tardar el 21 de julio siguiente. El 12 de julio siguiente informó a las partes intervinientes que la corte había programado las deliberaciones sobre la consulta en la agenda de su LVI Periodo Ordinario de Sesiones del 26 de agosto al 6 de septiembre de 2002. México, la comisión, Cejil y la Fundación Rafael Preciado Hernández, AC, de México, presentaron sus observaciones en el plazo concedido para el efecto.
15. La corte resume de la siguiente manera la parte conducente de las observaciones escritas del Instituto Interamericano del Niño, los Estados participantes en este procedimiento, la Comisión Interamericana y las organizaciones no gubernamentales:²

² -El texto completo de los escritos de observaciones presentados por los Estados, órganos, instituciones e individuos participantes en el procedimiento será publicado oportunamente en la serie “B” de publicaciones oficiales del tribunal.

Instituto Interamericano del Niño

En su escrito de 7 de agosto de 2001, el Instituto Interamericano del Niño expresó lo siguiente:

- - a partir de la aprobación de la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989, los Estados del continente iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral, en la cual se considera al niño como sujeto pleno de derechos, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. En ésta se contempla una jurisdicción altamente discriminante y excluyente, sin las garantías del debido proceso, en la que los jueces tienen amplias facultades discrecionales sobre cómo proceder en relación con la situación general de los niños. Se dio así la transición de un sistema “tutelar represivo” a uno de responsabilidad y garantista en relación con los niños, en el cual la jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías, y se adoptan medidas “orientadas a la reparación de la víctima y a la reeducación del menor de edad infractor de la ley, relegando a casos absolutamente necesarios el internamiento”;
- - la *Convención americana sobre derechos humanos* establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños (artículos 3 y 1.2 de la *Convención americana*). En este sentido, no se debe confundir la capacidad de goce de derechos, inherente a la persona humana y que constituye una regla de *ius cogens*, con la incapacidad, relativa o absoluta, que tienen los niños menores de 18 años de ejercer determinados derechos por sí mismos.

En relación con las medidas especiales identificadas por la Comisión Interamericana, señaló lo siguiente:

- - separación de los menores de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación y sustento: la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento de la decisión, judicial o administrativa, que ordena la separación de la familia. Actuar de esa manera infringe garantías como, entre otras, la legalidad del procedimiento, la inviolabilidad de la defensa y la humanidad de la medida. Las medidas de este tipo deben ser impugnadas y consideradas inválidas;
- - internación de menores considerados abandonados o en situación de riesgo que no han incurrido en ningún delito: la privación de la libertad de jóvenes en situación de riesgo social, siguiendo los principios de la doctrina de la situación irregular, significa la aplicación de una sanción no tipificada, lo cual vulnera el principio de legalidad de la pena con el agravante de que por lo general se ordena sin definir su duración. Asimismo, sería contraria a las reglas del debido proceso;
- - aceptación de confesiones de menores en sede penal sin las debidas garantías: no obstante que la mayoría de las legislaciones del continente reconoce garantías judiciales,

por lo general las confesiones de niños se obtienen sin haber seguido un procedimiento de detención adecuado o sin la presencia del representante legal del niño o de un familiar, lo cual es suficiente para declarar nulo el procedimiento aplicado;

- - tramitación de procedimientos administrativos o judiciales relativos a derechos fundamentales del menor sin las debidas garantías y sin considerar su opinión o preferencias. Los procesos realizados de la manera descrita vulneran garantías fundamentales como los principios de culpabilidad, legalidad y humanidad, así como garantías procesales (jurisdiccionalidad, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso).

A la luz de las prácticas descritas, el instituto estableció la necesidad de hacer una revisión del proceso de adecuación de la legislación de los Estados americanos a los principios de la *Convención sobre los derechos del niño* y la *Convención americana*, pues todavía hoy existen países que no han armonizado enteramente su normativa a esos principios de conformidad con el artículo 2 de la *Convención americana*. Concluyó señalando que los artículos 8, 19 y 25 de la *Convención americana* deben constituir un límite a la facultad discrecional de los Estados para dictar medidas especiales de protección a los niños. En consecuencia, aquéllos deben “adecuar sus legislaciones y sus prácticas nacionales en consonancia con estos principios”.

Por otro lado, el instituto expresó en sus anexos que la realidad muestra que los sectores especialmente vulnerables de la sociedad se ven privados de la protección de sus derechos humanos, lo cual resulta contrario al principio de universalidad de los mismos. En este sentido, señaló que la llamada doctrina de la situación irregular considera que son “niños” quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y “menores” quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas. Para tratar a estos últimos se desarrollan legislaciones que consideran a los niños “objetos de protección y control” y se establecen jurisdicciones especiales, las cuales resultan excluyentes y discriminatorias, niegan a los niños la condición de sujetos de derecho y vulneran sus garantías fundamentales. Asimismo, “judicializan” los problemas psicosociales de la niñez y crean la figura del juez de niños quien, con amplias facultades discrecionales, tiene la función de resolver los problemas de este grupo social ante la falta de políticas sociales de protección por parte del Estado.

Dichas jurisdicciones desatienden el principio de legalidad, la distinción entre las capacidades de ejercicio y goce de derechos, la proporcionalidad de la pena y el debido proceso. Asimismo, el sistema no respeta las edades para los diversos tipos de intervención, no se inspira en políticas resocializantes o reeducativas y propicia que niños no infractores sean internados indiferenciadamente con menores de edad que han infringido la ley. A través de un estudio del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (en adelante “Ilanud”), se pudo determinar que el perfil del niño infractor se forma con los siguientes datos: sexo masculino, retraso escolar de cuatro años, residente en zonas marginales, desarrollo de actividades ilícitas para contribuir al soporte de su núcleo familiar, familia desintegrada o con padre que se desempeña en una actividad

laboral de menor ingreso o está desempleado y madre dedicada al servicio doméstico o a una actividad de baja calificación laboral.

La *Convención sobre los derechos del niño* desarrolló una nueva concepción que distingue entre abandono y conducta irregular. La primera figura requiere políticas de orden administrativo, mientras que la segunda supone decisiones de carácter jurisdiccional.

Se establece, asimismo, que los niños no son imputables penalmente, aunque a los sujetos de 12 a 18 años que infringen la ley se les somete a una jurisdicción especial que puede aplicar sanciones consistentes en medidas socioeducativas. Este sistema de justicia especial, además de los caracteres básicos de todo órgano jurisdiccional, se basa en los siguientes principios:

- a) - *Responsabilidad ante la infracción.* El contenido sancionador de la nueva jurisdicción sólo se debe aplicar a niños mayores de 12 años y menores de 18 años que hayan infringido la ley penal —por el carácter no imputable de los menores de 18 años— y las medidas adoptadas pueden ser invocadas por los mismos niños. El Estado debe adoptar para estas personas una política rehabilitadora, de manera que los adolescentes que infrinjan la ley “se hacen merecedores de una intervención jurídica” distinta de la prevista por el código penal para los adultos. En particular, deberán establecerse jurisdicciones especializadas para conocer de las infracciones a la ley por parte de niños que, además de satisfacer los rasgos comunes de cualquier jurisdicción (imparcialidad, independencia, apego al principio de legalidad), resguarden los derechos subjetivos de los niños, función que no compete a las autoridades administrativas.
- b) - *Despenalización del sistema de justicia juvenil.* En consideración a que la sanción en esta jurisdicción especial busca rehabilitar y no reprimir, el internamiento debe ser la última medida. Antes deben valorarse otras medidas de carácter socioeducativo como orientación familiar, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, obligación de reparar el daño y libertad asistida. Las medidas deben ser siempre proporcionales y estar fundamentadas en el interés superior del niño y su reintegración familiar y comunitaria.
- c) - *Separación de funciones administrativas y jurisdiccionales.* Se debe diferenciar entre la protección social, que busca ofrecer las condiciones necesarias para que el niño desarrolle su personalidad y satisfaga sus derechos fundamentales, y la protección jurídica, entendida como una función de garantía que tiene como objetivo decidir sobre los derechos subjetivos de los niños.
- d) - *Garantía de los derechos.* Las garantías englobadas en el debido proceso deben respetarse en tres momentos: *i)* al momento de la detención, la cual debe sustentarse en una orden judicial, salvo en casos de infracciones *in fraganti*, y debe ser ejecutada por personal policial capacitado en el tratamiento de adolescentes infractores, es decir, personal especial; *ii)* en el desarrollo de los procedimientos judiciales, tanto los de carácter sustantivo (principios de culpabilidad, legalidad y humanidad) como los de carácter procesal (prin-

cipios de jurisdiccionalidad, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso), y *iii*) en el cumplimiento de una medida reeducativa o de internamiento. Ésta debe ser supervisada por el órgano competente. En caso de privación de la libertad, se debe acatar la prohibición de recluir a niños en establecimientos para adultos y, en general, se deben respetar los derechos del niño a conocer el régimen al cual está sujeto, recibir asesoría jurídica eficaz, continuar el desarrollo educativo o profesional, realizar actividades recreativas, conocer el procedimiento para presentar quejas, estar en un ambiente físico adecuado e higiénico, contar con atención médica suficiente, recibir visitas de sus familiares, mantener contacto con la comunidad local y ser reintegrado gradualmente a la normalidad social.

- e) - *Participación de la comunidad en las políticas reeducativas y de reinserción familiar y social.* Constituye un elemento esencial en la nueva justicia juvenil, pues las medidas buscan la reinserción gradual y progresiva de los niños infractores en la sociedad.

Costa Rica

En sus intervenciones, tanto escritas como orales, el Estado de Costa Rica manifestó lo siguiente en relación con la interpretación de los artículos 8, 19 y 25 de la *Convención americana*: Las garantías de los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, en relación con el artículo 19 del mismo instrumento, deben interpretarse en dos sentidos: uno negativo, en razón de que dichas disposiciones sí constituyen límites al arbitrio de los Estados, pues éstos no pueden legislar en detrimento de esas garantías básicas, y otro positivo, que implica permitir su adecuado ejercicio tomando en cuenta que los artículos mencionados no impiden adoptar disposiciones específicas en materia de la niñez que amplíen las garantías ahí contempladas.

Las garantías de los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* deben aplicarse a la luz de la especialidad que el propio *Pacto de San José* ha reconocido a la materia de infancia y adolescencia en el sentido de “proteger reforzadamente los derechos de niños”, tal como sucede con otras situaciones especiales como son las consagradas en sus artículos 5.5 y 27 de la *Convención*. Por ello deben “leerse transversalmente” –y utilizando criterios amplios de interpretación– con lo establecido en la *Convención sobre los derechos del niño*. Por esa razón, la aplicación de dichos artículos debe considerar los principios de interés superior de los niños, la protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, y la formación integral y reinserción en la familia y la sociedad, así como la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a esos recursos judiciales tomando en cuenta que su capacidad de actuar no es plena, “sino que está vinculada al ejercicio de la autoridad parental y determinada por su grado de madurez emocional y capacidad de discernimiento”.

El artículo 19 de la *Convención americana* obliga a los Estados a desarrollar la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de

manera que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para la niñez debe reconocer que los niños son sujetos de derechos propios, que deben realizarse según el concepto de protección integral. Estas medidas positivas “no consagran una potestad discrecional del Estado” con respecto a esta población.

Los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la convención han sido contemplados y desarrollados en el artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*. Asimismo, agregó que son relevantes para esta solicitud de opinión los artículos 3, 9, 12.2, 16, 19, 20, 25 y 37 del mismo instrumento internacional.

La *Convención sobre los derechos del niño* reconoce la protección especial que el Estado debe brindar a los niños, particularmente en materia de administración de justicia, y reconoce como una prioridad que los conflictos en los que haya niños involucrados se resuelvan, siempre que ello sea posible, sin acudir a la vía penal; en caso de recurrir a ésta, siempre se les debe reconocer las mismas garantías de que gozan los adultos, así como aquellas específicas propias de su condición de niños. Dicha *Convención* se remite, asimismo, a otros instrumentos internacionales como las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia a menores (Reglas de Beijing)*, las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)* y las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*.

En Costa Rica, específicamente, estas normas internacionales han sido introducidas en las instancias administrativas, judiciales y penitenciarias. Además, existe un *Código de la niñez y la adolescencia* (1998) que establece un proceso especial de protección en caso de acción u omisión de la sociedad o el Estado, de los padres o responsables, o de acciones u omisiones que los niños cometen en su propio agravio. Este proceso está a cargo, en primera instancia, del Patronato Nacional de la Infancia y contempla la posibilidad de que las decisiones de éste sean invocadas en la vía jurisdiccional. Por otro lado, existe también una *Ley de justicia penal juvenil* (1996) en la que se consagran garantías rigurosas y medidas de protección de naturaleza y contenido diferentes, aplicables a los niños que infringen la ley penal. Para la observancia de dichas garantías en el nivel judicial se requería la “creación de juzgados penales juveniles, el Tribunal Superior Penal Juvenil, juzgados de ejecución de la pena, Defensa Penal Juvenil, ministerio público especializado, [y] Policía Judicial Juvenil”.

En relación con las medidas concretas identificadas por la comisión, Costa Rica manifestó que dichas “situaciones no [pueden entenderse] como ‘medidas de protección’ válidas en los términos del artículo 19 de la *Convención americana*”, pues éstas responden a situaciones que en Costa Rica se dieron antes de la entrada en vigor de la legislación actual, que es acorde con la *Convención sobre los derechos del niño*:

- - Separación de los jóvenes de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación o mantenimiento. Ésta “resultaría violatoria del artículo 19 de la *Convención americana*, así como de los artículos 8 y 25 [del] mismo cuerpo legal y de los artículos 9, 12.2 y 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*”.

En Costa Rica se puede aplicar una medida conforme al *Código de la niñez y la adolescencia* con garantía de debido proceso, la cual se trata de una medida de protección provisional en familias sustitutas, o abrigo temporal en entidades públicas o privadas.

- - Internación de menores en establecimientos de custodia por considerarlos abandonados o en situación de riesgo o ilegalidad, sin que hayan incurrido en delito. Esta medida constituye un reflejo de la doctrina de la situación irregular y, por lo tanto, resultaría violatoria de los artículos 7, 8, 19 y 25 de la *Convención americana*, así como de los artículos 25, 37 y 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*. En Costa Rica, cuando viene al caso una medida como la descrita, se otorga la posibilidad de apelación en vía judicial, bajo los parámetros del debido proceso y escuchando la opinión del niño.
- - Aceptación de confesiones de menores en sede penal sin las debidas garantías: se vulnerarían los artículos 19, 8.2, inciso g y 8.3 de la *Convención americana*, además de la garantía señalada en el artículo 40, inciso 2.b. Conforme a la legislación costarricense, el niño tiene el derecho de abstenerse de declarar.
- - Tramitación de procedimientos administrativos relativos a derechos fundamentales del niño sin la garantía de defensa de éste. La hipótesis planteada violaría los artículos 8, 19 y 25 del *Pacto de San José*, así como los artículos 12, inciso 2 y 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*. En el caso de Costa Rica, la legislación ha sido adaptada a los instrumentos internacionales mencionados.

En conclusión, el Estado afirmó que se ha superado la concepción de que los niños son “seres incompletos que deben ser objeto de protección”; desde un punto de vista técnico, los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* no constituyen límites a la actividad del Estado “en tanto [...] que no impiden mejorar el estándar de tutela y garantía especificando estas disposiciones para la materia de la niñez”. De esta manera, “los menores de edad por su condición pueden y deben gozar de mayores y especiales garantías a las establecidas para los adultos, pero en ningún caso de menores garantías o de debilitamiento de ellas con el pretexto de una protección mal entendida”.

- a) - *Sobre la Convención sobre los derechos de niño*. En el nivel internacional se ha reconocido la existencia de un principio universal de protección especial a la niñez, en razón de encontrarse en una posición de “desventaja y mayor vulnerabilidad” frente a otros sectores de la población y por enfrentar necesidades específicas. En ese sentido se pronuncia la *Declaración de los derechos del niño*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1959. Sin embargo, fue hasta 1989, con la *Convención sobre los derechos del niño*, que se dio “una verdadera transformación cualitativa en la interpretación, comprensión y atención de las personas menores de edad, y por consiguiente en su condición social y jurídica”. Dicha *Convención* contiene una serie de principios y disposiciones relativos a la

protección de los niños y constituye un paradigma de las nuevas orientaciones que deben regir la materia.

En particular, contempla la necesidad de atender el interés superior del niño, la regla de que no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y la posibilidad de que el niño sea escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte; los niños infractores de la ley deben ser tratados “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y la importancia de promover una función constructiva en la sociedad”.

- b) -*Doctrina de la protección integral*. Con la *Convención sobre los derechos del niño* se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones. Por ello, se constituían en objetos pasivos de la intervención “proteccionista” o represiva del Estado. Además, esa doctrina creaba una distinción entre “niños”, que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y “menores”, que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban, por lo tanto, en una “situación irregular”. Para este segundo grupo, el sistema tendía a judicializar e institucionalizar cualquier problema vinculado con su condición de menores, y la figura del “juez tutelar” sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño.

Esta convención, junto con otros instrumentos internacionales, acogió la doctrina de la protección integral que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino. En materia penal, específicamente, significó el cambio de una jurisdicción tutelar a una punitivo-garantista, en la cual, entre otras medidas, se reconocen plenamente los derechos y garantías de los niños; se los considera responsables de sus actos delictivos; se limita la intervención de la justicia penal al mínimo indispensable; se amplía la gama de sanciones basadas en principios educativos y se reduce al máximo la aplicación de las penas privativas de la libertad.

- c) -*Surgimiento del derecho de la niñez y la adolescencia*. La *Convención sobre los derechos del niño*, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del derecho de los niños como una nueva rama jurídica basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental; siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orien-

tados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño.

Como conclusión, Costa Rica manifestó que “las disposiciones de los artículos 8 y 25 de la *Convención americana sobre derechos humanos* resultan insuficientes por sí mismas para asegurar a las personas menores de edad el respeto de las garantías y derechos reconocidos por ese instrumento a todas las personas”, y por ello deben considerarse una serie de principios y garantías propias de la materia de la niñez para conformar un núcleo fundamental sobre los derechos de los niños que contemple un principio de discriminación positiva con el propósito de procurar una equidad y compensar, “mediante el reconocimiento de mayores y más específicas garantías, estas situaciones de franca desigualdad que existen en la realidad”. Para esto, afirmó, es necesario que todos los Estados ratifiquen la *Convención sobre los derechos del niño* y armonicen su legislación con los principios en ella contemplados.

Estados Unidos Mexicanos

En sus comunicaciones escritas y orales, México manifestó:

Los niños no deben ser considerados “objetos de protección segregativa”, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de “un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo”. No sólo se deben proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de protección conforme al artículo 19 de la *Convención americana* y un conjunto de instrumentos internacionales en materia de niñez.

Los dos grandes principios que rigen los derechos humanos son los de no discriminación e igualdad ante la ley, cuyo reconocimiento debe realizarse a favor de todas las personas, “sin distinguir si el beneficiario de estos derechos es un niño, un joven o un adulto”. En consecuencia, las medidas que plantea la Comisión Interamericana en su escrito de consulta “estarían relacionadas con cuestiones de eficacia de las normas de la *Convención*, más que de compatibilidad de sus respectivos alcances”:

- - Separación de los jóvenes de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación o sustento. Se rechaza el término “jóvenes” por su ambigüedad y se opta por el concepto de “menores”, que resulta más preciso para referirse a este sector de la población. Asimismo, el Estado considera que debe distinguirse entre “la separación del menor motivada por la falta de condiciones de sus familiares para su educación y la separación del menor por la falta de condiciones para su mantenimiento. Al respecto, es indudable que en ambos casos el órgano facultado para tomar dicha determinación debe de respetar siempre las reglas del debido proceso legal”. Conforme al artículo 9 de la *Convención sobre los derechos del niño*, la separación del niño de sus padres debe ser excepcional, limitarse a los casos de maltrato o descuido y adoptarse para proteger el interés superior del niño.

En ese sentido, los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, “más que representar un límite al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas de protección de acuerdo con el artículo 19 de la misma, constituyen el cauce por el cual deben transitar necesariamente dichas acciones” para ser consideradas acordes con las obligaciones del Estado derivadas de la propia *Convención*.

- Internación de menores en establecimientos de custodia, por considerarlos abandonados o en situación de riesgo o ilegalidad, sin que hayan incurrido en delito. En las tres hipótesis planteadas, abandono, riesgo o ilegalidad, corresponde a los Estados instrumentar programas de protección social de los niños. Dichos programas deben contemplar la existencia de órganos de control que supervisen la aplicación y legalidad de aquéllos, así como la adopción de medidas oportunas para prevenir o remediar las situaciones descritas por la comisión en que se encuentren los niños.

El Estado debe adoptar medidas para la protección y el cuidado de los niños abandonados por tratarse de un sector social muy vulnerable, incluso sujeto a mayor protección que la población en situación de peligrosidad que, de conformidad con el artículo 19 de la *Convención americana*, los artículos 3.2 y 20 de la *Convención sobre los derechos del niño* y el artículo 9 de las *Directrices de Riad*, [sic en original]. El internamiento de niños en establecimientos de guarda debe tener carácter provisional y considerarse “una medida que ayudará al niño a encauzar debidamente su proyecto de vida”. Los Estados deberán cuidar que el internamiento de niños en establecimientos de guarda o de custodia tenga carácter cautelar o provisional, y que su pertinencia y duración estén debidamente sustentadas en estudios especializados y sean revisadas periódicamente por la vía administrativa o judicial. En México, el abandono de niños constituye un delito.

Los niños en situación de riesgo llamados “niños de la calle” también deben ser tomados en cuenta por medidas de prevención y protección. Siguiendo los términos establecidos por este tribunal en el caso Villagrán Morales y otros, los Estados deben adoptar medidas, tanto legislativas como institucionales, para proteger y garantizar los derechos de los niños en situación de riesgo. Entre estas medidas puede figurar, igual que en el caso de los niños en estado de abandono, el internamiento en establecimientos de guarda o custodia, siempre que éstos sirvan al objetivo de “garantizar el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño”. La medida debe adaptarse con observancia de las garantías correspondientes, previa consideración del punto de vista del niño, tomando en cuenta su edad y madurez, y debe ser siempre impugnable.

El Estado tiene la obligación de elaborar programas de prevención del delito. El internamiento de niños sin que hayan cometido una falta y sin respetar las garantías del debido proceso constituiría una violación a los artículos 7 y 8 de la *Convención americana*, al artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*, a la

*Constitución mexicana y al principio, fundamental en el derecho penal, de *nulla poena sine lege*.*

En el supuesto de privación de la libertad de los niños, la detención debe realizarse conforme a la ley, durante el periodo más breve que proceda y siguiendo los principios de excepcionalidad, determinación temporal y último recurso. Asimismo, las condiciones en las que el niño puede ser detenido deben ser las mismas que rigen la detención de los adultos, pero reconociendo que “la niñez requiere de derechos adicionales y de un cuidado especial”. Además, para la detención de niños “deben darse condiciones mucho más específicas en las que resulte imposible resolver la situación con cualquier otra medida”.

- - Aceptación de confesiones de menores en sede penal sin las debidas garantías. El Estado señaló que todo niño debe gozar de garantías mínimas cuando se desarrolla un proceso judicial contra él, entre ellas la presunción de inocencia, la obligación de la autoridad de dar aviso a los representantes del niño de cualquier actuación que se adopte para o contra éste, el derecho a ser asistido legalmente y el derecho de ofrecer pruebas. En consecuencia, cualquier declaración en sede penal que se obtenga sin las garantías procesales mínimas no debe tener valor probatorio.
- - Tramitación de procedimientos administrativos relativos a derechos fundamentales sin la garantía de defensa del menor. Los niños tienen derecho a ser asistidos por un abogado en cualquier procedimiento seguido contra ellos. El desarrollo de procesos o procedimientos administrativos sin esa garantía constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*.
- - Determinación en procedimientos administrativos o judiciales de derechos fundamentales del menor, sin haber oído a éste y considerar su opinión. Conforme a la *Convención sobre los derechos del niño*, el Estado debe garantizar al niño las condiciones que le permitan formarse un juicio propio y expresar su opinión en los asuntos que lo afecten. Sin embargo, la libertad de expresar su opinión no es ilimitada; la autoridad debe valorarla según la posibilidad que tenga el niño de formarse un juicio propio, atendiendo a su edad y madurez, de conformidad con el artículo 12 de la *Convención sobre los derechos del niño*. Asimismo, el derecho a ser oído constituye una garantía fundamental que debe respetarse en todo procedimiento administrativo o judicial, como lo han reconocido el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos y el orden jurídico mexicano, tanto en lo que respecta a la legislación como en lo que toca al desarrollo jurisprudencial.

Ante la ausencia de un instrumento interamericano que regule específicamente el derecho de los niños, la *Convención sobre los derechos del niño* constituye, como lo ha señalado esta misma corte, parte del *corpus iuris* “que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida justo en este artículo 19 a que se hace referencia”.

Finalmente, el Estado señaló que el niño es sujeto de derechos, incluso antes de su nacimiento, sin perjuicio de que la capacidad de ejercicio se adquiera hasta la mayoría de edad, es decir: “sea un menor trabajador, sea un menor estudiante, sea un menor discapacitado, sea un menor infractor, tiene el derecho a la tutela por su condición especial de menor de edad”.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En sus intervenciones escritas y orales, la Comisión Interamericana manifestó:

La aprobación de la *Convención sobre los derechos del niño* constituyó “la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño”. Este nuevo sistema se caracteriza por:

- i. reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos y prever prestaciones positivas que les permitan disfrutar efectivamente sus derechos;
- ii. haber surgido con base en “los aspectos críticos” del modelo de la “situación irregular” que imperó en nuestra región por más de 80 años;
- iii. dejar atrás la “judicialización” de asuntos exclusivamente sociales y el internamiento de los niños o jóvenes cuyos derechos económicos, sociales y culturales se encuentran vulnerados;
- iv. -evitar la utilización de “eufemismos justificados por el argumento de la protección”, lo cual impide emplear los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso;
- v. -brindar un trato diferenciado entre los niños cuyos derechos se encuentran vulnerados y aquellos otros a quienes se les imputa la comisión de un hecho delictivo;
- vi. -adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulneren, considerando el consentimiento del niño y de su grupo familiar;
- vii. -desarrollar políticas públicas universales, así como “focalizadas y descentralizadas”, tendientes a hacer efectivos los derechos de los niños; y
- viii. -establecer un sistema de responsabilidad especial para adolescentes, respetuoso de todas las garantías materiales y procesales.

Con este nuevo modelo, “los Estados se comprometen a transformar su relación con la infancia”, abandonando la concepción del niño como “incapaz” y logrando el respeto de todos sus derechos, así como el reconocimiento de una protección adicional. Además, se enfatiza la protección a la familia por ser “el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser

priorizadas para la toma de decisiones familiares”. Esta protección a la familia se basa en los siguientes principios:

- a. Importancia de la familia como “ente de crianza y [...] principal núcleo de socialización del niño”;
- b. Derecho del niño a tener una familia y a convivir con ella, de manera que se evite la desvinculación de sus padres biológicos o de su familia extendida; de no ser ello posible, se deben buscar otras “modalidades de ubicación familiar” o, finalmente, recurrir a “entidades de abrigo de la comunidad”; y
- c. “Desjudicialización” de los asuntos relativos a cuestiones socioeconómicas y adopción de programas de ayuda social al grupo familiar, tomando en consideración que la simple falta de recursos del Estado no justifica la ausencia de estas políticas.

A pesar de que la *Convención sobre los derechos del niño* es uno de los instrumentos internacionales con mayor número de ratificaciones, no todos los países en el continente americano han armonizado sus legislaciones internas con los principios establecidos en ella, y los que lo han hecho han enfrentado dificultades para llevarlos a la práctica.

La *Convención sobre los derechos del niño* establece dos ámbitos de protección: a) de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en general y b) el de los niños que han cometido un delito. En este último campo, los niños no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos sino, además, una protección especial.

El Estado, incluido el Poder Judicial, tiene la obligación de aplicar los tratados internacionales. En ese sentido, la comisión reconoce que la *Convención sobre los derechos del niño*, junto con otros instrumentos internacionales, constituyen un *corpus iuris* internacional para la protección de los niños, que puede servir como “guía interpretativa” a la luz del artículo 29 de la *Convención americana* para analizar el contenido de los artículos 8 y 25 y su relación con el artículo 19 de la misma *Convención*.

Asimismo, esos instrumentos –entre los que se encuentran las “Reglas de Beijing”, las “Reglas de Tokio” y las “Directrices de Riad”– desarrollan la protección integral de los niños y adolescentes. Ésta implica considerar al niño sujeto pleno de derechos y reconocer las garantías con que cuenta en cualquier procedimiento en el que se afecten esos derechos. En el sistema interamericano el niño debe disfrutar determinadas garantías específicas “en cualquier proceso en el cual esté en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye cualquier procedimiento administrativo” (artículos 8 y 25 de la *Convención americana*). Dichas garantías deben ser observadas en especial cuando el procedimiento significa la posibilidad de aplicar una medida privativa de libertad (llámese “medida de internación” o “medida de protección”). En la aplicación de medidas de privación de libertad de un niño es preciso considerar dos principios: a) la privación de libertad constituye la última *ratio*,³ y por ello es necesario

³ Artículo 37 (b) de la *Convención sobre los derechos del niño*.

preferir medidas de otra naturaleza, sin recurrir al sistema judicial, siempre que ello resulte adecuado⁴ y b) es preciso considerar siempre el interés superior del niño, lo cual implica reconocer que éste es sujeto de derechos. Este reconocimiento supone que en el caso de los niños se consideren medidas especiales que implican “mayores derechos que [los que se reconocen] a todas las otras personas”.

Los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, en concordancia con el artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*, recogen garantías que deben observarse en cualquier proceso en el que se determinen derechos de un niño, entre ellas:

- a. - *Juez natural*. “Toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez que sea competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”. En este sentido, el artículo 5.5 de la *Convención americana* contempla la necesidad de que los procesos acerca de menores de edad sean llevados ante jueces especializados.⁵

El artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño* extiende la garantía del juez natural a los supuestos en los que se trate de autoridades estatales diferentes de los órganos jurisdiccionales o de mecanismos alternativos, no judiciales, para resolver el conflicto.

- b. - *Presunción de inocencia*. No se deberá tratar como culpable a una persona acusada de haber cometido un delito sino hasta que se haya establecido efectivamente su responsabilidad. La garantía abarca a los niños, imputables o no.

En materia de niñez, las legislaciones latinoamericanas tienden a considerar que se trata de un sistema de derecho penal de autor y no de acto, lo cual vulnera la presunción de inocencia.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la *Convención sobre los derechos del niño*, el juez ejercía un papel “proteccionista” que le facultaba, en caso de encontrarse el niño en una situación de peligro o vulnerabilidad, a violentar sus derechos y garantías. Bastaba la simple imputación de un delito para suponer que el niño se encontraba en situación de peligro, lo cual atraía la imposición de alguna medida, por ejemplo, de internación. Sin embargo, gracias a la aprobación de la *Convención sobre los derechos del niño*, los jueces están obligados a respetar las garantías de éste. Es necesario “considerar la investigación y eventual sanción de un niño, en función del hecho cometido y no de circunstancias personales.” Resulta claro que las debidas garantías no pueden ser desconocidas por el interés superior del niño. Por ello, cuando se presenta al juez un niño inculcado de un delito y el sujeto se encuentra en especial estado de vulnerabilidad, debe darse la “intervención a los mecanismos que haya creado el Estado para ocuparse de esa situación particular”, y tratar al niño como inocente sin considerar su situación personal.

⁴ - Artículo 40 (3) (b) de la *Convención sobre los derechos del niño*.

⁵ - La comisión advierte que si bien la consulta es en relación con los artículos 8, 25 y 19, la norma citada en el artículo 5 de la *Convención* se relaciona con la materia sujeta a consulta.

- c. *Derecho de defensa*. Incluye varios derechos: contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener un intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos. Esto mismo se dispone en el artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*.

En esta garantía subyace el “principio del contradictorio” y se supera la idea de que el niño no necesita defensa, pues el juez asume la defensa de sus intereses.

El derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Este elemento es angular para el debido proceso del niño, a fin de que “sea leído como una instancia de diálogo, en la que la voz del niño sea tenida en cuenta, de modo que se tome en cuenta lo que él o ella considere respecto al problema en que está involucrado”.

- d. *Doble instancia* (artículos 8.2.h de la *Convención americana* y 40.b.v de la *Convención sobre los derechos del niño*). El niño debe gozar del derecho a que un tribunal revise la medida que le ha sido impuesta para controlar así el poder punitivo de las autoridades. Dicha garantía debe estar vigente en cualquier procedimiento en el que se determinen los derechos del niño, y en especial cuando se apliquen medidas privativas de libertad.
- e. *Non bis in idem* (artículo 8.4 de la *Convención americana*). La garantía de que un niño que ha sido procesado por determinados hechos no podrá ser enjuiciado nuevamente por los mismos hechos se encuentra contemplada en el artículo 8.4 de la *Convención americana*. En la *Convención sobre los derechos del niño* no existe una disposición semejante.
- f. *Publicidad* (artículo 8.5 de la *Convención americana*). Vinculada con el sistema democrático de gobierno, esta garantía debe tomar en consideración la privacidad del niño, sin disminuir el derecho de defensa de las partes ni restar transparencia a las actuaciones judiciales, para “no caer en el secreto absoluto de lo que pasa en el proceso, sobre todo respecto de las partes”. En la *Convención sobre los derechos del niño* no se encuentra una disposición semejante.

Las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la *Convención americana*, poseen un doble valor: intrínseco, mediante el cual la persona es considerada sujeto en el desarrollo de ese diálogo, e instrumental, como medio para obtener una solución justa. En este sentido, la *Convención sobre los derechos del niño* “reclama el reconocimiento de la autonomía y subjetividad del niño y establece el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos”.

El derecho a un recurso efectivo, establecido en el artículo 25 de la *Convención americana*, implica no sólo la existencia de un instrumento procesal que ampare los derechos violados, sino también el deber de la autoridad de fundamentar la decisión sobre el reclamo y la posibilidad de revisión judicial de la medida adoptada.

En conclusión, la comisión manifiesta que la *Convención sobre los derechos del niño* debe ser utilizada por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en la interpretación de todas las normas de la *Convención americana* en aquellos asuntos que involucren a niños, y en particular en lo relativo a la interpretación y aplicación del artículo 19 de la *Convención americana*. Asimismo, la aplicación de esta última disposición debe hallarse “precedida y acompañada” por el respeto de las garantías contempladas en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*. Finalmente, la comisión señaló la importancia de que “los Estados, y en particular los jueces, cumplan con la obligación de aplicar los tratados internacionales, adaptando su legislación o dictando resoluciones que cumplan con los estándares fijados por los tratados de derechos humanos”.

*Instituto Universitario de Derechos Humanos AC
de México y otras organizaciones en la materia*⁶

En sus intervenciones escritas y orales, manifestó que:

Los principios de no discriminación, interés superior del niño e igualdad son primordiales en todas las actividades que conciernen a los niños y en la correspondiente legislación. Es preciso tener en cuenta la opinión de los niños en los asuntos que les conciernen. Los sistemas legales deben establecer jurisdicciones de niños que privilegien la prevención, así como fomenten su rehabilitación y reinserción social, evitando en lo posible la penalización y la privación de la libertad. En la audiencia agregó que deben considerarse los diversos ámbitos de prevención: primaria, en la familia, secundaria, en la sociedad, y terciaria cuando el Estado deba intervenir en la adopción de alguna medida:

- - Separación de los jóvenes de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación o sustento: el término “joven” debe ser rechazado, pues abarca tanto a mayores como a menores de 18 años. El término “menor” es jurídico, y contempla la asistencia y la tutela que se debe dar a la persona que, en razón de su edad, no posee la capacidad de ejercicio de sus derechos.

La separación de los niños de sus padres debe adoptarse bajo las debidas garantías judiciales, “privilegiando siempre el interés supremo del menor, el cual puede verse menoscabado por la falta de condiciones para su debido desarrollo integral”. Por ello,

⁶ - Consejo para la Defensa de los Derechos Humanos del Valle de México, Cadenas Humanas, El Ahora Juventud el Mañana Sabiduría, Centro de Monitoreo para la Defensa de los Derechos Humanos, Asociación de Guanajuatenses de México, Confederación de Jóvenes Mexicanos (que agrupa 500 organizaciones juveniles), el Niño Fuente de Amor, el Instituto Mexicano de Prevención del Delito e Investigación Penitenciaria, Centro de Estudios de Posgrado en Derecho, Compromiso por la Unidad Nacional, Consejo Nacional de la Juventud de México, AC, el Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, Colegio de Abogados y Penitenciaristas del Valle de México, Asociación Mexicana de Promoción y Cultura, Fundación León XIII, Instituto de Ciencias Jurídicas de Abogados Egresados de la UNAM (campus Aragón), Fundación Economía Solidaria, Colegio Mexicano de Licenciados en Trabajo Social, Centro de Alternativas Sociales, Colegio de Ciencias Jurídicas en el Estado de México, Fundación Mexicana de Reintegración Social e Instituto Nacional de Apoyo a Víctimas y Estudios en Criminalidad.

el Estado sólo puede disponer esa reparación, en su calidad de promotor y protector de los derechos del niño, ante circunstancias que coloquen a éste en riesgo de sufrir violencia, maltrato, abuso y explotación sexual, entre otros delitos.

- Internación de menores en establecimientos de custodia por considerarlos abandonados o en situación de riesgo o ilegalidad, sin que hayan incurrido en delito, sino por condiciones personales o circunstanciales del menor. El Estado debe adoptar medidas de protección, mediante procedimientos legítimos de intervención y con la debida aplicación de la ley, cuando los niños se encuentren en situación real de abandono familiar o social que se traduzca en riesgo o vulneración de los intereses supremos de la niñez. Una de estas medidas es la internación de niños en establecimientos de custodia que atiendan al objetivo de garantizar su desarrollo y el ejercicio de sus derechos. Las situaciones de riesgo e ilegalidad no son sinónimas, como aparece en el planteamiento.
- Aceptación, en sede penal, de confesiones de menores que se obtengan sin las debidas garantías: la confesión de niños, entendida como una declaración autoinculpatoria, debe rendirse siempre con garantías y el respeto pleno de sus derechos. Es necesario establecer un procedimiento especial para la justicia de niños, lo cual no implica necesariamente el desarrollo de un procedimiento penal.
- Tramitación de procedimientos administrativos relativos a derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor. Se debe distinguir entre los procedimientos administrativos para la atención de niños infractores y otros procedimientos relativos a conductas no tipificadas en las leyes penales. En estos últimos casos la ausencia del defensor no implicará violación de los derechos.
- Determinación, en procedimientos administrativos o judiciales, de derechos fundamentales del menor, sin haber oído a éste ni considerar su opinión. Es preciso distinguir la posibilidad de que el niño exprese su opinión libremente, por sí mismo o por medio de un representante, del derecho considerado en conformidad con el artículo 12 de la *Convención sobre los derechos del niño*. Esto implica “la necesidad de analizar a fondo la forma que debe adoptar ese derecho, ya que el menor no puede de manera ilimitada expresar su opinión, sino que se deben atender las condiciones particulares de cada menor, en función de su edad y madurez”.

Federación Coordinadora de ONGS que trabajan con la Niñez y la Adolescencia-Codeni de Nicaragua

En su escrito de 16 de octubre de 2001, manifestó que:

En Nicaragua la aprobación del *Código de la niñez y la adolescencia* en el año 1998 ha generado cambios estructurales en el tratamiento de los adolescentes infractores de la ley. No obstante, estos cambios no han sido sustanciales, debido a la falta de asignación de un presupuesto específico para la aplicación integral del *Código*.

En relación con este sector de la población, resulta conveniente emplear la terminología “niñas, niños y adolescentes”, para rescatar su condición de sujetos sociales y de derecho, producto de su personalidad jurídica, y dejar atrás la política de la situación irregular que emplea el vocablo “menores” en forma peyorativa.

La no imputabilidad del niño debe permitir identificarlo y brindarle un tratamiento diferente del que corresponde a un presunto infractor, en consideración a que el “acto incurrido [responde] a una situación particular y no necesariamente [a] un hecho premeditado o aprendido tal como la plantea la política de la situación irregular”.

La ley debe considerar, al momento de determinar las causas de la comisión de un hecho delictivo, el estudio médico, psicológico y social del sujeto aplicado en Nicaragua y que muestra que “casi en un 100% [de] los actos delictivos devienen de circunstancias fuera del alcance de ellos/ellas o de situaciones específicas del mismo sistema”, por cuanto los niños proclives o propensos a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad son los pobres, hijos e hijas de prostitutas y delincuentes, entre otros.

Hay principios que están relacionados con el debido proceso como los de culpabilidad, humanidad, jurisdiccionalidad, contradicción e inviolabilidad de la defensa, que deben ser aplicados a la niñez:

- a) - *Principio de culpabilidad.* La publicidad que se genera desde el momento de la comisión del delito, no atender al victimario y dejar de brindar un tratamiento especializado por personas expertas en el tema, produce “la culpabilidad anticipada de los niños y niñas”. Además, debe considerarse parte de las obligaciones del Estado tener expertos en temas de niñez y adolescencia en la magistratura, la procuraduría y la defensa pública.
- b) - *Principio de humanidad.* La tipología de los delitos que debe regir con respecto a los adolescentes debe ser distinta de aquella prevista en la ley común; las medidas correctivas deben procurar la resocialización del victimario más que su simple reclusión, ya que “está demostrado que esta medida no causa efectos positivos”.

Asimismo, la ley debe establecer una clara tipificación de la conducta y considerar que el proceso judicial es una instancia de “protección especial” y no de inquisición.

- c) *Principio de jurisdiccionalidad.* La ley debe delimitar los campos y los papeles de cada actor responsable. Es preciso aplicar medidas socioeducativas que permitan la resocialización del niño. La instancia administrativa vigilará el cumplimiento de esas medidas.
- d) - *Principio del contradictorio.* El derecho a ser escuchado se relaciona con el reconocimiento de la personalidad jurídica: “en tanto ambos no se observen desde la misma dirección, difícilmente una persona adulta y sin experiencia establecerá las diferencias prácticas de la terminología”.
- e) - *Principio de la inviolabilidad de la defensa.* En general, la defensa de los niños no corre a cargo de especialistas en temas de la niñez y la adolescencia. Esto no contribuye al respeto de los derechos del niño y de la niña. Es fundamental el papel del Estado y la familia, no

como espectadores o sancionadores del individuo, sino “como alternativas para superar el problema”. La existencia de especialistas en cuestiones sociales y psicológicas que atiendan a los niños y la correlación de esta atención con la familia constituyen obligaciones del Estado.

Fundación Rafael Preciado Hernández AC, de México

En sus presentaciones escritas y orales manifestó lo siguiente:

Se toma como punto de partida para el desarrollo del tema la *Convención sobre los derechos del niño* de Naciones Unidas de 1989, por ser el instrumento internacional que marcó el inicio de la doctrina de la protección integral que define a los infantes como sujetos plenos de derecho y no como objetos de tutela. La interpretación solicitada de los artículos 8, 19 y 25 de la *Convención americana sobre derechos humanos* debe incorporar plenamente el modelo presentado y adoptado en la *Convención sobre los derechos del niño*.

Se destacan algunas directrices pertinentes para la interpretación propuesta, a saber:

- a). -Prohibición de separar a las niñas, niños y adolescentes de su medio familiar o comunitario por cuestiones meramente materiales. El actual modelo de protección a la infancia se plantea sobre la base de una responsabilidad conjunta entre el Estado y los padres (o responsables de los niños). Con fundamento en el principio de solidaridad, aquél no debe tomar al infante bajo su tutela, privándole del ejercicio de sus derechos, sobre todo del derecho de libertad, en razón de la carencia de condiciones mínimas de subsistencia o como consecuencia de su especial situación personal, social o cultural, y los padres deben brindar al menos condiciones de vida adecuadas. Es decir, tanto el Estado como la familia son responsables solidarios de brindar y garantizar al niño o niña las condiciones mínimas de subsistencia. Esto implica que las legislaciones que se desarrollan conforme al principio de tutela y criminalizan la pobreza, despojando de garantías judiciales al manejo de los conflictos jurídicos de los sectores más desfavorecidos de la población, deben ser objeto de reconsideración con el objeto de ajustarlas al modelo y a la realidad imperantes.
- b). Delimitación de las órbitas de la administración y de la actividad jurisdiccional. Las cuestiones de naturaleza jurisdiccional relativas a los derechos de niñas, niños y adolescentes, sean de derecho penal, civil o de familia, a la luz de la *Convención* deben ser realizadas por jueces con capacidad plena y específica para dirimir conflictos de naturaleza jurídica, con las características técnicas, de imparcialidad e independencia inherentes a su cargo y limitados por las garantías individuales.

La *Convención sobre los derechos del niño*, principal normatividad en el seno internacional que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes tutelares, establece el carácter complementario de los mecanismos especiales de protección de los niños, que no es autónomo sino fundado en la protección jurídica general (artículo 41 de la *Convención sobre los derechos del*

niño), para lo cual también establece clara separación entre lo asistencial y lo penal. Desde esta perspectiva se señala que todo proceso seguido a un infante debe respetar los siguientes principios:

1. - *Jurisdiccionalidad*: implica el respeto de ciertas características mínimas de la jurisdicción, tales como la intervención del juez natural y la independencia e imparcialidad del órgano llamado a tomar la decisión pertinente;
 2. - *Inviolabilidad de la defensa*: obliga a la presencia del defensor técnico en la toma de decisiones que afecten al niño y en todo proceso en el que éste intervenga;
 3. - *Legalidad del procedimiento*: todo procedimiento que implique la presencia de un niño o la toma de decisiones que afecten al mismo debe estar previamente determinado en la ley para evitar la aplicación de criterios discrecionales y garantizar el desarrollo justo y equitativo de los sujetos, evitando de esta manera la adopción de decisiones basadas en las condiciones personales del niño o la niña;
 4. - *Contradicción*: implica la posibilidad de conocer los hechos y las pruebas que concurren al proceso, así como la de hacerles frente mediante la respectiva asistencia legal;
 5. - *Impugnación*: presupone la existencia de un órgano superior ante el cual se pueda recurrir la decisión adoptada;
 6. - *Publicidad*: tiene dos manifestaciones; por un lado, la posibilidad de acceder a todas las piezas procesales para garantizar la defensa adecuada y, por otro, la protección de la identidad de los niños y niñas para evitar su estigmatización.
- c). Los niños como sujetos plenos de derecho. El artículo 3 de la *Convención americana sobre derechos humanos* reconoce la personalidad jurídica de todas las personas y esto, por supuesto, incluye a los infantes. Sin embargo, el antiguo modelo tutelar sólo veía a los niños como objetos de protección y no como sujetos de derecho. Por lo tanto, no gozaban del reconocimiento de sus derechos. En la actualidad, el preámbulo de la *Convención sobre los derechos del niño* y los principios de la *Carta de las Naciones Unidas* dejan en claro que los niños son sujetos de derecho, en condiciones de igualdad y con fundamento en la dignidad intrínseca de todos los seres humanos.

Según el modelo de protección integral adoptado, los niños tienen derecho a ser partícipes de los procesos que impliquen la toma de decisiones que los afecten, no sólo en el ámbito familiar, sino también en las actuaciones que se realicen ante las autoridades competentes.

En razón de estos criterios, se considera pertinente exhortar a los países miembro de la OEA a que adopten en su legislación interna las directrices establecidas por el derecho internacional en materia de protección y tutela a los infantes a fin de reconocer a éstos como titulares de derechos y obligaciones. Esto incluye el derecho a un debido proceso.

En el caso de México, se observa claramente la adopción del modelo tutelar. La legislación considera al niño no imputable e incapaz, y de esta forma le brinda un tratamiento similar al que corresponde a los discapacitados mentales, negándoles el acceso al debido proceso que se observa en las decisiones jurisdiccionales sobre adultos.

Según la legislación mexicana, los niños están sometidos a un proceso no jurisdiccional abstraído de la garantía judicial del debido proceso. Aquél implica un “tratamiento” que consiste en la privación de la libertad decidida sin garantía alguna, y que en vez de contribuir a la protección de los infantes trae consigo una serie de violaciones sistemáticas a los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. La legislación mexicana debe adoptar el modelo de protección reconocido por la normativa internacional.

*Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito
y el Tratamiento del Delincuente de Naciones Unidas (Ilanud)*

En sus argumentaciones escritas y orales el Ilanud hizo las siguientes apreciaciones:

Respecto de la primera cuestión planteada por la comisión y que se relaciona con la separación de los jóvenes de sus familias por razones de educación y sustento, el instituto estableció que los artículos 8 y 25 de la *Convención* constituyen límites al arbitrio y discreción de los Estados para dictar medidas de protección de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de este mismo instrumento. “La separación de los jóvenes de sus padres y/o familias y sin el debido proceso, por considerar que sus familias no poseen las condiciones para brindarles educación y mantenimiento, viola el artículo 2 de la *Convención sobre los derechos del niño*, así como los principios establecidos en el derecho internacional y los derechos humanos, el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación”.

Con respecto a la medida relacionada con la supresión de la libertad de personas menores de edad por considerárselas abandonadas o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad, consideró “que las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* [...] constituyen un límite para los Estados parte para decidir sobre estas medidas especiales. La práctica de acordar la supresión de la libertad considerando circunstancias especiales de los menores de edad viola el derecho a la integridad personal (artículo 5) y el derecho a la libertad personal (artículo 7), ambos de la *Convención americana* [...], lo mismo que los principios del derecho internacional y los derechos humanos, como el principio *pro libertatis* y el principio *pro homine*. También se violaría claramente el principio de igualdad y no discriminación”.

Respecto de la admisión de confesiones de personas menores de edad sin las debidas garantías en sede penal, manifestó “que las garantías judiciales y la protección judicial establecidas en los artículos 8 y 25 de la *Convención* constituyen límites y derechos mínimos que deben respetar los Estados parte cuando se recibe confesión o declaración a cualquier persona, y especialmente a los menores de edad. Aceptar estas medidas especia-

les en forma discrecional y sin límites configura una violación al principio de especialidad de la justicia de menores establecido en el artículo 5.5 de la *Convención americana*, al igual que al debido proceso.

En relación con los procesos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales sin la garantía de la defensa, señaló que “esta práctica viola las garantías judiciales establecidas en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, por lo que sí constituyen límites al arbitrio y discreción para los Estados parte”. Asimismo, consideró que dichas prácticas atentan contra el derecho a la defensa establecido en el artículo 40, inciso 2, párrafo ii de la *Convención sobre los derechos del niño*. Este derecho supone que se respeten todas las garantías judiciales, como son los derechos a conocer la acusación, la presunción de inocencia y la doble instancia, entre otros.

Por último, en relación con la cuestión planteada por la Comisión Interamericana referida a determinar en procedimientos administrativos o judiciales derechos y libertades sin la garantía de ser oído personalmente, y la no consideración de la opinión de la persona menor de edad, argumentó que esto violaría lo consagrado en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, pues estas normas constituyen límites al arbitrio y discreción de los Estados parte “como son los derechos mínimos que se deben respetar a todos sus ciudadanos y en especial a los niños y adolescentes”. Asimismo, esta situación atentaría contra lo establecido en el artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*, “así como contra principios del derecho internacionalmente aceptados y reconocidos, como por ejemplo: el principio del interés superior del niño, el reconocimiento de personas menores de edad como sujetos de derecho, el principio de la protección integral, el principio de jurisdicción especializada, el principio de formación integral y reinserción a la familia y la sociedad”.

Luego de la adopción de la *Convención sobre los derechos del niño*, la mayoría de las legislaciones latinoamericanas empezaron a cambiar la teoría tutelar, usualmente aplicada en la vía judicial o administrativa, de acuerdo con cada Estado, por la de protección integral establecida en el instrumento internacional mencionado. Para tal efecto se utilizó una técnica legislativa que podría ser denominada: “códigos omnicomprendidos, llamados códigos de la niñez que regulan todo tipo de situaciones, tanto de omisión de derechos como también de infracción a la ley penal”.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional

En su escrito y en su exposición oral manifestó que:

La Convención sobre los derechos del niño

La principal reacción frente al sistema de la “situación irregular” en el campo normativo fue la adopción de la *Convención sobre los derechos del niño* en 1989, la cual significó un cambio de paradigma al reconocer a los menores como sujetos de derechos y establecer el principio del “interés superior del niño” como “una norma de resolución de conflictos entre

derechos, y/o como una guía para la evaluación de leyes, prácticas y políticas referidas a la infancia”, así como principios tales como el respeto a la opinión del niño, el principio de supervivencia y desarrollo y el principio de no discriminación. Asimismo, la *Convención sobre los derechos del niño* consagró normativamente la “doctrina de la protección integral”, mediante la cual se delimita la labor del juez a la resolución de conflictos de naturaleza jurídica, se fortalecen las garantías procesales y se establecen obligaciones a cargo del Estado de establecer “políticas de carácter integral que respeten los derechos y garantías protegidas” en la mencionada *Convención*.

Este impulso de la doctrina de la protección integral ha significado una serie de modificaciones en las legislaciones de la región; no obstante, “las prácticas de la administración de justicia y la política de Estado siguen sin adecuarse a los preceptos de la *Convención [sobre los derechos del niño]*”. Asimismo, en algunos países se vive en “un entorno cada vez más excluyente (social y políticamente)” para los menores de edad y las violaciones graves o sistemáticas de sus derechos humanos ponen en evidencia el incumplimiento de los Estados de sus obligaciones internacionales.

Situación legislativa actual

Algunos países de la región han desarrollado nuevas legislaciones en sus ordenamientos con el propósito de brindar una protección especial para los menores de edad. Sin embargo, la carencia de reformas legislativas orientadas a “fortalecer las políticas sociales básicas” constituye un obstáculo para el goce efectivo de los derechos reconocidos en la *Convención sobre los derechos del niño*. Además, existen países en los cuales no se ha iniciado la readecuación legislativa o ésta se debe profundizar para “lograr la efectiva adecuación de la normativa a los preceptos de la *Convención sobre los derechos del niño*”, principalmente en materia de garantías.

Asimismo, incluso en los países en los cuales se ha adoptado una nueva legislación existe una serie de deficiencias que resulta necesario corregir, como son, entre otras, la creación de instalaciones necesarias para la aplicación de medidas privativas de libertad con condiciones dignas y la desvinculación de las legislaciones del viejo sistema de la doctrina de la situación irregular. De esta manera, la doctrina de la protección integral se ha encontrado con muchos obstáculos de diversa naturaleza, como son:

- Económicos: la falta de partidas presupuestarias para brindar una adecuada función tutelar de los derechos de los niños;
- Políticos: el gasto social no constituye una prioridad para los gobiernos, y cuando se realiza resulta “incoherente en las ejecuciones por la falta de una adecuada planeación”;
- Ideológicos: es necesario promover una mayor sensibilización y compromiso frente a las nuevas exigencias de la infancia frente a una “extendida cultura autoritaria y represiva”;
- Institucionales: existe una carencia de capacitación de los operadores jurídicos y sociales en esta materia, pues “no entienden los alcances de su competencia ni logran desvincular plenamente esta función de la función sancionadora” frente a un niño infractor.

- - Informativos: es necesario realizar un proceso de capacitación a los abogados debido a su “especial participación en el nivel de control y exigencia” frente a las instituciones estatales encargadas de ejecutar las medidas de protección;
- Legislativos: los avances en este campo han sido lentos y de carácter formal; y
- Formativos: a pesar de los logros alcanzados, no existe “una masa crítica de profesionales que tenga la capacidad de crear opinión” sobre esta materia.

Problemática actual de la niñez

En la región millones de niños viven en condiciones de pobreza y marginación, “víctimas de un inmenso e imperdonable olvido” y “producto de grandes fallas estructurales”, relacionadas con políticas nacionales e internacionales. Se destacan las siguientes problemáticas:

- a). *La niñez en situación de conflictos armados.* Este tipo de conflictos han ido aparejados de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en perjuicio de niños y adolescentes de la región, con consecuencias para ellos que resultan aún más intensas y traumáticas que para los adultos. Asimismo, los conflictos generan más pobreza al destinarse a estos fines mayores recursos; sucede también que aumenta la malnutrición ante la escasa producción de alimentos, así como aumentan los obstáculos para acceder a los servicios. Además, los niños deben enfrentarse muchas veces al desplazamiento y separación de sus familias, privándolos de un entorno seguro.

Al respecto es importante la existencia del *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño* relativo a la participación de los niños en conflictos armados como una forma de complementar las obligaciones mínimas de los Estados establecidas en la *Convención sobre los derechos del niño* en relación con los niños en conflictos armados y su recuperación pues, entre otras cosas, se eleva la edad mínima para el reclutamiento de 15 a 18 años.

Asimismo, no obstante que muchos Estados reconocen la existencia de niños soldados reclutados por las fuerzas armadas y que adquieren el compromiso de dictar disposiciones para evitar nuevos reclutamientos, por lo general sucede que no han elaborado disposiciones para facilitar la desmovilización de los niños actualmente reclutados, impidiéndoles a estos últimos el acceso a la educación, la reunificación familiar o la alimentación y albergue necesarios para su reintegración social. Además, en relación con los desplazamientos internos de los menores de edad, “no darle el marco legal a la situación de la manera completa que ésta requiere coloca a la infancia en desprotección por la no existencia de un recurso legal específico para proteger esa situación”, en detrimento del “derecho de no desplazarse como un corolario del derecho de circulación y de residencia”.

- b). *Refugio y nacionalidad.* Para definir el alcance de las medidas de protección que contempla el artículo 19 de la *Convención americana* respecto de los niños refugiados o solicitantes de asilo, resulta fundamental integrar las normas y principios consagrados en la *Con-*

vención sobre los derechos del niño y la *Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados* como un marco jurídico consolidado de protección. En consecuencia, las medidas de protección deben ser tomadas en consideración al realizar la determinación de la condición de refugiado y en el trato que los niños refugiados y buscadores de asilo deben recibir, en particular cuando han sido separados de sus padres o guardianes.

Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos exigen que los derechos contemplados en los diferentes tratados se garanticen a todas las personas sin considerar su edad. Por ello, la discriminación en razón de la edad sólo puede admitirse en algunas circunstancias, de conformidad con la propia jurisprudencia de la corte, siempre que la distinción responda a criterios razonables y objetivos y que las medidas adoptadas resulten proporcionales. Aún más, tratándose de niños los Estados deben tomar medidas especiales para protegerlos, con fundamento en el principio del interés superior del niño.

Las garantías judiciales contempladas en el artículo 8 de la *Convención americana*, las cuales se extienden a todo procedimiento –administrativo o judicial– donde se determinen derechos, deben aplicarse en el trámite de determinación de la condición de refugiado, por cuanto este mecanismo permite establecer si la persona cumple con las condiciones para disfrutar del derecho al asilo y la protección contra el *refoulement*. Asimismo, el derecho a un recurso sencillo y rápido que ampare contra actos que violen derechos fundamentales, establecido en el artículo 25 de la *Convención americana*, debe aplicarse sin discriminación a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado, incluyendo a los individuos que no son nacionales de ese Estado. En particular, se debe considerar el respeto de las siguientes garantías en el proceso de determinación de la condición de refugiado:

- el derecho a una audiencia para que el niño presente su solicitud de asilo y exprese su opinión libremente, en un plazo razonable y ante una autoridad competente, imparcial e independiente. Esto a su vez presupone la protección contra el *refoulement* y la devolución en la frontera. Asimismo, para garantizar la mayor participación posible del niño, se le debe explicar adecuadamente cómo funciona el procedimiento, cuáles decisiones se han tomado y cuáles pueden ser las consecuencias de las mismas; además, cuando corresponda, el Estado debe garantizar que el niño cuente con la asistencia de un representante legal con la preparación para realizar esta función;
- la adopción de medidas especiales que permitan estudiar la solicitud de asilo de un niño de una manera más flexible, en consideración de que los niños por lo general experimentan la persecución de manera diferente que los adultos; estas medidas podrían comprender el otorgamiento del beneficio de la duda al analizar la credibilidad de su solicitud, estándares de prueba menos rígidos y un procedimiento más expedito; y
- una evaluación del grado de desarrollo mental y madurez del niño por parte de un especialista con la preparación y experiencia debida. De no contar el niño con la sufi-

ciente madurez, es necesario considerar factores más objetivos al analizar su solicitud, tales como las condiciones de su país de origen y la situación de sus familiares.

Igualmente, la protección a la familia, como unidad social básica, también se encuentra contemplada en los tratados internacionales de derechos humanos. Por ello, cualquier decisión estatal que afecte la unidad familiar debe adoptarse con apego a las garantías judiciales consagradas en la Convención americana. El respeto por la unidad familiar hace necesario que el Estado no sólo se abstenga de cometer actos que signifiquen la separación de los miembros de la familia, sino que adopte acciones para mantener la unidad familiar o para reunificarlos, de ser el caso.

En este sentido, se debe suponer que permanecer con su familia, o reunirse con ella en caso de haberse separado, va en beneficio del interés superior del niño. No obstante, existen circunstancias en las cuales esta separación resulta más favorable para el niño. Previa a tomarse esta decisión es necesario escuchar el parecer de todas las partes interesadas. Asimismo, es obligación del Estado no sólo abstenerse de tomar acciones que puedan resultar en la separación de la familia, sino que además debe adoptar medidas que permitan mantener la unidad familiar o la reunificación de sus miembros, en caso de haber sido separados.

De igual manera, la detención de los solicitantes de asilo resulta indeseable debido a las consecuencias negativas para sus posibilidades de participar en el procedimiento de solicitud de asilo y porque puede resultar una experiencia traumática. En este sentido, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha manifestado que las personas que solicitan asilo y que han sido admitidas en un país para la determinación de su condición de refugiadas “no deben ser sancionadas o expuestas a un tratamiento desfavorable basado sólo en que su presencia en ese país sea considerada ilegal”. De esta manera, la detención de estas personas –de ser necesaria– debe darse durante un periodo corto y debe tener carácter excepcional, dando preferencia a otras medidas alternativas. Asimismo, la situación particular de cada persona debe ser estudiada antes de ordenar su detención.

En consecuencia, este comité ha identificado cuatro supuestos en los cuales la detención de la persona podría considerarse “necesaria”:

- i. para verificar su identidad;
- ii. para determinar los elementos en que se basa la solicitud de condición de refugiada o asilada;
- iii. para tratar los casos en que los solicitantes de refugio o asilo han destruido su documento de identidad o han utilizado documentos fraudulentos con el propósito de inducir a error a las autoridades, o
- iv. para proteger la seguridad nacional o el orden público.

En el caso de menores de edad, estos criterios deben ser aún más restrictivos y, en consecuencia, como regla los niños no deben ser detenidos y, por el contrario, deben recibir hospedaje y una supervisión adecuada por parte de autoridades estatales protectoras de la infancia. Ante la falta de alternativas, la detención debe ser una medida de ultima ratio y por el periodo más corto posible; asimismo, los niños deben recibir al menos las mismas garantías procesales otorgadas a los adultos.

Por otro lado, los niños cuyos padres solicitan asilo o reciben refugio se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad en relación con las políticas restrictivas de control migratorio existentes en la región, ya que las “familias se encuentran cada vez más marginadas y vulnerables frente a los abusos”. Además, los niños se ven expuestos a ser repatriados forzosamente sin las condiciones de seguridad y garantías mínimas.

Asimismo, la existencia de niños sin nacionalidad hace que éstos se encuentren en una situación de desprotección en la esfera internacional, ya que no reciben los beneficios y derechos que los ciudadanos disfrutaban y, además, al negarles el Estado sus partidas de nacimiento cuando nacen en el país de refugio se les coloca en un “riesgo permanente de ser expulsados arbitrariamente y, en consecuencia, de ser separados de sus familias”, lo cual muchas veces genera que “se le conculcan a la infancia, a través de un primer derecho, muchos otros”.

- c). *-Casos de peligro a la vida y la salud.* Cuando los niños son víctimas de abusos, “no sólo les causa daños psicológicos, físicos y morales, sino que además los expone a enfermedades de transmisión sexual, acentuando aún más el peligro que corre su vida”. Lamentablemente, estos hechos muchas veces quedan en el entorno familiar y en otros casos el Estado no actúa, aunque se encuentre facultado para ejercer los mecanismos adecuados para su protección. Asimismo, los mecanismos sancionadores en contra de los victimarios carecen de efectividad, negando el acceso a la justicia y contrariando toda idea de protección a la niñez.
- d). *-Casos de niños y adolescentes especialmente vulnerables.* La falta de provisión de los Estados para brindar una adecuada protección a los niños que se encuentran en una situación especial por alguna incapacidad física o mental coloca a estos niños en un estado de indefensión, lo cual se agrava cuando se les somete en un sistema de internación que no cuenta con los recursos adecuados para estos efectos.
- e). *-Casos de guarda o tutela (adopción).* La problemática de las adopciones ilegales, así como la prostitución y pornografía infantiles, generan una profunda preocupación en el nivel internacional. Esta problemática tiene lugar mayormente cuando “se dan fallas de tipo legislativo que no implican ningún tipo de obstáculo para este tipo de ilícitos”. Especialmente en relación con la adopción, debe lograrse la intervención judicial para controlar su ejecución, ya que es importante que sea “un acto tendente al bienestar del niño” y la falta de control sobre ella puede dar lugar a abusos y acciones ilícitas.

f). -*Niños y adolescentes que no pueden acceder a la educación.* Todos los niños tienen derecho a la educación como un derecho fundamental universalmente reconocido. Sin embargo, existen millones de niños en edad para asistir a la escuela primaria que no tienen la posibilidad de hacerlo, encontrándose en una situación de negación del derecho a la educación, la cual está unida a violaciones de derechos civiles y políticos, tales como el trabajo ilegal, la detención en prisiones y la discriminación étnica, religiosa o de otras condiciones, y que se agrava cuando se trata de niños en circunstancias especialmente difíciles, como los niños de minorías étnicas, huérfanos, refugiados u homosexuales.

Asimismo, la existencia de violencia para mantener la disciplina en las aulas y para sancionar a los niños con mal rendimiento académico son factores que, aparte de las consecuencias directas que puedan ocasionar, constituyen obstáculos al acceso a la educación que los Estados deben comprometerse a eliminar.

El desarrollo del artículo 19 de la *Convención americana*

Con base en el artículo 19 de la *Convención americana* el niño tiene derecho a recibir medidas de protección por parte de los Estados, las cuales deben ser brindadas sin discriminación. De manera que para dar contenido a esta disposición se debe tomar en cuenta lo establecido en otros instrumentos internacionales, de conformidad con el criterio interpretativo del artículo 29 de la *Convención americana* que consagra “el principio de aplicabilidad de la norma más favorable al individuo”, así como las normas y principios de la *Convención sobre los derechos del niño*, que se manifiestan especialmente en el principio del “interés superior del niño”.

Las medidas de protección especial que los niños deben recibir “superan el exclusivo control del Estado” y el artículo 19 de la *Convención americana* exige a los Estados la existencia de “una política integral para la protección de los niños” y la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute pleno de sus derechos.

Garantías sustantivas y procesales relativas a la protección especial consagrada en el artículo 19 de la *Convención americana*

Las garantías del proceso y la protección judicial son plenamente aplicables “al momento de resolver disputas que involucran a niños, niñas y adolescentes, así como respecto a procesos o procedimientos para la determinación de sus derechos o situación”.

1. - *Garantías sustantivas.* Los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* tienen el propósito de “garantizar la tutela efectiva de los derechos, rodeando a la misma de los resguardos procesales y sustantivos indispensables” para la realización de los derechos de los niños. Se destacan principalmente tres:

i. - *Principio de culpabilidad (nulla poena sine culpa).* Reconocido en diversos tratados internacionales, este principio consiste en la “necesidad de la existencia de culpa para ser castigado”. Según su concepción actual, el principio de presunción de inocencia es considerado una “regla probatoria o regla de juicio” y una “regla de tratamiento de imputado”.

En relación con las prácticas que la comisión propone en su solicitud resulta necesario establecer que la culpabilidad se encuentra estrechamente vinculada con la imputabilidad, de manera que quien carezca de facultades psíquicas y físicas, por no tener la madurez suficiente o por padecer graves alteraciones físicas, no puede ser declarado culpable y, en consecuencia, no puede ser responsable penalmente de sus actos, aunque éstos sean típicos y antijurídicos. Así, la no imputabilidad se erige como “una limitación de la responsabilidad penal basada en la capacidad intelectual y volitiva”, así como en otros factores relevantes que deben considerarse para la determinación de la imputabilidad.

El juicio de imputabilidad no debe significar discriminación alguna, ni procesos que estigmaticen a quienes no son imputables, como los niños, en el sentido de considerarlos seres inferiores o incapaces, sino que “simplemente son personas en situaciones de desigualdad”. Por ello, la determinación de no imputables debe proceder de “una decisión sociopolítica y político-criminal que refleje la obligación del Estado de considerar su especial condición en la sociedad”, de manera que sí deben responder por sus actos, pero de una manera distinta que los adultos. Debe aplicarse entonces el principio de igualdad, en el sentido de que “hay que tratar desigual a los desiguales, para convertirlos en iguales”.

En relación con los niños, el reconocimiento de las necesidades especiales que éstos tienen debe tomarse en cuenta al momento de otorgarles la titularidad de sus derechos, así como al momento de exigirles responsabilidades. En la actualidad, “no se busca extender la imputabilidad penal a los adolescentes, sino [...] establecer su responsabilidad penal”, de forma que sus actos, si bien no serán considerados delitos, sí tendrán consecuencias jurídicas, las cuales serán congruentes con su condición de persona, su dignidad, sus derechos y las características especiales de cada niño.

En consecuencia, se estima que los niños menores de 18 años pero mayores de 12 o 14 años “no deberían ser considerados penalmente imputables, pero sí penalmente responsables”, tomando en consideración que, en virtud de su condición de niño, es una persona no imputable que “ha tenido obstáculos para participar igualmente en la sociedad y para satisfacer sus necesidades”, y por ello el Estado debe tomar en cuenta estas circunstancias y promover las condiciones que les permitan integrarse a la sociedad.

- ii. -*Principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege)*. Entendido como garantía procesal, este principio busca garantizar que “todo procedimiento se lleve adelante de acuerdo con la ley”, así como determinar un marco de acción a la autoridad que debe decidir sobre alguna cuestión relativa a los menores de edad.

Este principio se encuentra desarrollado en la jurisprudencia de la corte y contemplado en la normativa internacional, e impone la imposibilidad de “penar un acto sin una ley que lo haya sancionado como un crimen previamente”. Asimismo, obliga a

reconocer la no imputabilidad del menor de edad respecto de su responsabilidad penal, tanto para fijar los límites en que inicia y termina esta causa de no imputabilidad como para “el tiempo en el que se debe imponer el tratamiento de reincorporación a la sociedad del menor infractor”.

Algunas veces el principio de legalidad se encuentra “confrontado con la realidad”, ya que existen legislaciones que contemplan disposiciones que implican un menoscabo a los derechos de los niños y niñas, “basados únicamente en condiciones personales o circunstanciales de éstos”.

No obstante que las Constituciones de los países de la región contemplan la prohibición de ser privado de la libertad arbitrariamente, frecuentemente las autoridades incumplen con esta garantía cuando se trata de asuntos de menores de edad, pues no cuentan con una orden judicial para realizar la detención, no ponen al niño ante autoridad judicial competente en un plazo máximo de 24 horas o por las mismas condiciones de detención, todo lo cual pone en peligro al menor de que se cometan en su perjuicio ulteriores violaciones.

- iii. *Principio de humanidad.* Este principio tiene el propósito de prohibir a las autoridades la comisión de abusos durante el cumplimiento de una pena o durante la institucionalización de un niño o niña. Tiene tres consecuencias principales: la prohibición expresa de aplicar torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; señalar los fines reeducativos y tendientes a la reinserción social de los niños que reciben las medidas y la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas que tengan menos de 18 años al momento de los hechos. En consecuencia, una medida privativa de libertad “en ningún caso puede implicar la pérdida de algunos de los derechos que sean compatibles con ella e incluso debe reconocérseles todos aquellos derechos que sean necesarios para su adecuada socialización”.

Asimismo, muchos centros de detención no tienen las condiciones de infraestructura adecuadas, ni recursos humanos ni profesionales con capacidad de desarrollar los programas de educación y trabajo que permitan la reeducación y la reinserción social que estas medidas pretenden.

2. - *Garantías procesales.* Se refieren a todas las garantías que deben respetarse por ser necesarias en cualquier situación judicial en que se busque decidir una controversia sobre un derecho de forma equitativa. De esta manera, deberán ser reconocidas no sólo en los procesos donde se definan responsabilidades penales, sino “en todos los procesos judiciales o administrativos en que se discuta, directa o indirectamente, sobre un derecho fundamental” de los niños.

- i. - *Principio de jurisdiccionalidad.* La administración de justicia debe estar a cargo de un juez natural, competente, independiente e imparcial, de conformidad con el artículo 8 de la *Convención americana*. Asimismo, al decidir sobre controversias o situaciones

que involucren a niños y adolescentes debe buscarse preservar la especialidad de los organismos encargados de esta tarea. Además, en materia penal la autoridad deberá ser judicial, salvo cuando se presente la figura de la “remisión” a sede administrativa, en casos en que sea lo mejor para las partes involucradas, especialmente para el niño o niña. Igualmente, debe brindarse capacitación a las autoridades que resuelven los conflictos de los menores de edad como un requisito fundamental para el ejercicio de sus funciones.

- ii. -*Principio del contradictorio*. Resulta fundamental la determinación de las partes involucradas en un proceso, tanto como garantizar los derechos consagrados en la ley. Por ello, es necesario que “se confiera igualdad de oportunidades a las justiciables para la alegación y defensa de sus pretensiones” y se brinde el “debido equilibrio entre los sujetos procesales”. Asimismo, debe procurarse que “el proceso cuente con una parte actora, acusadora o solicitante diferenciada claramente de la función judicial encargada de la decisión”.

La adecuada asesoría jurídica y la participación de los padres o tutores durante el proceso permiten que se garantice la protección que por su especial condición el niño o niña necesitan.

- iii. *Principio de la inviolabilidad de la defensa*. Este principio significa que toda persona disfrute efectivamente del derecho de preparar su defensa adecuadamente, lo que implica conocer los cargos y las pruebas en su contra, así como el derecho a una asistencia letrada idónea durante todo el proceso, la cual “no es sustituible por padres, psicólogos, [o] asistentes sociales”. Además, este derecho implica no someter a la persona detenida a torturas para obtener una confesión sobre la comisión de las conductas delictivas.

- iv. -*Principio de publicidad del proceso*. De conformidad con este principio, todos los sujetos procesales deben conocer y tener acceso a las actuaciones procesales como “un medio de poder controlar el desarrollo del proceso y evitar poner en una posición de indefensión a alguno de ellos”. Asimismo, cuando se trate de menores de edad, la publicidad debe ser limitada en beneficio de su dignidad o intimidad, así como en aquellos supuestos donde el debate del caso pueda tener consecuencias negativas o estigmatizantes.

- v. - *Principio de impugnación o revisión*. Toda persona, incluido el niño, tiene el derecho de disfrutar de la posibilidad de revisión de una resolución con el propósito de valorar la correcta aplicación de la ley y apreciación de los hechos y pruebas, en todo proceso en donde se decida sobre algunos de sus derechos fundamentales. Asimismo, “este derecho siempre es ampliado con la posibilidad de utilización de recursos expeditos (*habeas corpus* o acciones similares) contra resoluciones que signifiquen privaciones de la libertad o su prolongación”.

Conclusiones

Durante la última década se configuró un nuevo escenario doctrinal basado en el derecho internacional de los derechos humanos denominado “doctrina de la protección integral”, el cual encontró su fundamento en el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derecho, lo cual ha permitido dejar atrás la “teoría de la situación irregular”. En este sentido, “la *Convención sobre los derechos del niño* [ha constituido] la base y piedra angular de la nueva doctrina”.

En relación con el artículo 19 de la *Convención americana*, la Corte Interamericana “ha dado vida al contenido sustantivo de dicha norma incorporando para su interpretación y aplicación el *corpus* normativo y doctrinario que ha permitido ampliar los estándares en la materia”, fenómeno que se ha visto desarrollado con el concepto del “interés superior del niño”, todo lo cual ha permitido “un avance sustancial en la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, asegurándoles una mejor y más acabada garantía en el ejercicio de sus derechos y obligaciones”.

El reconocimiento efectivo de los derechos de los niños hace necesario un gran movimiento social y cultural más que “un marco legislativo adecuado”, en el que diversos agentes tendrán un papel fundamental: la sociedad civil en la educación y promoción de los derechos del niño en todos los niveles; las organizaciones no gubernamentales en la denuncia, defensa y exigibilidad de los derechos del niño; los Estados en “asegurar el cumplimiento de las medidas de protección que infieren el artículo 19 de la *Convención americana* [...] a la luz del interés superior del niño, así como los demás tratados ratificados en la materia”; y los órganos del sistema interamericano en el reto de ampliar el reconocimiento y exigir el cumplimiento a los Estados parte de la *Convención americana*.

Sobre las prácticas que la Comisión Interamericana ha identificado, concluyen que “en todas y cada una de ellas se deben aplicar las garantías del debido proceso y la protección judicial efectiva”, lo cual necesariamente afecta la discrecionalidad del Estado al decidir sobre asuntos en los que se discutan los derechos fundamentales de los menores de edad.

Comisión Colombiana de Juristas

En su escrito de 2 de agosto de 2002, la Comisión Colombiana de Juristas manifestó que:

Para poder hacer real el anhelo de la nueva normatividad internacional en materia de protección a los derechos de los niños es imperante la modificación de algunas de las legislaciones de la región que están establecidas para enfrentar los problemas de la niñez, sobre todo los problemas de la niñez infractora de la ley penal. Para lograr tal objetivo es pertinente apuntar que no basta con el esfuerzo desarrollado para el establecimiento de una jurisdicción penal especial para el niño que pretende acabar con el sistema de la situación irregular, ya que ésta sólo ahonda en la presencia de irregularidades [*sic* en original], siendo del todo contraria al modelo de protección integral que debe adoptarse y, por lo tanto, inconsecuente con los derechos de la niñez infractora.

En consecuencia, los niños deben ser exonerados de toda aplicación de la ley penal, así sea ésta considerada de carácter especial. El Estado debe propender por la garantía plena de los derechos de la niñez para prevenir la incursión de los niños y niñas en la vida delictiva. Asimismo, debe garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y la posibilidad de acceder a una educación completa acorde con la dignidad humana y con los principios de derechos humanos, en particular los de tolerancia, libertad igualdad y solidaridad.

En este sentido, es importante destacar que “para la prevención de la delincuencia juvenil las políticas de prevención del delito del niño deben estar enmarcadas en una política social que en su conjunto tenga por objeto promover el bienestar de la niñez”. Los Estados deben hacer su mejor esfuerzo para brindar las condiciones suficientes para la subsistencia digna a la familia, pues los niños necesitan de los medios para su cabal desenvolvimiento físico, mental y social.

Además, debe evitarse al máximo la separación de los niños de su entorno familiar, ya que ésta debe ser una medida de última instancia que en todo caso deberá ser adoptada con el pleno [goce] de las garantías jurisdiccionales y que de todas formas debe ser acorde con la dignidad humana y, por consiguiente, “en ningún caso deberá implicar la reducción de los derechos, especialmente del derecho a la libertad”.

En cuanto a la observancia que debe tenerse de los criterios establecidos respecto de la capacidad legal de las personas para establecerla como un límite y un criterio a la infancia, es necesario mencionar que la mayoría de las legislaciones considera que, en razón del desarrollo físico y mental de la persona, es sólo hasta los 18 años que se cuenta con la madurez suficiente para asumir una actitud de adulto y que, por ende, todo el que se ubique por debajo de este rango ha de ser considerado niño, niña o adolescente, lo que implica la aplicación del total de las garantías y derechos consagrados para los mismos, considerando que todo menor de 18 años está incapacitado para decidir adecuadamente, lo que implica una mayor atención por parte del Estado y la familia en la orientación, apoyo y cuidado del mismo.

Por otro lado, ha de resaltarse que toda decisión estatal respecto de la niñez infractora tiene como objetivo principal y casi exclusivo la educación del niño, niña o adolescente, cuya orientación debe estar enmarcada en los principios de protección y satisfacción de las necesidades de los infantes, criterios éstos que *per se* hacen que se descarte la aplicación del derecho penal, así sea especial, a los niños, dado que el objeto del mismo no es la educación del sujeto activo de la infracción penal ni su cuidado sino, por el contrario, la sanción al mismo por incurrir en los tipos prohibidos por la ley.

En razón de lo expuesto, se concluye que:

1. -la *Convención americana sobre derechos humanos* debe interpretarse de manera tal que se reafirme la obligación del Estado de proteger a los infantes y de garantizarles sus derechos;
2. -la garantía de las condiciones necesarias para la subsistencia de los infantes es la mejor manera de prevenir la delincuencia infantil y juvenil;

3. -los niños infractores deben someterse a un tratamiento acorde con sus respectivas garantías que busque primordialmente su educación y que se sustraiga completamente del derecho penal. Debe evitarse al máximo la privación de la libertad y tratar que esta medida sea sólo la última instancia a la que se tenga que recurrir;
4. -los sistemas de atención a niños deben incluir programas de educación a padres y maestros; a su vez, aquellos que manejen los programas de asistencia a niños deben ser personas capacitadas en el área de derechos humanos de la infancia; y
5. -los Estados deben comprometerse a prevenir al máximo la violación de los derechos de los niños y a investigar y sancionar a los infractores de los mismos, así como a restablecer los derechos vulnerados.

III. Competencia

16. Esta consulta fue sometida a la corte por la comisión en el ejercicio de la facultad que otorga a ésta el artículo 64.1 de la *Convención*, el cual establece que:

Los Estados miembro de la organización podrán consultar a la corte acerca de la interpretación de esta *Convención* o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo x de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, reformada por el *Protocolo de Buenos Aires*.⁷

17. La aludida facultad se ha ejercido en el presente caso satisfaciendo los requerimientos reglamentarios correspondientes: formulación precisa de las preguntas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la corte, indicación de las disposiciones cuya interpretación se solicita y del nombre y dirección del delegado, y presentación de las consideraciones que originan la consulta (artículo 59 del reglamento), así como indicación de las normas internacionales diferentes a las de la *Convención americana* que también se requiere interpretar (artículo 60.1).
18. La comisión solicitó a la corte que “interprete si los artículos 8 y 25 de la *Convención americana sobre derechos humanos* presentan límites al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas especiales de protección de acuerdo con el artículo 19 de la misma”, y para ello planteó cinco prácticas hipotéticas con el propósito de que la Corte se pronuncie sobre la compatibilidad de éstas con la *Convención americana*, a saber:
- a) -la separación de los jóvenes de sus padres y/o familia por no tener condiciones de educación y mantenimiento;
 - b) -la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones

⁷ - El capítulo VIII de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* establece que la Comisión Interamericana es uno de los órganos de la OEA.

de riesgo o ilegalidad, causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstancias del menor;

- c) - la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor sin la garantía de defensa para el menor; y
- e) - la determinación en procedimientos administrativos o judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

Además, se requirió a la corte que formule “criterios generales válidos” sobre estos temas.

19. El cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que el tribunal esté obligado a responder a ella. En este orden de ideas, la corte debe tener presentes consideraciones que trasciendan los aspectos meramente formales⁸ y que se reflejan en los límites genéricos que el tribunal ha reconocido al ejercicio de su función consultiva.⁹ Dichas consideraciones serán recogidas en los siguientes párrafos.
20. La comisión solicitó una interpretación jurídica de ciertos preceptos de la *Convención americana* y posteriormente amplió su planteamiento y requirió la interpretación de otros tratados, principalmente la *Convención sobre los derechos del niño*, en cuanto que estos últimos podían contribuir a fijar el alcance de la *Convención americana*. Por ello, esta corte debe decidir, en primer lugar, si está investida de facultades para interpretar, por vía consultiva, tratados internacionales distintos de la *Convención americana*,¹⁰ cuyas normas contribuyan a fijar el sentido y el alcance de las estipulaciones contenidas en esta última.
21. La corte ha fijado algunos lineamientos sobre la interpretación de normas internacionales que no figuran en la *Convención americana*. Para ello, ha recurrido a las disposiciones

⁸ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva* OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, número 16, párrafo 31; e *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997, serie A, número 15, párrafo 31.

⁹ “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, número 1, párrafo 13.

¹⁰ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafo 32, y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9, párrafo 19. En ejercicio de la jurisdicción contenciosa la corte ha ido más allá de simplemente interpretar otros tratados distintos de la *Convención americana* al aplicar tratados como la *Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura* o la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* para determinar la responsabilidad internacional de los Estados en un caso particular. Véanse *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, número 70, párrafos 126 y 157; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, número 69, párrafos 98, 100 y 101; *Caso Villagrán Morales y otros (caso de los “niños de la calle”)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, número 63, capítulo XIII, y *Caso Paniagua Morales y otros*, sentencia del 8 de marzo de 1998, serie C, número 37, párrafo 133.

generales de interpretación consagradas en la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, particularmente el principio de buena fe para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la *Convención*.¹¹ Asimismo, este tribunal ha establecido que la interpretación debe atender “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,¹² y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y el ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar.

22. Igualmente, este tribunal estableció que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano”,¹³ aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección,¹⁴ y que:

[...]no existe ninguna razón para excluir, de manera previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos por el solo hecho de que sean también parte de dicho tratado Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado en el marco o bajo los auspicios de éste.¹⁵

23. La corte ha tenido oportunidad de referirse específicamente a la *Convención sobre los derechos del niño*, instrumento al que la comisión se refiere en la presente consulta, a través del análisis de los artículos 8, 19 y 25 de la *Convención americana*. En el caso de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), en que se aplicó el artículo 19 de la *Convención americana*, la corte utilizó el artículo 1 de la *Convención sobre los derechos del niño* como instrumento para fijar el alcance del concepto de “niño”.¹⁶
24. En aquel caso, el tribunal destacó la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños” (del cual forman parte la *Convención sobre los derechos del niño* y la *Convención americana*), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las

¹¹ *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, serie A, número 3, párrafo 49.

¹² *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafos 113–114.

¹³ *Ibid.*, *supra* nota 8, párrafo 36; *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención americana sobre derechos humanos*. *Opinión consultiva* OC-10/89 del 14 de julio de 1989, serie A, número 10, párrafo 44; y “*Otros tratados*” objeto de la *función consultiva de la corte* (artículo 64, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9, párrafo 21.

¹⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafos 71 y 109; y “*Otros tratados*” objeto de la *función consultiva de la corte* (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9, párrafo 38.

¹⁵ “*Otros tratados*” objeto de la *función consultiva de la corte* (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9, párrafo 48. Véanse además los párrafos 14, 31, 37, 40 y 41.

¹⁶ *Caso Villagrán Morales y otros*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, número 63, párrafo 188.

obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la *Convención americana*, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto.¹⁷

25. Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer instrumento internacional relativo a ellos fue la *Declaración de Ginebra* de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia.¹⁸ En ella se reconoció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.

26. En el siglo xx se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños.¹⁹ En el conjunto destacan la *Declaración de los derechos del niño*,

¹⁷ *Ibid.*, supra nota 10, párrafo 194.

¹⁸ *Declaración de los derechos del niño*, Ginebra, 1924, “Introducción”.

¹⁹ *Inter alia*, *Convenio internacional del trabajo número 16 relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de buques* (1921), *Convenio internacional del trabajo número 58 por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo* (1936), *Declaración universal de los derechos humanos* (1948), *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948), *Convenio internacional del trabajo número 90 relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria* (1948), *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (1948), *Convención de Ginebra relativa a la protección de personas civiles en tiempos de guerra* (1949), *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* (1949), *Convención sobre el estatuto de los apátridas* (1954), *Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero* (1956), *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* (1956), *Convenio internacional del trabajo número 112 relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores* (1959), *Declaración de los derechos del niño* (1959), *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza* (1960), *Convención para reducir los casos de apatridia* (1961), *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios* (1962), *Convenio internacional del trabajo número 123 relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo en las minas* (1965), *Convenio internacional del trabajo número 124 relativo al examen médico de aptitud de los menores para el empleo en trabajos subterráneos en las minas* (1965), *Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos* (1965), *Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer el matrimonio y el registro de los matrimonios* (1965), *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (1966), *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (1966), *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer* (1967), *Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social* (1969), *Convención americana sobre derechos humanos* (1969), *Declaración de los derechos del retrasado mental* (1971), *Convenio internacional del trabajo número 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo* (1973), *Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición* (1974), *Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado* (1974), *Declaración de los derechos de los impedidos* (1975), *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)* (1977), *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)* (1977), *Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales* (1978), *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979), *Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (1980), *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (1981), *Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores* (1984), *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)* (1985), *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales en el país en que viven* (1985), *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos*

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (*Reglas de Beijing*, 1985),²⁰ las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (*Reglas de Tokio*, 1990)²¹ y las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (*Directrices de Riad*, 1990).²² En este mismo círculo de protección del niño figuran también el *Convenio 138* y la *Recomendación 146* de la Organización Internacional del Trabajo y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.

27. Por lo que hace al sistema interamericano de protección de los derechos humanos es preciso considerar el principio 8 de la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948) y el artículo 19 de la *Convención americana*, así como los artículos 13, 15 y 16 del *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (*Protocolo de San Salvador*).²³
28. Por lo que toca al citado artículo 19 de la *Convención americana* vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe hacerse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.
29. La *Convención sobre los derechos del niño* ha sido ratificada por casi todos los Estados miembro de la Organización de Estados Americanos. El gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorable a

nacional e internacional (1986), *Convenio internacional del trabajo número 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo* (1988), *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (1988), *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, "Protocolo de San Salvador" (1988), *Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias* (1989), *Convención interamericana sobre restitución internacional de menores* (1989), *Convención sobre los derechos del niño* (1989), *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares* (1990), *Convención sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional* (1993), *Plan de acción para la aplicación de la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el decenio* (1990), *Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño* (1990), *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (1990), *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad* (1990), *Resolución sobre la utilización de niños como instrumento para las actividades delictivas* (1990), *Resolución sobre los derechos de los niños* (1993), y *Declaración y programa de acción de Viena* (1993).

²⁰ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (en adelante "Reglas de Beijing"). Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, quinta parte, "Tratamiento en establecimientos penitenciarios".

²¹ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (en adelante "Reglas de Tokio"). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

²² *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (en adelante "Directrices de Riad"). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.

²³ Suscrito por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, y en vigencia a partir de noviembre de 1999.

los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento que refleja el desarrollo actual de esta materia. Valga destacar que los diversos Estados del continente han adoptado disposiciones en su legislación, tanto constitucional²⁴ como ordinaria,²⁵ sobre la materia que nos ocupa; disposiciones a las cuales el Comité de Derechos del Niño se ha referido en reiteradas oportunidades.

30. Si esta corte recurrió a la *Convención sobre los derechos del niño* para establecer lo que debe entenderse por niño en el marco de un caso contencioso, con mayor razón puede acudir a dicha *Convención* y a otros instrumentos internacionales sobre esta materia cuando se trata de ejercer su función consultiva, que versa sobre “la interpretación no sólo de la *Convención*, sino de ‘otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’”.²⁶
31. Siguiendo su práctica en materia consultiva, la corte debe determinar si la emisión de la consulta podría “conducir a alterar o debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la *Convención*”.²⁷
32. Varios son los parámetros que pueden ser utilizados por el tribunal al hacer este examen. Uno de ellos, coincidente con gran parte de la jurisprudencia internacional en esta materia,²⁸ se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, se obtenga

²⁴ *Inter alia*, artículo 14, *Constitución de la nación Argentina*, (1 de mayo de 1953); artículo 8.e, *Constitución política del Estado de Bolivia*, (2 de febrero de 1967); artículo 42, *Constitución política de Colombia*, (4 de julio de 1991); artículos 51, 52, 53, 54 y 55, *Constitución política de la República de Costa Rica* (7 de noviembre de 1949); artículos 35–38, *Constitución política de la República de Cuba*, (24 de febrero de 1976); artículo 1.2 *Constitución política de la República de Chile* (11 de agosto de 1980); artículos 37 y 40, *Constitución política de la República del Ecuador*; artículos 32, 34, 35 y 36, *Constitución política de la República de El Salvador* (San Salvador, 15 de diciembre de 1983); artículos 20, 47, 50 y 51, *Constitución política de la República de Guatemala* (31 de mayo de 1985); artículo 111, *Constitución de la República de Honduras* (11 de enero de 1982); artículos 35, 70, 71, 73, 75 y 76, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*; artículos 35, 70, 71, 73, 75 y 76, *Constitución política de Nicaragua* (19 de noviembre de 1986); artículos 35, 70, 71, 73, 75 y 76, *Constitución política de la República de Panamá*, (11 de octubre de 1972); artículos 49, 50, 53, 54, 55 y 56, *Constitución nacional de la República de Paraguay* (20 de junio de 1992); artículo 4, *Constitución política del Perú* (31 de octubre de 1993); artículos 40, 41 y 43, *Constitución de la República Oriental del Uruguay* (24 de agosto de 1966) y artículo 75, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* 1999.

²⁵ Véase, *inter alia*, Brasil: *Ley federal 8069*, 13 de julio de 1990; Costa Rica: *Ley de justicia penal juvenil* del 1 de mayo de 1996 y *Código de la niñez y la adolescencia* del 6 de febrero de 1998; Ecuador: *Código de menores* del 16 de julio de 1992; El Salvador: *Ley del menor infractor* del 1 de octubre de 1994; Guatemala: *Código de la niñez y la adolescencia*, aprobado el 26 de septiembre de 1996; Honduras: *Código de la niñez y la adolescencia* del 5 de septiembre de 1996; Nicaragua: *Código de la niñez y la adolescencia* del 1 de diciembre de 1998; Venezuela: *Ley orgánica de protección a la infancia y adolescencia* de 1999; Guatemala: *Decreto 78/96* de 1996; Perú: *Ley número 27337* de 2000, y Bolivia: *Ley número 1403* de 1992.

²⁶ *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 11, párrafo 34.

²⁷ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafo 43; y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9; opinión segunda.

²⁸ Véase *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1989, p. 177, paragraphs 29–36; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution*

prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la corte en el marco de un caso contencioso.²⁹ Sin embargo, esta corte ha advertido que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, *per se*, un impedimento para el ejercicio de la función consultiva.³⁰

33. En el ejercicio de su función consultiva, la corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos.³¹ En este ámbito, el tribunal cumple con su función consultiva.³² La corte ha sostenido en diversas ocasiones la distinción entre sus competencias consultiva y contenciosa, al señalar que:

[...]la competencia consultiva de la corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo y no existe tampoco un litigio [por] resolver. El único propósito de la función consultiva es “la interpretación de esta *Convención* o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. El hecho de que la competencia consultiva de la corte pueda ser promovida por todos los Estados miembro de la OEA y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la corte [...]. Consecuentemente, la corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la *Convención americana* es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el *Reglamento de la corte*, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados miembro”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aun cuando la opinión consultiva de la corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.³³

276 (1970), *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, paragraphs 27–41; *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975; *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1951, p. 15, paragraphs 6 and 19); e I.C.J.: *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1950, p. 68 (1971, 1972).

²⁹ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafo 45 y *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29, *Convención americana sobre derechos humanos*), *Opinión consultiva* OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, número 5, párrafo 22.

³⁰ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8 párrafo 45; *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.b. de la Convención americana sobre derechos humanos*, *Opinión consultiva* OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, serie A, número 12, párrafo 28; y *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 11, párrafo 38.

³¹ *El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8 párrafo 47; y *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, (artículos 1 y 2 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, número 14, párrafo 23.

³² Véase *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8 párrafo 47; *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 11, párrafo 32; e I.C.J., *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports, 1950, párrafo 65.

³³ *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 8, párrafos 25 y 26.

34. Al afirmar su competencia sobre este asunto, el tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva,³⁴ única en el derecho internacional contemporáneo,³⁵ la cual constituye “un servicio que la corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” referentes a derechos humanos,³⁶ y de “ayudar a los Estados y órganos a cumplir y aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”.³⁷
35. La corte considera que el señalamiento de algunos ejemplos³⁸ sirve al propósito de referirse a un contexto particular³⁹ y mostrar las distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la opinión consultiva de que se trate,⁴⁰ sin que esto implique que el tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la situación planteada en dichos ejemplos.⁴¹ Además, estos últimos permiten a esta corte señalar que su opinión consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos.⁴² La corte actúa al abordar el tema en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por los instrumentos internacionales que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella.

³⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 64; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, número 4, párrafo 28; y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 9, párrafo 37.

³⁵ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 64; y *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 11, párrafo 43.

³⁶ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 64; y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 9, número 1, párrafo 39.

³⁷ *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 11, párrafo 43.

³⁸ Véase *Solicitud de opinión*, escrito de consideraciones adicionales de la Comisión y anexos; segundo escrito de consideraciones adicionales de la Comisión, *Transcripción de la audiencia pública: Presentación de la Comisión Interamericana* y escritos de la Federación Coordinadora Nicaragüense de ONG que trabajan con la niñez y la adolescencia, Fundación Rafael Preciado Hernández de México, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Estado de Costa Rica.

³⁹ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 49; y *Garantías judiciales en estados de emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, número 9, párrafo 16.

⁴⁰ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 49; y *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 11, párrafos 44 *in fine* y 45.

⁴¹ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 49; y *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 31, párrafo 27.

⁴² *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 49.

36. Por lo tanto, la corte estima que debe examinar los asuntos planteados en la solicitud que ahora se analiza y emitir la correspondiente opinión.

IV. Estructura de la opinión

37. Es inherente a las facultades de esta corte estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses de la justicia y a los efectos de una opinión consultiva. Para ello, el tribunal toma en cuenta las cuestiones básicas que sustentan los interrogantes planteados en la solicitud de opinión y las analiza para llegar a conclusiones generales que puedan proyectarse a su vez sobre los puntos específicos mencionados en la propia solicitud y sobre otros temas conexos con aquéllos. En la especie, la corte ha resuelto ocuparse, en primer término, de los temas de mayor alcance conceptual que servirán para demarcar el análisis y las conclusiones en torno a los asuntos específicos, particularmente de carácter procesal, sometidos a su consideración.

V. Definición de niño

38. El artículo 19 de la *Convención americana*, que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, no define este concepto. El artículo 1 de la *Convención sobre los derechos del niño* indica que “niño [es] todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”.⁴³

39. En las *Reglas de Beijing*, en las *Reglas de Tokio* y en las *Directrices de Riad* se utilizan los términos “niño” y “menor” para designar a los sujetos destinatarios de sus disposiciones. De acuerdo con las *Reglas de Beijing* “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto”.⁴⁴ En las *Reglas de Tokio* no se establece salvedad alguna al límite de 18 años de edad.

40. La corte no entrará a considerar en este momento las implicaciones de las diversas expresiones con que se designa a los integrantes de la población menor de 18 años. En algunos de los planteamientos formulados por los participantes en el procedimiento correspondiente a esta opinión se hizo notar la diferencia que existe entre el niño y el menor de edad desde ciertas perspectivas. Para los fines que persigue esta opinión consultiva es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años.

41. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurí-

⁴³ Véase, en igual sentido, *Caso Villagrán Morales y otros*, *supra* nota 10, párrafo 188.

⁴⁴ Regla 2.2a. de las *Reglas de Beijing*.

dicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ella, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental o, en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

42. 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.⁴⁵

VI. Igualdad

43. Como lo hicieron notar tanto México y Costa Rica como el Instituto Interamericano del Niño, Ilanud y Cejil, es preciso puntualizar el sentido y alcance del principio de igualdad con respecto al tema de los niños. En ocasiones anteriores, este tribunal ha manifestado que el artículo 1.1 de la *Convención americana* obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la *Convención* es, *per se*, incompatible con ésta.⁴⁶

44. En un sentido más específico, el artículo 24 de la *Convención* consagra el principio de igualdad ante la ley. Así, la prohibición general de discriminación establecida en el artículo 1.1 “se extiende al derecho interno de los Estados parte, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la *Convención*, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”.⁴⁷

45. En una opinión consultiva, la corte hizo notar que:

[L]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁴⁸

46. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la corte ha establecido que “no toda distinción de trato

⁴⁵ El término “niño” abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes.

⁴⁶ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 34, párrafo 53.

⁴⁷ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 34, párrafo 54.

⁴⁸ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 34, párrafo 55.

puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.⁴⁹ En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.⁵⁰ Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento [*sic*] en que se encuentran.

47. Asimismo, este tribunal estableció que:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana⁵¹ (*infra* 97).

48. La propia Corte Interamericana ha establecido que no existe “discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”.⁵²

49. En este punto, procede recordar que el artículo 2 la *Convención sobre los derechos del niño*⁵³ dispone que:

1. - Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente *Convención* y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente

⁴⁹ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra* nota 34, párrafo 55.

⁵⁰ Eur. Court H.R., *Case of Willis versus The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002*, párrafo 39; Eur. Court H.R., *Case of Wessels-Bergervoet versus The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002*, párrafo 42; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic versus Austria, Judgment of 27th of March, 1998*, Informes 1998-II, párrafo. 30; Eur. Court H.R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” versus Belgium, Judgment of 23rd July 1968*, serie A, 1968, párrafo 34.

⁵¹ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra* nota 34, párrafo 57.

⁵² *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra* nota 34, párrafo 56.

⁵³ El principio 1 de la *Declaración de los derechos del niño* (1959) estableció que: “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta *Declaración*. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.”

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

2. - Los Estados parte 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, actividades, opiniones expresadas o creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.⁵⁴

50. En igual sentido, los principios generales de las *Reglas de Beijing* establecen que:

Éstas se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

51. En su *Observación general número 17* sobre el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, el Comité de Derechos Humanos señaló que el artículo 24.1 de dicho instrumento reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado.⁵⁵ La aplicación de esta disposición entraña la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, además de las que los Estados deben adoptar, en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el *Pacto*.⁵⁶ El comité acotó que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos aplicables a los niños: éstos “gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él”.⁵⁷

52. Asimismo, el comité indicó que:

[D]e acuerdo con el *Pacto*, debe otorgarse protección a los niños sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. El comité observa a este respecto que, mientras que la no discriminación en el disfrute de los derechos previstos en el *Pacto* se deriva también para los niños del artículo 2 y su igualdad ante la ley del artículo 26, la cláusula no discriminatoria del artículo 24 se refiere de manera concreta a las medidas de protección previstas en esta disposición.⁵⁸

⁵⁴ En cuanto al principio de no discriminación, éste ha sido analizado por el Comité de Derechos del Niño, el cual se ha pronunciado en varias ocasiones. Véase, *inter alia*, *Informe del Comité de Derechos del Niño en Paraguay*, 2001; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Guatemala*, 2001; e *Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice*, 1999.

⁵⁵ “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

⁵⁶ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (Artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafos 1 y 2.

⁵⁷ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (Artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafo 2.

⁵⁸ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (Artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafo 2.

53. La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de su personalidad y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.⁵⁹
54. Tal como se señalara en las discusiones de la *Convención sobre los derechos del niño*, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.
55. Se puede concluir que, en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido prescrito por la *Convención*. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la *Convención*, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla.

VII. Interés superior del niño

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano,⁶⁰ en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la *Convención sobre los derechos del niño*.
57. A este respecto, el principio 2 de la *Declaración de los derechos del niño* (1959) establece:
- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.
58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la *Convención sobre los derechos del niño*, que dispone:
1. - En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.⁶¹

⁵⁹ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (Artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafo 5.

⁶⁰ En igual sentido, véase el preámbulo de la *Convención americana*.

⁶¹ El Comité de Derechos del Niño ha establecido la necesidad de integrar este principio en la legislación, o bien de hacer efectivo lo consagrado en la misma, como una de las recomendaciones principales para atender el interés

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes si se toma en cuenta que la *Convención sobre derechos del niño* alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.⁶² A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.
60. En el mismo sentido conviene observar que, para asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la *Convención sobre los derechos del niño*⁶³ establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la *Convención americana* señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, 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.
61. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.

superior del niño, *inter alia*, Informe del Comité de Derechos del Niño en Paraguay, 2001; Informe el Comité de Derechos del Niño en Guatemala, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en República Dominicana, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en Surinam, 2000; Informe del Comité de Derechos del Niño en Venezuela, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Honduras, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Nicaragua, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Ecuador, 1999; e Informe del Comité de Derechos del Niño en Bolivia, 1998.

⁶² En igual sentido, el principio 7 de la *Declaración de los derechos del niño* (1959) estableció lo siguiente: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

Así también el principio 10 de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo celebrada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994) señala: “El interés superior del niño deberá ser el principio por el que se guíen los encargados de educarlo y orientarlo; esa responsabilidad incumbe ante todo a los padres”.

⁶³ La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la *Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño* y en la *Declaración de los derechos del niño* adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la *Declaración universal de los derechos humanos*, en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (en particular, en los artículos 23 y 24), en el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (en particular en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la *Declaración de los derechos del niño* se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

VIII. Deberes de la familia, la sociedad y el Estado

La familia como núcleo central de protección

62. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este tema el artículo 16 del *Protocolo de San Salvador* manifiesta que:

Todo niño, sea cual fuere su filiación, tiene derecho [...] a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

63. En este sentido, el artículo 3 de la *Convención sobre los derechos del niño* ha establecido que:

2. Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

64. A lo anterior es preciso agregar la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la *Convención sobre los derechos del niño*, que señala:

Los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente *Convención*. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional.

65. En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

66. 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, “el 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*,⁶⁴ vi de la *Declaración americana*, 23.1 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*⁶⁵ y 17.1 de la *Convención americana*.⁶⁶

67. Las *Directrices de Riad* han señalado que “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño; los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental” (apartado decimosegundo). Asimismo, el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éste⁶⁷ y garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna (*infra* 86).

68. El artículo 4 de la *Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social* (1969), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (xxiv) del 11 de diciembre de 1969, estableció:

La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente de los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

69. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refirió a la titularidad de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.⁶⁸ Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.⁶⁹

70. La Corte Interamericana ha abordado el tema desde la perspectiva de los familiares de la víctima de la violación de derechos. A este respecto, el tribunal estima que el término

⁶⁴ “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁶⁵ “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁶⁶ “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

⁶⁷ En la directriz de Riad número 13 se establece que: “Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto”.

⁶⁸ Caso *Aumeeruddy-Cziffa and Others versus Mauritius*, 09/04/81, CCRP/C/12/D/35/1978, párrafo 92 (b).

⁶⁹ Eur. Court H.R., *Keegan versus Ireland*, Judgment of 26 May 1994, serie A, número 290, párrafo 44; y Eur. Court H.R., *Case of Kroon and Others versus The Netherlands*, Judgment 27th October, 1994, serie A, número 297-C, párrafo 30.

“familiares” debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.⁷⁰

Separación excepcional del niño de su familia

71. El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda 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*,⁷¹ v de la *Declaración americana de derechos y deberes del hombre*,⁷² 17 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*,⁷³ 11.2 de la *Convención americana sobre derechos humanos*⁷⁴ y 8 de la *Convención europea de derechos humanos*.⁷⁵ Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

72. La Corte Europea ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia,⁷⁶ y que aun cuando los

⁷⁰ Véase *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (artículo 63.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). Sentencia del 27 de febrero de 2002, serie c, número 92, párrafo 57; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (artículo 63.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), sentencia del 22 de febrero de 2002, serie c, número 91, párrafo 34; y *Caso Villagrán Morales y otros. Reparaciones* (artículo 63.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), sentencia del 26 de mayo de 2001, serie c, número 77, párrafo 68.

⁷¹ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

⁷² “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”

⁷³ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”

⁷⁴ “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación:

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

⁷⁵ En este sentido, el artículo 8 de la *Convención de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales* establece que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁷⁶ Eur. Court H.R., *Case of Buchberger versus Austria, Judgment of 20 December 2001*, párrafo 35; Eur. Court H.R., *Case of T and K versus Finland, Judgment of 12 July 2001*, párrafo 151; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany, Judgment of 13 July 2000*, párrafo 43; Eur. Court H.R., *Case of Bronda versus Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV*, párrafo 51; y Eur. Court H.R., *Case of Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV*, párrafo 52.

padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada.⁷⁷ Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la *Convención*.⁷⁸ El mismo tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia.

73. Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño.⁷⁹ 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 con 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.

74. La propia Corte Europea ha hecho ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño.⁸⁰ Sin embargo, no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y los de sus padres.⁸¹ La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño

⁷⁷ Eur. Court H.R., *Case of Ahmut versus the Netherlands, Judgment of 27 November 1996, Reports 1996-VI*, párrafo 60; Eur. Court H.R., *Case of Gül versus Switzerland, Judgment of 19 February 1996, Reports 1996-I*, párrafo 32; y Eur. Court H.R., *Case of Berrehab versus the Netherlands, Judgment of 21 June 1988*, serie A, número 138, párrafo 21.

⁷⁸ Véase *inter alia*, Eur. Court H.R., *Case of Buchberger versus Austria, Judgment of 20 November 2001*, párrafo 35; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany, Judgment of 13 July 2000*, párrafo 43; Eur. Court H.R., *Case Bronda versus Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV*, párrafo 51; y Eur. Court H.R., *Case of Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III*, párrafo 52.

⁷⁹ Eur. Court H.R., *Case of T and K versus Finland, Judgment of 12 July 2001*, párrafo 168; Eur. Court H.R., *Case of Scozzari and Giunta versus Italy, Judgment of 11 July 2000*, párrafo 148; y Eur. Court H.R., *Case of Olsson versus Sweden (number 1), Judgment of 24 March 1988*, serie A, número 130, párrafo 72.

⁸⁰ Eur. Court H.R., *Case of Buchberger versus Austria, Judgment of 20 November 2001*, párrafo 38; Eur. Court H.R., *Case of K and T versus Finland, Judgment of 12 July 2001*, párrafo 154; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany, Judgment of 13 July 2000*, párrafo 48; Eur. Court H.R., *Case of Scozzari and Giunta, Judgment of 11 July 2000*, párrafo 148; Eur. Court H.R., *Case of Bronda versus Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV*, párrafo 59; Eur. Court H.R., *Case of Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III*, párrafo 64; y Eur. Court H.R., *Case of Olsson versus Sweden (number 2), Judgment of 27 November 1992*, serie A número 250, párrafo 90.

⁸¹ *Inter alia*, Eur. Court H.R., *Case of Buchberger versus Austria, Judgment of 20 November 2001*, párrafo 40; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany, Judgment of 13 July 2000*, párrafo 50; Eur. Court H.R., *Case of Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III*, párrafo 78; y Eur. Court H.R., *Case of Olsson versus Sweden (number 2), Judgment of 27 November 1992*, serie A, número 250, párrafo 90.

que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor.⁸² Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la *Convención sobre los derechos del niño* (artículos 5, 9, 19 y 20, *inter alia*).

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).

76. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la *Convención*.

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.

Instituciones y personal

78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño. En este sentido, el inciso tercero del artículo 3 de la *Convención sobre los derechos del niño* determina lo siguiente:

3. Los Estados parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.⁸³

79. Esto debe guiar la actividad de todas las personas que intervienen en el proceso, quienes han de ejercer sus respectivas encomiendas tomando en consideración tanto la naturaleza

⁸² Eur. Court. H.R., *Case of Buchberger versus Austria*, *Judgment of 20 December 2001*, párrafo 40; Eur. Court H.R., *Case of Scozzari and Giunta versus Italy*, *Judgment of 11 July 2000*, párrafo 169; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany*, *Judgment of 13 July 2000*, párrafo 50; y *Case of Johansen versus Norway*, *Judgment of 7 August 1996*, *Reports 1996-IV*, párrafo 78.

⁸³ En igual sentido las *Reglas de Beijing* han tratado varios aspectos importantes de una administración de justicia de menores eficaz, justa y humanitaria dentro de la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de delincuencia de menores (véanse las reglas 1.6, 2.2, 6.1, 6.2 y 6.3).

misma de éstas, en general, como el interés superior del niño ante la familia, la sociedad y el propio Estado, en particular. No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.⁸⁴

Condiciones de vida y educación del niño

80. En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 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.⁸⁵ El concepto de vida digna desarrollado por este 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 parte 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.

81. El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado con las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la *Convención sobre los derechos del niño*), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles. La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994)⁸⁶ resaltó que:

Todos los Estados y todas las familias deberían dar [...] la máxima prioridad posible a la infancia. El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su bienestar y al más alto nivel posible de salud y a la (principio 11) [...] educación.

82. En igual sentido, la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)⁸⁷ puntualizó que:

Deben reforzarse los mecanismos y programas [...] nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, los niños abandonados, los niños de la calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el sida, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los

⁸⁴ *Formación de funcionarios encargados de la niñez y la adolescencia (Informe del Comité de Derechos del Niño en Costa Rica, 2000; e Informe del Comité de Derechos del Niño en Saint Kitts and Nevis, 1999).*

⁸⁵ *Caso Villagrán Morales y otros, supra* nota 10, párrafo 144.

⁸⁶ Principio 11 de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994).

⁸⁷ II Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada del 14 al 25 de junio de 1993, Viena, Austria.

niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades.⁸⁸

83. En el mismo sentido, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo también resaltó que:

Toda persona tiene derecho a la educación, que [...] deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de los recursos humanos, de la dignidad humana y del potencial humano, prestando especial atención a las mujeres y las niñas. La educación debería concebirse de tal manera que fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidos los relacionados con la población y el desarrollo.⁸⁹

⁸⁸ Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994). En igual sentido, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y programa de acción de Viena* (1993), página 69:

[...]. La Conferencia Mundial considera que la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos son indispensables para el logro y la promoción de relaciones estables y armoniosas entre las comunidades y para fomentar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz.

[...]. Los Estados deben tratar de eliminar el analfabetismo y deben orientar la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Conferencia Mundial pide a todos los Estados e instituciones que incluyan los derechos humanos, el derecho humanitario, la democracia y el imperio de la ley como temas en los programas de estudio de todas las instituciones de enseñanza académica y no académica.

[...]. La educación en materia de derechos humanos debe incluir la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia social, tal como se dispone en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, a fin de lograr la comprensión y sensibilización de todos acerca de los derechos humanos con objeto de afianzar la voluntad de lograr su aplicación a nivel universal.

[...]. Teniendo en cuenta el *Plan mundial de acción para la educación en pro de los derechos humanos y la democracia*, adoptado en marzo de 1993 por el Congreso Internacional sobre la Educación en pro de los Derechos Humanos y la Democracia, y otros instrumentos de derechos humanos, la Conferencia Mundial recomienda que los Estados elaboren programas y estrategias específicos para que la educación y la difusión de información pública en materia de derechos humanos llegue al máximo número de personas, teniendo particularmente en cuenta los derechos humanos de la mujer.

[...]. Los gobiernos, con la asistencia de organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales y organizaciones no gubernamentales, deben fomentar una mayor comprensión de los derechos humanos y la tolerancia mutua. La Conferencia Mundial destaca la importancia de intensificar la Campaña Mundial de Información Pública realizada por las Naciones Unidas. Los gobiernos deben iniciar y apoyar las actividades de educación en materia de derechos humanos y difundir efectivamente información pública sobre esta cuestión. Los programas de servicios de asesoramiento y asistencia técnica del sistema de las Naciones Unidas deben poder atender inmediatamente a las solicitudes de actividades educacionales y de formación en la esfera de los derechos humanos que presenten los Estados, así como a sus solicitudes de educación especial sobre las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho humanitario y su aplicación a grupos especiales, como fuerzas militares, fuerzas del orden, policía y personal de salud. Debe considerarse la posibilidad de proclamar un decenio de las Naciones Unidas para la educación en materia de derechos humanos a fin de promover, alentar y orientar estas actividades educacionales.

⁸⁹ Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994).

84. Se debe destacar que entre 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.

85. En el principio 7 de la *Declaración de los derechos del niño* (1959) se estableció que:

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad [...]. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

86. En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.

Obligaciones positivas de protección

87. Esta corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la *Convención americana*, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el derecho internacional de los derechos humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública de cualquiera de los poderes del Estado constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la *Convención americana*.⁹⁰ Dicha obligación general impone a los Estados parte el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares.⁹¹ En este sentido, y para efectos de esta opinión, los Estados parte en la *Convención americana* tienen el deber, bajo los artículos 19 (derechos del niño) y 17 (protección a la familia), en combina-

⁹⁰ Véase *Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awax Tingni*, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie c, número 79, párrafo 134; *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia del 6 de febrero de 2001, serie c, número 74, párrafo 168; *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia del 31 de enero de 2001, serie c, número 71, párrafo 109; *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 10, párrafo 210; y *Caso Caballero Delgado y Santana*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, serie c, número 22, párrafo 125.

⁹¹ Véase *Medidas provisionales, Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, resolución de la corte del 18 de junio de 2002, considerativo 11.

ción con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

88. En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la *Convención sobre los derechos del niño* que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural.⁹² En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación.⁹³ Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común debe, en igual sentido, resguardar el papel preponderante de la familia en la protección del niño y prestar asistencia del poder público a la familia⁹⁴ mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.⁹⁵
89. Cabe destacar que el Comité sobre Derechos del Niño brindó especial atención a la violencia contra los niños tanto en el seno de la familia como en la escuela. Señaló que “la *Convención sobre los derechos del niño* establece altos estándares para la protección del niño contra la violencia, en particular en los artículos 19 y 28, así como en los artículos 29, 34, 37, 40, y otros, [...] tomando en cuenta los principios generales contenidos en los artículos 2, 3 y 12”.⁹⁶
90. La Corte Europea, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la *Convención sobre los derechos del niño*, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no estatales, tales como el maltrato de uno de los padres;⁹⁷ además, ha reconocido que si los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de satisfacción para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.⁹⁸

⁹² Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafo 3.

⁹³ Committee on the Rights of the Child, *The Aims of Education, General Comment 1*, CRC/c/2001/1, 17/04/2001.

⁹⁴ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of the Child* (artículo 24), 07/04/1989, párrafo 6.

⁹⁵ Eur. Court H.R., *Olsson versus Sweden (number 1), Judgment of 24 March 1988*, serie A, número 130, párrafo. 81; Eur. Court H.R., *Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV*, párrafo 78; y P.C. and S versus the United Kingdom, *Judgment of 16 July 2002*, párrafo 117.

⁹⁶ Committee on the Rights of the Child, *Report of its Twenty-Eight Session*, 28/11/2001, CRC/c/111, párrafo 678.

⁹⁷ Eur. Court H.R., *A versus The United Kingdom*, Judgment of 23 September 1998, *Reports 1998-VI*, párrafo 22; y véase también Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of the Child* (artículo 24), 07/04/1989, párrafo 6.

⁹⁸ Eur. Court H.R., *Z and Others versus the United Kingdom, Judgment of 10 May 2001*, párrafo 73–75; y véase también *Report of the Commission of 10 September 1999*, párrafos 93–98.

91. En conclusión, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño.

IX. Procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños

Debido proceso y garantías

92. Como se ha dicho anteriormente (*supra* 87), los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que sean efectivos en toda circunstancia;⁹⁹ tanto el *corpus iuris* de derechos y libertades como las garantías de éstos son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.¹⁰⁰

93. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.

94. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos.

95. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la *Convención* se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma tal que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación entre quienes participan en un procedimiento.

⁹⁹ *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987*, serie A, número 8, párrafo 25.

¹⁰⁰ *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 99, párrafo 26.

97. A este respecto, conviene recordar que la corte señaló en la *Opinión consultiva acerca del derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales¹⁰¹ y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esas medidas de compensación, ampliamente reconocidas en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (*supra* 47).¹⁰²

98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños su ejercicio 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.

Participación del niño

99. Entre las situaciones hipotéticas planteadas por la Comisión Interamericana se alude directamente a la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura. El artículo 12 de la *Convención sobre los derechos del niño* contiene previsiones adecuadas sobre este asunto, 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:

1. - Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio y el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez.
2. - Con tal fin se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por me-

¹⁰¹Véanse artículos II y XVIII de la *Declaración americana sobre derechos y deberes del hombre*; artículos 7 y 10 de la *Declaración universal de los derechos humanos*; artículos 2.1, 3 y 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*; artículos 2 y 15 de la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; artículos 2.5 y 7 de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*; artículos 2 y 3 de la *Carta africana de derechos humanos y de los pueblos*; artículos 1, 8.2 y 24 de la *Convención americana sobre derechos humanos* y artículo 14 de la *Convención europea de derechos humanos*.

¹⁰²*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafo 119.

dio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.¹⁰³

100. Desde esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la *Observación general número 13*, relativa al artículo 14 del *Pacto de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas* sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales,¹⁰⁴ y determinó que los “menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”.¹⁰⁵

¹⁰³Respecto a reforzar la posibilidad de emisión de opiniones por parte de los niños el Comité de Derechos del Niño pronunció los siguientes informes: *Informe del Comité de Derechos del Niño en Paraguay*, 2001; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Guatemala*, 2001; *Informe del Comité de Derechos del Niño en República Dominicana*, 2001; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Surinam*, 2000; *Informe el Comité de Derechos del Niño en Granada* 2000; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Honduras*, 1999; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Venezuela*, 1999; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Nicaragua*, 1999; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice*, 1999; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Ecuador*, 1999; e *Informe del Comité de Derechos del Niño en Bolivia*, 1998.

¹⁰⁴Human Rights Committee, *General Comment 13, Equity Before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Established by Law* (artículo 14). 13/04/84, CCPR/C/21, p. 2.

¹⁰⁵Human Rights Committee, *General Comment 13, Equity Before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Established by Law* (artículo 14). 13/04/84, CCPR/C/21, p. 4. El artículo 14 del pacto citado reza: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de la moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia, pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

[...] Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. -

[...] Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: -

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

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 (*supra* 42). 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 esa categoría. La capacidad de decisión de un niño de tres 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 ese dominio.
102. En definitiva, el encargado de aplicar el 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 caso.

Proceso administrativo

103. Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa deben ajustarse estrictamente a la ley, y apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable (*supra* 71); en el caso de que resulte necesario una separación, que ésta sea por el menor tiempo posible (*supra* 77); que quienes intervengan en los procesos decisivos sean personas con la competencia personal y profesional necesaria para identificar las medidas aconsejables en función del niño (*supra* 78 y 79); que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y reinsertar en la sociedad al menor cuando ello sea pertinente y que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad. Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, y reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste conforme a criterios de pertinencia y racionalidad.

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; -

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. -

[...] En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. -

[...] Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. [...]; -

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Procesos judiciales

Imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo

104. Para el examen de la cuestión que ahora interesa conviene identificar algunos conceptos muy frecuentemente manejados en este ámbito –con mayor o menor acierto– como son los de imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo.
105. La imputabilidad, desde la perspectiva penal –vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionadoras– es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de la capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal.
106. Las *Reglas de Beijing* en su disposición 4, que no tiene naturaleza vinculante, estableció que la imputabilidad penal “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” del niño.
107. La *Convención sobre los derechos del niño* no alude explícitamente a las medidas represivas para este tipo de situaciones, salvo el artículo 40.3, inciso a),¹⁰⁶ que obliga a los Estados parte a determinar una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal.
108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la *Convención* respectiva– incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta corte ha señalado que el principio de legalidad penal “implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”.¹⁰⁷ Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la *Convención americana*, debe ser otorgada a los niños.

¹⁰⁶“Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos 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 y, en particular, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

¹⁰⁷ *Caso Castillo Petruzzi y otros*, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie c, número 52, párrafo 121.

109. Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños y, particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a ellos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la *Convención sobre los derechos del niño* contempla el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos 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” (artículo 40.3).
110. Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero que se encuentran en situación de riesgo o peligro por *desvalimiento* [*sic*], abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las pautas de conducta generalmente aceptadas, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurrir en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.
111. En este sentido, la directriz 56 de Riad establece que “deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven”.
112. Finalmente, conviene señalar que hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento que requieren la intervención oportuna (*supra* 88 y 91) y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias.
113. Obviamente estos niños no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos de la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al “dominio” de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera del procedimiento legal y sin garantías

que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender el interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.

114. La presencia de circunstancias graves como las que hemos descrito tampoco excluye inmediatamente la autoridad de los padres ni los releva de las responsabilidades primordiales que naturalmente les corresponden y que sólo pueden verse modificadas o suspendidas, en su caso, como resultado de un procedimiento en el que se observen las reglas aplicables a la afectación de un derecho.

Debido proceso

115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreducible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el derecho de los derechos humanos. Como lo estableciera este tribunal en su *Opinión consultiva sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*:

El proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del derecho internacional.¹⁰⁸

116. Por lo que toca a la materia que ahora interesa, las reglas del debido proceso se hallan 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.

¹⁰⁸El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, *supra* nota 8, párrafo 117.

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,¹⁰⁹ o bien que estén bajo la supervisión del mismo (*supra* 103).

118. En el nivel internacional es importante destacar que los Estados parte 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 según parámetros parecidos a los establecidos en la *Convención americana sobre derechos humanos*. Estas normas son los artículos 37¹¹⁰ y 40.¹¹¹

¹⁰⁹ *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 90, párrafos 102–104; *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia del 2 de febrero de 2001, serie c, número 72, párrafos 124–126; *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 90, párrafos 69–71; y *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* oc–11/90 del 10 de agosto de 1990, serie a, número 11, párrafo 28.

¹¹⁰ Los Estados parte velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- 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 [a toda] 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.

¹¹¹ Los Estados parte reconocen el derecho de todo niño 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 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.

Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados parte garantizarán, en particular:

- a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b) 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:
 - i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de

119. Para los fines de esta opinión consultiva, concierne formular algunas consideraciones acerca de diversos principios materiales y procesales cuya aplicación se actualiza en los procedimientos relativos a menores y que deben asociarse a los puntos examinados con anterioridad para establecer el panorama completo de esta materia. A este respecto es debido considerar asimismo la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la *Convención sobre los derechos del niño* que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias al que se alude adelante (*infra* 135 y 136): “siempre que sea apropiado y deseable se [adoptarán medidas para tratar a los niños a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido leyes penales] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (artículo 40.3.b de la *Convención sobre los derechos del niño*).

a) *Juez natural*

120. La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente,

asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

- iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión 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;
- vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos 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 y, en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que se guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales.¹¹² A este respecto, la regla número 6 de Beijing regula las atribuciones de los jueces para la determinación de los derechos de los niños:

6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales.

6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.¹¹³

b) *Doble instancia y recurso efectivo*

121. La garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Esta facultad ha quedado plasmada en el artículo 8.2.h de la *Convención americana* y en el artículo 40.b, inciso v, de la *Convención sobre los derechos del niño*.

122. El artículo 25 de la *Convención americana* dispone que toda persona debe tener acceso a un recurso rápido y sencillo. En este marco se sitúan el amparo y el *habeas corpus*, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en la situación de excepción.¹¹⁴

¹¹²*Caso Las Palmeras*, sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie c, número 90, párrafo 53; *Caso Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 107, párrafos 129 y 130; y *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 99, párrafo 30.

¹¹³Las reglas 6.1, 6.2 y 6.3 tratan de varios aspectos importantes de una administración de justicia de menores eficaz, justa y humanitaria: la necesidad de permitir el ejercicio de las facultades discrecionales en todos los niveles importantes del procedimiento, de modo que los que adoptan determinaciones puedan tomar las medidas que estimen más adecuadas en cada caso particular, y la necesidad de prevenir controles y equilibrios a fin de restringir cualquier abuso de las facultades discrecionales y salvaguardar los derechos del joven delincuente. La competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de dichas facultades. Por ello, se hace especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de delincuencia de menores (véanse también las reglas 1.6 y 2.2.)

¹¹⁴Aquella "disposición de carácter general [...] recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados parte y por la *Convención*", *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva oc-8/87* del 30 de enero de 1987, serie A, número 8, párrafo 34.

123. Asimismo las *Reglas de Beijing* han establecido los siguientes parámetros:

- 7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

c) *Principio de inocencia*

124. Es aplicable a esta materia el artículo 8.2.g de la *Convención americana*, que establece:

2. - Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

- g. - Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

125. La norma anterior debe leerse en relación con el artículo 40.2 b de la *Convención sobre los derechos del niño*, la cual dicta que:

2. - Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados parte garantizarán, en particular:
 - b) 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:
 - i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

126. En igual sentido, la regla 17 de Tokio señala que:

Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutivas. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

127. Este tribunal ha establecido que dicho principio “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.¹¹⁵

¹¹⁵ *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 10, párrafo 120.

128. En el proceso hay actos que poseen –o a los que se ha querido atribuir– especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable. A esta categoría corresponde la confesión, entendida como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda.
129. A este respecto, y por lo que toca a menores de edad, es pertinente manifestar que cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla.
130. Además, debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara y las consecuencias de su declaración. En este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a ésta eficacia dispositiva cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos (*supra* 41).
131. Todo lo anterior sería aplicable a un procedimiento en el que el menor participe y esté llamado a emitir declaraciones. Por lo que toca a procesos propiamente penales –“en sede penal” señala la solicitud de opinión– hay que considerar que los menores de edad están excluidos de participar como inculpados en esa especie de enjuiciamientos. En consecuencia, no debe presentarse la posibilidad de que en éstos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión.

d) *Principio de contradictorio*

132. En todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio en las actuaciones, al que atienden las normas que en diversos instrumentos disponen la intervención del niño por sí mismo o mediante representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas, el examen de éstas y la formulación de alegatos, entre otros.¹¹⁶

¹¹⁶En este sentido, véase *inter alia*, la regla 7.1 de las *Reglas de Beijing*, el artículo 8 de la *Convención americana sobre derechos humanos* y los artículos 6.1 y 6.3 de la *Convención europea de derechos humanos*. En igual sentido, Eur. Court H.R., *Case Meftah and Others versus France, Judgment of 26 July, 2002*, párrafo 51; Eur. Court H.R., *S.N.*

133. En este sentido, la Corte Europea ha señalado que:

El derecho a contradecir en un proceso para los efectos del artículo 6.1, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, “significa en principio la oportunidad para las partes en un juicio civil o penal de conocer y analizar la prueba aducida o las observaciones remitidas al expediente [...], con el objetivo de influir sobre la decisión de la corte”.

e) *Principio de publicidad*

134. Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. Al respecto, la Corte Europea ha señalado, aludiendo al artículo 40.2.b de la *Convención sobre los derechos del niño*, que “a los niños acusados de crímenes debe respetárseles totalmente su privacidad en todas las etapas del proceso”.¹¹⁷ Asimismo, el Consejo de Europa ordenó a los Estados parte revisar y cambiar la legislación con el objeto de hacer respetar la privacidad del niño.¹¹⁸ En un sentido similar, la regla 8.1 de Beijing establece que debe respetarse la privacidad del joven en todas las etapas del proceso.¹¹⁹

Justicia alternativa

135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización”¹²⁰ de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter al amparo del artículo 19 de la *Convención americana*, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad.

136. A este respecto la *Convención sobre los derechos del niño* previene en su artículo 40:

3. -Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se ale-

versus Sweden, Judgment of 2 July, 2002, párrafo 44; y Eur. Court. H.R., *Siparicius versus Lithuania*, Judgment of 21 February, 2002, párrafo 27–28. Existen fallos anteriores en esta misma corte relativos al mismo tema.

¹¹⁷Eur. Court H.R., *Case T versus The United Kingdom*, Judgment of 16 December, 1999, párrafo 74.

¹¹⁸European Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recomendación número R (87) 20*, párrafo 47.

¹¹⁹Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.

¹²⁰Artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*, regla 11 de Beijing y 57 de las *Directrices de Riad*.

que que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

[...]

- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

X. Opinión

137. Por las razones expuestas la corte, por seis votos contra uno,

Decide:

Que tiene competencia para emitir la presente opinión consultiva y que la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es admisible.

Declara:

Que para los efectos de esta opinión consultiva, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley en los términos del párrafo 42.

Y es de la opinión:

1. - Que de conformidad con la normativa contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la *Convención americana sobre derechos humanos*, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.
2. - Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la *Convención sobre los derechos del niño*, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
3. - Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la *Convención americana sobre derechos humanos* no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.
4. - Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
5. - Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

6. - Que para la atención a los niños el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
7. - Que el respeto del derecho a la vida en relación con los niños abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
8. - Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados parte en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.
9. - Que los Estados parte en la *Convención americana* tienen el deber, conforme a los artículos 17 y 19, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.
10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal en dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de ellos.
11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.
12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento [*sic*], riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar igualmente los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que

toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.

Disiente el juez Jackman, quien hizo conocer a la corte su voto disidente. Los jueces Cañado Trindade y García Ramírez emitieron sus votos concurrentes, los cuales acompañan la presente opinión consultiva.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 28 de agosto de 2002.

Antônio A. Cañado Trindade, presidente; Alirio Abreu Burelli, Hernán Salgado Pesantes, Sergio García Ramírez, Máximo Pacheco Gómez, Oliver Jackman, Carlos Vicente de Roux Rengifo, Manuel E. Ventura Robles, secretario

Comuníquese,

Antônio A. Cañado Trindade
Presidente

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

Dissenting opinion of Judge Jackman -

I have, regretfully, found myself unable to join the majority of the Court in its decision to respond favourably to the “Request for an Advisory Opinion” dated March 30th 2001, by the Inter-American Commission on Human Rights (“the Commission”) because, in my view, the request does not fulfill the criteria for admissibility set out in Article 64 of the *Convention*, as consistently interpreted by this Court from the moment of its very first advisory opinion.

In its communication requesting the issuing of an advisory opinion, the Commission states the “objective” of the request in the following terms:

The Commission deems it necessary to interpret whether Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights include limits to the good judgment and discretion of the States to issue special measures of protection in accordance with Article 19 thereof and requires the Court to express general and valid guidelines in conformance to the framework of the *Convention*.

The Commission then indicates the five “special measures of protection” on which it desires the Court to pronounce (see paragraph 4 of this *Opinion*):

- a) - separation of young persons (minors) from their parents and/or family, on the basis of a ruling by a decision-making organ, made without due process, that their families are not in a position to afford their education or maintenance;
- b) - deprivation of liberty of minors by internment in guardianship or custodial institutions on the basis of a determination that they have been abandoned or are prone to fall into situations of risk or illegality, motives (*causales*) which should not be considered of a criminal nature, but, rather, as the result of personal or circumstantial vicissitudes;
- c) - the acceptance of confessions by minors in criminal matters without due guarantees;
- d) judicial or administrative proceedings to determine fundamental rights of the minor without legal representation of the minor; and
- e) - determination of rights and liberties in judicial and administrative proceedings without guarantees for the right of the minor to be personally heard; and failure to take into account the opinion and preferences of the minor in such determination. (My translation.)

With the greatest respect to the Inter-American Commission on Human Rights, the so-called “objective” of the requested advisory opinion is, in my view, vague almost to the point

of meaninglessness, a vagueness that is fatally compounded by the “requirement” that the Court should express “general and valid guidelines”.

Repeatedly in its examination of the scope of the “broad ambit” (*el amplio alcance*) of its consultative function (see paragraph 34 of the present Opinion) the Court has insisted that the fundamental purpose of that function is to render a service to memberstates and organs of the Inter-American system in order to assist them “in fulfilling and applying treaties that deal with human rights, without submitting them to the formalities and the system of sanctions of the contentious process”.

It should not be forgotten that in the exercise of its vocation to “throw light on the meaning, object and purpose of the international norms on human rights [and], above all, to provide advice and assistance to the member states and organs of the OAS in order to enable them to fully and effectively comply with their international obligations in that regard [...] the Court is a judicial institution of the inter-American system” (OC-1/82: paragraph 19). As such, the Court should resist invitations to indulge in “purely academic speculation, without a foreseeable application to concrete situations justifying the need for an advisory opinion” (see OC-9/87, paragraph 16).

I would suggest that a request to provide “general and valid guidelines” to cover a series of hypotheses that reveal neither public urgency nor juridical complexity is, precisely, an invitation to engage in “purely academic speculation” of a kind which assuredly “would weaken the system established by the *Convention* and would distort the advisory jurisdiction of the Court” (see OC-1/82, paragraph 25).

For these reasons I have declined to participate in the deliberations on this Opinion, and herewith record my vote against it in its entirety.

Oliver Jackman
Judge

Manuel E. Ventura Robles
Secretary

Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade -

1. -Voto a favor de la adopción por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la presente *Opinión consultiva número 17 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, la cual constituye, a mi juicio, un nuevo aporte de la jurisprudencia reciente a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. La consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuadra perfectamente, a mi modo de ver, en la amplia base jurisdiccional de la función consultiva de la Corte Interamericana (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), ya por ésta claramente explicada y establecida en su *Opinión consultiva número 15 sobre los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (del 14 de noviembre de 1997).¹²¹ La corte tiene, así, la competencia para interpretar las disposiciones relevantes (objeto de la presente consulta) de la *Convención americana sobre derechos humanos* y de otros tratados que vinculan a los Estados de la región, además de la responsabilidad y el deber –como lo determina la *Convención americana*– de ejercer su función consultiva, cuya operación es materia de *ordre public* internacional.

I. Prolegómenos: breves precisiones conceptuales

2. - El preámbulo de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño* de 1989 advierte que “en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles”, necesitando por lo tanto “especial consideración”. Los niños abandonados en las calles, los niños tragados por la delincuencia, el trabajo infantil, la prostitución infantil forzada, el tráfico de niños para venta de órganos, los niños involucrados en conflictos armados, los niños refugiados, desplazados y apátridas, son aspectos del orden cotidiano de la tragedia contemporánea de un mundo aparentemente sin futuro.
3. - No veo cómo evitar ese pronóstico sombrío de que un mundo que se descuida de sus niños, que destruye el encanto de su infancia dentro de ellos, que pone un fin prematuro a su inocencia, y que los somete a toda suerte de privaciones y humillaciones, efectivamente no tiene futuro. Un tribunal de derechos humanos no puede dejar de tomar conocimien-

¹²¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva oc-15/99*, serie A, número 15, pp. 3–25, párrafos 1–59, especialmente pp. 13–19 y 24, párrafos 23–41 y puntos resolutivos 1–2.

to de esta tragedia, aún más cuando es expresamente instado a pronunciarse sobre aspectos de los derechos humanos del niño y de su condición jurídica, en el ejercicio de su función consultiva, dotada de amplia base jurisdiccional.

4. - Todos vivimos en el tiempo. El paso del tiempo afecta nuestra condición jurídica. El paso del tiempo debería fortalecer los vínculos de solidaridad que unen a los vivos con sus muertos, acercándolos.¹²² El paso del tiempo debería fortalecer los vínculos de solidaridad que unen a todos los seres humanos, jóvenes y ancianos, que experimentan un mayor o menor grado de vulnerabilidad en diferentes momentos a lo largo de su existencia. Sin embargo, no siempre prevalece esta percepción de los efectos implacables del paso del tiempo, que a todos nos consume.
5. - De modo general, es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad, frente a la proximidad de lo desconocido (el nacimiento y la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que descuida a sus niños no tiene futuro. El medio social que descuida a sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión.
6. - En su punto resolutivo número 1, la presente *Opinión consultiva número 17 de la Corte Interamericana* dispone que, “de conformidad con la normativa contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la *Convención americana sobre derechos humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección*”.¹²³ En efecto, son sujetos de derecho los niños,¹²⁴ y no la infancia o la niñez. Son sujetos de derecho los ancianos, y no la vejez. Son sujetos de derecho las personas con discapacidad,¹²⁵ y no la discapacidad misma. Son sujetos de derechos los apátridas, y no la apatridia. Y así sucesivamente. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada sustraen a la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente.
7. - Desde el universo conceptual del derecho internacional de los derechos humanos –en el cual se enmarcan, a mi modo de ver, los derechos humanos del niño– son los niños los

¹²²Véase sobre este punto mis votos razonados en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, sentencia del fondo, del 25/11/2000, serie c, número 70, párrafos 1–40 del voto; y sentencia sobre reparaciones del 22/02/2002, serie c, párrafos 1–26 del voto.

¹²³Énfasis mío. Dispone el artículo 19 de la *Convención americana* que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

¹²⁴Término que, como señala la corte (nota 43 de la presente *Opinión consultiva*), abarca, evidentemente, a los niños, niñas y adolescentes.

¹²⁵El preámbulo de la *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad* de 1999, v. gr., empieza por reafirmar que las personas con discapacidad “tienen los mismos derechos humanos” que otras personas (incluso el derecho de no verse sometidas a discriminación basada en la discapacidad), los cuales “dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”.

titulares de los derechos, y no la infancia o la niñez. Un individuo puede tener derechos específicos en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentre (*v. gr.*, los niños, los ancianos, las personas con discapacidad, los apátridas, entre otros), pero el titular de los derechos sigue siendo siempre él, como persona humana, y no la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial (*v. gr.*, la infancia o niñez, la vejez, la discapacidad, la apatridia, entre otros).

8. - Es cierto que la personalidad y la capacidad jurídicas guardan estrecha vinculación, pero en el plano conceptual se distinguen. Puede ocurrir que un individuo tenga personalidad jurídica sin disfrutar, en razón de su condición existencial, de plena capacidad para actuar. Así, en el presente contexto, por “personalidad” se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por “capacidad” la aptitud para ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad se encuentra, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, no por eso deja de ser sujeto de derecho. Es el caso de los niños.
9. - Dada la importancia trascendental de la materia tratada en la presente *Opinión consultiva número 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, me veo en el deber de dejar constancia de mis reflexiones sobre la materia, centradas en seis aspectos medulares que considero de la mayor relevancia y actualidad, y que conforman una temática que me ha consumido años de estudio y meditación, a saber: primero, la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano; segundo, la personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional; tercero, el advenimiento del niño como verdadero sujeto de derechos en el plano internacional; cuarto, el derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano; quinto, las implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional; y sexto, los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección *erga omnes*. Pasemos a un examen sucinto de cada uno de esos aspectos.

II. La cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano

10. La cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano constituye, en mi entender,¹²⁶ el legado más precioso de la ciencia jurídica del siglo xx, y requiere mayor atención por parte de la doctrina jurídica contemporánea. En este particular, el derecho

¹²⁶A. A. Cançado Trindade, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, en *Karel Vasak Amicorum Liber. Les droits de l’homme à l’aube du XXI^e siècle*, Bruselas, Bruylant, 1999, pp. 521–544; A. A. Cançado Trindade, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17–96; A. A. Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 317–374.

internacional experimenta hoy, al inicio del siglo XXI, de cierto modo un retorno a los orígenes, en el sentido que fue originalmente concebido como un verdadero *ius gentium*, el derecho de gentes. Ya en los siglos XVI y XVII los escritos de los llamados fundadores del derecho internacional (especialmente los de F. Vitoria, F. Suárez y H. Grotius, además de los de A. Gentili y S. Pufendorf) sostenían el ideal de la *civitas maxima gentium*, constituida por seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad.¹²⁷

11. Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional (consignadas notoriamente en los escritos de los teólogos españoles y en la obra grotiana), que lo concebían como un sistema verdaderamente *universal*,¹²⁸ fueron suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico que personificó el Estado y que lo dotó de “voluntad propia”, reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado “concedía” a éstos. El consentimiento o la voluntad de los Estados (según el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *ius standi* a los individuos, a los seres humanos.¹²⁹
12. Esto dificultó la comprensión de la comunidad internacional, y debilitó el propio derecho internacional reduciéndolo a un derecho estrictamente interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos.¹³⁰ En efecto, cuando el ordenamiento jurídico internacional se alejó de la visión universal de los llamados “fundadores” del derecho de gentes (véase *supra*), se cometieron sucesivas atrocidades contra el género humano. Las consecuencias desastrosas de esa distorsión son ampliamente conocidas.
13. Ya a finales de la década de los veinte surgían las primeras reacciones doctrinales contra esta posición reaccionaria.¹³¹ Y a mediados del siglo XX la más lúcida doctrina *iusinternacionalista* se distanciaba definitivamente de la formulación hegeliana y neo-hegeliana del Estado como depositario final de la libertad y responsabilidad de los individuos que lo

¹²⁷Es cierto que el mundo cambió enteramente desde que Vitoria, Suárez, Gentili, Grotius, Pufendorf y Wolff escribieron sus obras, pero la aspiración humana sigue siendo la misma; véase A. A. Cançado Trindade, “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, en *Jornadas de derecho internacional*, México, Washington D. C., UNAM, Secretaría General de la OEA, 2002, pp. 311–347.

¹²⁸C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens, 1958, pp. 66–69; y véase también R. J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l’histoire*, París, Económica/UNESCO, 1986, pp. 164–165.

¹²⁹P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, La Haya, Nijhoff, 1960, pp. 36–37.

¹³⁰*Ibid.*, p. 37.

¹³¹Como, *v. gr.*, la luminosa monografía de Jean Spiropoulos, *L’individu en droit international*, París, LGDJ, 1928, pp. 66 y 33, y p. 19. Ponderó el autor que, al contrario de lo que se desprendía de la doctrina hegeliana, el Estado no es un ideal supremo sumiso tan sólo a su propia voluntad, no es un fin en sí mismo, sino “un medio de realización de las aspiraciones y necesidades vitales de los individuos”, siendo, pues, necesario proteger al ser humano contra la lesión de sus derechos por su propio Estado. *Ibid.*, p. 55; una evolución en ese sentido, agregó, tendría que aproximarnos al ideal de la *civitas maxima*.

componían, y que en él se integraban enteramente.¹³² Contra la corriente doctrinal del positivismo tradicional,¹³³ que pasó a sostener que solamente los Estados eran sujetos del derecho internacional,¹³⁴ emergió una corriente opuesta¹³⁵ sosteniendo, *a contrario sensu* que, en última instancia, solamente los individuos, destinatarios de todas las normas jurídicas, eran sujetos del derecho internacional. Jamás hay que olvidar que, al fin y al cabo, el Estado existe para los seres humanos que lo componen, y no viceversa.

14. Mientras tanto, persistía la vieja polémica, estéril y ociosa, entre monistas y dualistas, erigida sobre falsas premisas que, no sorprendentemente, dejó de contribuir a los esfuerzos doctrinales en pro de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado. En efecto, lo que hicieron tanto los dualistas como los monistas en este particular fue “personificar” el Estado como sujeto del derecho internacional.¹³⁶ Los monistas descartaron todo antropomorfismo, afirmando la subjetividad internacional del Estado mediante un análisis de la persona jurídica,¹³⁷ y los dualistas¹³⁸ no se contuvieron en sus excesos de caracterización de los Estados como sujetos únicos del derecho internacional.¹³⁹
15. Con el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano en el plano internacional, el derecho internacional pasó a configurarse como un *corpus iuris* de emancipación. No hay “neutralidad” en el derecho; todo derecho es finalista, y los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos. A mediados del siglo xx, la propia experiencia jurídica contradecía categóricamente la teoría infundada de que los individuos eran simples objetos del ordenamiento jurídico internacional, y destruía otros prejuicios del positivismo estatal.¹⁴⁰ En la doctrina jurídica de entonces se tornaba patente el reconocimiento de la expansión de

¹³²W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Londres, Stevens, 1964, p. 247.

¹³³Formada, además de Triepel y Anzilotti, también por K. Strupp, E. Kaufmann y R. Redslob, entre otros.

¹³⁴Postura que también fue adoptada por la llamada doctrina soviética del derecho internacional, con énfasis en la “coexistencia pacífica” interestatal; véase, *v. gr.*, Y.A. Korovin, S. B. Krylov *et alia*, *International Law*, Moscú, Academia de Ciencias de la URSS/Instituto de Derecho y Estado, [s/f], pp. 93–98 y 15–18; y G. I. Tunkin, *Droit international public. Problèmes théoriques*, París, Pédone, 1965, pp. 19–34.

¹³⁵Formada por L. Duguit, G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis y G. Scelle, entre otros. -

¹³⁶Véase C. Th. Eustathiades, “Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, núm. 84, 1953, p. 405.

¹³⁷*Ibid.*, p. 406.

¹³⁸Sobre todo H. Triepel y D. Anzilotti.

¹³⁹Para una crítica a la incapacidad de la tesis dualista para explicar el acceso de los individuos a la jurisdicción internacional, véase Paul Reuter, “Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public”, *La technique et les principes du Droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, volumen II, París, LGDJ, 1950, pp. 542–543 y 551.

¹⁴⁰Véase G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milán, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104–107.

la protección de los individuos en el ordenamiento jurídico internacional,¹⁴¹ como verdaderos sujetos de derecho (del *law of nations*).¹⁴²

16. En la ponderación de René Cassin de 1950, por ejemplo, son sujetos de derecho “todas las criaturas humanas”, como miembros de la “sociedad universal”, siendo “inconcebible” que el Estado les niegue esta condición.¹⁴³ Los derechos humanos se concibieron como inherentes a todo ser humano, independientemente de cualesquiera circunstancias en que se encuentre. Ya desde entonces el individuo pasó a ser visto como sujeto *iure suo* del derecho internacional, tal como sostenía la doctrina más lúcida desde la de los llamados fundadores del derecho de gentes (*droit des gens*).¹⁴⁴
17. También en el continente americano, aun antes de la adopción de las declaraciones americana y universal de derechos humanos de 1948, florecieron manifestaciones doctrinales en pro de la personalidad jurídica internacional de los individuos, como las que se encuentran, por ejemplo, en las obras de Alejandro Álvarez¹⁴⁵ e Hildebrando Accioly.¹⁴⁶ En efecto, estudios sucesivos sobre los instrumentos internacionales de protección internacional pasaron a enfatizar precisamente la importancia histórica del reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los individuos.¹⁴⁷

¹⁴¹C. Parry, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 90, 1956, p. 722.

¹⁴²H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Londres, Stevens, 1950, pp. 69, 61 y 51; y, anteriormente, H. Lauterpacht, “The International Protection of Human Rights”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 70, 1947, pp. 11, 6–9 y 104.

¹⁴³R. Cassin, “L’homme, sujet de droit international et la protection des droits de l’homme dans la société universelle”, en *La technique et les principes du droit public. Études en l’honneur de Georges Scelle*, volumen I, París, LGDJ, 1950, pp. 81–82.

¹⁴⁴P. N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 215, 223.

¹⁴⁵A. Álvarez, *La reconstrucción del derecho de gentes. El nuevo orden y la renovación social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46–47 y 457–463; también pp. 81, 91 y 499–500.

¹⁴⁶H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, volumen I, Río de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71–75.

¹⁴⁷Véase *v. gr.*, R. Cassin, “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, *Revue de la Commission internationale de juristas*, 8, 1967, pp. 9–17; W. P. Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, La Haya, Nijhoff, 1966, pp. 1–194; C. A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhague, Munksgaard, 1962, pp. 26–33 y 82–172; A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1–445; A. A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1–327; F. Matscher, “La Posizione Processuale dell’Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, en *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 601–620; A. Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20–34 y 341; P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 38–54; J. A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 27–145; E. I. A. Daes, *La condition de l’individu et le droit international contemporain*, ONU, documento E/CN.4/Sub.2/1988/33, del 18/07/1988, pp. 1–92; J. Ruiz de Santiago, “Reflexiones sobre la regulación jurídica

18. Todo el nuevo *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos ha sido construido sobre la base de los imperativos de la protección y los intereses superiores del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad o de su estatuto político, o de cualquiera otra situación o circunstancia. De ahí la importancia que asume, en ese nuevo derecho de protección, la personalidad jurídica del individuo como sujeto del derecho tanto interno como internacional.¹⁴⁸ Hoy se reconoce la responsabilidad del Estado por todos sus actos –tanto *iure gestionis* como *iure imperii*– y todas sus omisiones, lo que pone de relieve la personalidad jurídica de los individuos y su acceso directo a la jurisdicción internacional para hacer valer sus derechos (incluso contra el propio Estado).¹⁴⁹
19. El Estado, creado y compuesto por los seres humanos, existe para la realización de su bien común. Para este reconocimiento han contribuido decisivamente, en el plano internacional, la considerable evolución en las cinco últimas décadas del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁵⁰ a la cual se puede agregar del mismo modo la del derecho internacional humanitario; también este último considera a las personas protegidas no como simples objetos de la reglamentación que establecieron, sino como verdaderos sujetos del

internacional del derecho de los refugiados”, en J. Irigoien Barrenne (ed.), *Nuevas dimensiones en la protección del individuo*, Santiago, Universidad de Chile, 1991, pp. 124–125 y 131–132; R. A. Mullerson, “Human Rights and the Individual as Subject of International Law: A Soviet View”, *European Journal of International Law*, núm. 1, 1990, pp. 33–43; A. Debricon, “L'exercice efficace du droit de recours individuel”, en M. de Salvia, y M. E. Villiger, *The Birth of European Human Rights Law*, en *Liber Amicorum Studies in Honour of C. A. Norgaard*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237–242.

¹⁴⁸Sobre la evolución histórica de la personalidad jurídica en el derecho de gentes, véase H. Mosler, “Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public”, en *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, París, Pédone, 1964, pp. 228–251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bolonia, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9–268; G. Scelle, “Some Reflections on Juridical Personality in International Law”, en *Law and Politics in the World Community*, editado por G. A. Lipsky, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1953, pp. 49–58 y 336; J. A. Barberis, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17–35; J. A. Barberis, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 173, 1983, pp. 157–238; A. A. Cançado Trindade, “The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts”, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995)*, La Haya, Asser Instituut, 1996, pp. 157–162 y 166–167; C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, pp. 147–171; y M. Virally, “Droits de l'homme et théorie générale du droit international”, *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, volumen iv, París, Pédone, 1972, pp. 328–329.

¹⁴⁹S. Glaser, “Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif”, *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, París, Pédone, 1964, p. 117; véase también pp. 105–106, 114–118 y 123.

¹⁵⁰Véase M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Ginebra y París, Droz-Minard, 1962, pp. 178–192; A. A. Cançado Trindade, “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 202, 1987, pp. 1–435; y P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20–23.

derecho internacional.¹⁵¹ Al fin y al cabo, todo el derecho existe para el ser humano, y el derecho de gentes no es la excepción a esto, garantizando al individuo sus derechos y el respeto de su personalidad.¹⁵²

20. El “eterno retorno” o “renacimiento” del iusnaturalismo ha sido reconocido por los propios iusinternacionalistas,¹⁵³ contribuyendo en mucho a la afirmación y consolidación de la primacía en el orden de los valores,¹⁵⁴ de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos y del reconocimiento de su necesario cumplimiento *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo.¹⁵⁵ Esta última, testimoniando la moralización del propio

¹⁵¹ Es lo que se desprende, *v.gr.*, de la posición de las cuatro convenciones de Ginebra sobre derecho internacional humanitario de 1949, erigidas a partir de los derechos de las personas protegidas (*v.g.*, tercera convención, artículos 14 y 78; cuarta convención, artículo 27); tanto es así que las cuatro convenciones de Ginebra prohíben claramente a los Estados parte derogar —por acuerdos especiales— las reglas en ellas enunciadas, y en particular restringir los derechos de las personas protegidas en ellas consagrados (primera, segunda y tercera convenciones, artículo 6; y cuarta convención, artículo 7); véase A. Randelzhofer, “The Legal Position of the Individual under Present International Law”, en A. Randelzhofer y Ch. Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, La Haya, Nijhoff, 1999, p. 239. En realidad, las primeras convenciones de derecho internacional humanitario (ya en el paso del siglo XIX al XX) fueron pioneras al expresar la preocupación internacional por el destino de los seres humanos en los conflictos armados, reconociendo al individuo como beneficiario directo de las obligaciones convencionales estatales. K. J. Partsch, “Individuals in International Law”, R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, volumen 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959; y G. H. Aldrich, “Individuals as Subjects of International Humanitarian Law”, J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of K. Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, pp. 857–858.

¹⁵² F. A. von der Heydte, “L’individu et les tribunaux internationaux”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 107, 1962, p. 301; véase también al respecto, *v.gr.*, E. M. Borchard, “The Access of Individuals to International Courts”, *American Journal of International Law*, núm. 24, 1930, pp. 359–365.

¹⁵³ J. Maritain, *O Homem e o Estado*, Río de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 84, y pp. 97–98 y 102; A. Truyol y Serra, “Théorie du droit international public. Cours général”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit International de La Haye*, 183, 1981, pp. 142–143; L. Le Fur, “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit International de La Haye*, 18, 1927 pp. 297–399; C. J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Río de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196–197, 200–201 y 207; J. Puente Egido, “Natural Law”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, volumen 7, Amsterdam, Max Plank Institute, North-Holland, 1984, pp. 344–349. Y, para un estudio general, véase A. P. d’Entrèves, *Natural Law*, Londres, Hutchinson University Library, 1970, pp. 13–203; Y. R. Simon, *The Tradition of Natural Law. A Philosopher’s Reflections*, V. Kuic (ed.), Nueva York, Fordham University Press, 2000, pp. 3–189.

¹⁵⁴ Gustav Radbruch, particularmente sensible —sobre todo en la edad madura— al valor de la justicia, resumió las diversas concepciones del derecho natural con los siguientes trazos fundamentales comunes: primero, todas proveen ciertos “juicios de valor jurídico con un determinado contenido”; segundo, tales juicios, universales, tienen siempre como fuente la naturaleza, o la revelación, o la razón; tercero, tales juicios son “accesibles al conocimiento racional”; y cuarto, tales juicios priman sobre las leyes positivas que les sean contrarias; en suma, “el derecho natural debe siempre prevalecer sobre el derecho positivo”. G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, volumen I, Coimbra, A. Amado Ed., 1961, p. 70.

¹⁵⁵ J. A. Carrillo Salcedo, “Derechos humanos y derecho internacional”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 22, Madrid, 2000, p. 75.

derecho, asume la vindicación de los intereses comunes superiores.¹⁵⁶ Gradualmente se ha vuelto a concebir un sistema jurídico verdaderamente universal.

III. La personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional

21. Así, el propio derecho internacional, al reconocer derechos inherentes a todo ser humano, ha desautorizado el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los “concedidos” por el Estado. El reconocimiento del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional representa una verdadera revolución jurídica —a la cual tenemos el deber de contribuir en la búsqueda de la prevalencia de valores superiores— que viene al fin a dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional. Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde a su vez al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción.
22. Este rendimiento de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual junto con el reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones positivas de protección y a la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es este el sentido real del rescate histórico del individuo como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. Es por esto que, en mi voto concurrente en el *Caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú (Excepciones preliminares, Sentencia del 04/09/1998)*, instado por las circunstancias del *cas d’espèce*, me permití examinar la evolución y cristalización del derecho de petición individual internacional, que califique de cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos que lo consagran.¹⁵⁷ Y agregué:

El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encuentran justicia en el nivel nacional. No omitiría ni vacilaría en subrayar —permiéndome la metáfora— que el derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos.¹⁵⁸

¹⁵⁶R. J. Dupuy, “Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 165, 1979, pp. 190, 193 y 202.

¹⁵⁷A la cual se suma, en lo que toca a la *Convención americana sobre derechos humanos*, la otra cláusula pétrea del reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia contenciosa. Para un estudio, véase A. A. Cançado Trindade, “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano. El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del seminario* (noviembre de 1991), volumen I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3–68.

¹⁵⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú (Excepciones preliminares)*, sentencia del 04/09/1998, serie C, número 41, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, p. 62, párrafo 35. Mi voto fue posteriormente publicado en forma de artículo, titulado “El derecho de petición individual ante la jurisdicción internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 48, UNAM, 1998, pp. 131–151.

23. En efecto, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos atiende a una verdadera necesidad de la comunidad internacional,¹⁵⁹ que hoy busca guiarse por valores comunes superiores. Como se puede desprender, *v. gr.*, del histórico caso de los “niños de la calle” (*Caso Villagrán Morales y otros versus Guatemala*) ante esta corte (1999–2001), la titularidad jurídica internacional de los individuos es hoy día una realidad irreversible, y la violación de sus derechos fundamentales, emanados directamente del ordenamiento jurídico internacional, acarrea consecuencias jurídicas.

24. En su sentencia de fondo (del 19/11/1999) en el referido caso de los “niños de la calle”, la corte advirtió significativamente que:

A la luz del artículo 19 de la *Convención americana* la corte debe constatar la especial gravedad que reviste que pueda atribuirse a un Estado parte en dicha *Convención* el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, 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,¹⁶⁰ a pesar de que todo niño tiene derecho a 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.¹⁶¹

25. El ser humano irrumpe, en fin, aun en las condiciones más adversas, como sujeto último del derecho tanto interno como internacional. El caso de los “niños de la calle”, decidido por la Corte Interamericana, en que los marginados y olvidados del mundo lograron recurrir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, es verdaderamente paradigmático, y da un testimonio claro e inequívoco de que el derecho internacional de los derechos humanos ha alcanzado su madurez.

26. La corriente doctrinal que todavía insiste en negar a los individuos la condición de sujetos del derecho internacional se basa en una rígida definición de estos últimos, exigiendo de ellos no sólo que posean derechos y obligaciones emanados del derecho internacional, sino también que participen en el proceso de creación de sus normas y del cumplimiento de las mismas. Ocurre que esta rígida definición no se sostiene siquiera en el plano del derecho interno, en el cual no se exige –jamás se exigió– a todos los individuos participar

¹⁵⁹Tal como ha sido reconocido desde hace décadas; véase A. N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, París, Éds. Internationales, 1931, pp. 95–96, 103 y 138; Charles de Visscher, “Rapport. ‘Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international’ ”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1947, pp. 3 y 9; G. Scelle, *Précis de droit des Gens. Principes et systématique*, parte I, París, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. del CNRS, 1984), p. 48; y Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden y Nueva York., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 329 y 249.

¹⁶⁰Al cual se refiere el preámbulo (párrafo 6) de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño*.

¹⁶¹Corte Interamericana, serie C, número 63, pp. 78–79, párrafo 191.

en la creación y aplicación de las normas jurídicas para ser titulares de derechos, y ser vinculados por los deberes, emanados de tales normas.

27. Además de insostenible, esa concepción se muestra contaminada de un dogmatismo ideológico nefasto, que tuvo como consecuencia principal alienar al individuo del ordenamiento jurídico internacional. Es sorprendente –si no espantoso–, además de lamentable, ver aquella concepción repetida mecánicamente y *ad nauseam* por una parte de la doctrina, aparentemente pretendiendo hacer creer que la intermediación del Estado entre los individuos y el ordenamiento jurídico internacional sería algo inevitable y permanente. Nada más falso. En el breve periodo histórico en que prevaleció aquella concepción estatista, a la luz –o, más precisamente, en medio de las tinieblas– del positivismo jurídico, se cometieron sucesivas atrocidades contra el ser humano, en una escala sin precedentes.
28. Resulta hoy clarísimo que nada hay de intrínseco al derecho internacional que impida o imposibilite a actores no estatales disfrutar de la personalidad jurídica internacional. Nadie en sana conciencia osaría hoy negar que los individuos efectivamente poseen derechos y obligaciones que emanan directamente del derecho internacional, con el cual se encuentran, por lo tanto, en contacto directo. Y es perfectamente posible conceptuar –incluso con mayor precisión– como sujeto del derecho internacional a cualquier persona o entidad, titular de derechos y obligaciones, que emanen directamente de normas del derecho internacional. Es el caso de los individuos, quienes tienen así fortalecido ese contacto directo –sin intermediarios– con el ordenamiento jurídico internacional.¹⁶²
29. La verdad es que la subjetividad internacional del ser humano (sea un niño, anciano, persona con discapacidad, apátrida, o cualquier otro) irrumpió con todo vigor en la ciencia jurídica del siglo xx como reacción de la conciencia jurídica universal contra las sucesivas atrocidades cometidas contra el género humano. Un elocuente testimonio de la erosión de la dimensión puramente interestatal del ordenamiento jurídico internacional encuéntrase en la histórica y pionera *Opinión consultiva número 16 de la Corte Interamericana sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el ámbito de las garantías del debido proceso legal* (del 01/10/1999),¹⁶³ que ha servido de orientación a otros tribunales internacionales y ha inspirado la evolución *in statu nascendi* de la jurisprudencia internacional sobre la materia.
30. En aquella opinión consultiva, la Corte Interamericana señaló con lucidez que los derechos consagrados en el artículo 36.1 de la *Convención de Viena sobre relaciones consulares* de 1963:

[...] tienen la característica de que *su titular es el individuo*. En efecto, el precepto es inequívoco al expresar que “reconoce” los derechos de información y notificación consular a la persona

¹⁶²A. A. Cançado Trindade, “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo...”, *op. cit. supra* nota 127, pp. 311–347.

¹⁶³Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva oc-16/99*, serie A, número 16, pp. 3–123, párrafos 1–141 y puntos resolutivos 1–8.

interesada. En esto, el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la *Convención de Viena sobre relaciones consulares* y representa, en los términos en que lo interpreta esta corte en la presente opinión consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del derecho internacional sobre la materia.¹⁶⁴

31. De ese modo, la Corte Interamericana reconoció, a la luz del impacto del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos en el propio ordenamiento jurídico internacional, la cristalización de un verdadero derecho individual subjetivo a la información sobre asistencia consular del que es titular todo ser humano privado de su libertad en otro país; además, rompió con la óptica tradicional puramente interestatal de la materia, amparando a numerosos trabajadores emigrantes e individuos victimados por la pobreza y privados de libertad en el exterior. La presente *Opinión consultiva número 17 de la Corte Interamericana sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño* se enmarca en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano al subrayar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños como verdaderos sujetos de derecho y no simples objetos de protección.
32. La categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional no se ha mostrado insensible a las necesidades de la comunidad internacional, entre las cuales figura de manera notable la de proveer protección a los seres humanos que la componen, en particular los que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como los niños. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia sostienen que los propios sujetos de derecho en un sistema jurídico están dotados de atributos que atienden a las necesidades de la comunidad internacional.¹⁶⁵
33. De ahí que –como señala con perspicacia Paul de Visscher– mientras que “el concepto de persona jurídica es unitario como concepto”, dada la unidad fundamental de la persona humana que “encuentra en sí misma la justificación última de sus propios derechos”, la capacidad jurídica, a su vez, revela una variedad y multiplicidad de alcances.¹⁶⁶ Pero tales variaciones del alcance de la capacidad jurídica –incluso de sus limitaciones en relación con, *v. gr.*, los niños, ancianos, personas con discapacidad mental y apátridas, entre otros– en nada afectan la personalidad jurídica de todos los seres humanos, expresión jurídica de la dignidad inherente a ellos.

¹⁶⁴Párrafo 82 (énfasis mío).

¹⁶⁵Corte Internacional de Justicia, *Opinión consultiva sobre las reparaciones de daños*, ICJ Reports, 1949, p. 178: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”.

¹⁶⁶Paul de Visscher, “Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 136, 1972, p. 56; también pp. 45 y 55.

34. Así, en suma, toda persona humana está dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal. La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos. Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos están dotados de personalidad jurídica. Los derechos humanos refuerzan este atributo universal de la persona humana, dado que a todos los seres humanos corresponden de igual modo la personalidad jurídica y el amparo del derecho, independientemente de su condición existencial o jurídica.

IV. El advenimiento del niño como sujeto de derechos en el plano internacional

35. En la base de todo ese notable desarrollo encuéntrase el principio del respeto a la dignidad de la persona humana, independientemente de su condición existencial. En virtud de ese principio, todo ser humano, independientemente de la situación y las circunstancias en que se encuentra, tiene derecho a la dignidad.¹⁶⁷ Este principio fundamental se invoca en los preámbulos de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño* de 1989 así como de la *Declaración de los derechos del niño* de 1959. Figura igualmente en el preámbulo del *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988)*, entre otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

36. También se encuentra recogido –como no podría dejar de estarlo– en la presente *Opinión consultiva* de la Corte Interamericana, cuando ésta ubica, en la escala de los valores fundamentales;

[...] la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la sociedad y con respecto al Estado (párrafo 93).

37. Es cierto, como lo señala la corte en la presente *Opinión consultiva* sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, que solamente a lo largo del siglo xx se articuló el *corpus iuris* de los derechos del niño en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (párrafos 26–27), cuando se concibió el niño como verdadero sujeto de derecho. Esto ocurrió sobre todo con el notable impacto de las ya mencionadas *Declaración (1959)*¹⁶⁸ y *Convención (1989) sobre los derechos del niño*, así como de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Beijing, 1985),

¹⁶⁷Sobre ese principio, véase *v. gr.*, B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-Marseille y París, CERIC, 1999, pp. 7–491; *vv.aa.*, *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine (Actes du Séminaire de Montpellier de 1998)*, Estrasburgo, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15–113; y E. Wiesel, "Contre l'indifférence", en F. Mayor (ed.), *Agir pour les droits de l'homme au XXIe. Siècle*, París, UNESCO, 1998, pp. 87–90.

¹⁶⁸Precedida por la *Declaración* de 1924 de la Sociedad de Naciones sobre la materia.

las *Medidas no privativas de la libertad* (Tokio, 1990) y las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (Riad, 1990), además de los tratados generales de derechos humanos.

38. O sea, los derechos del niño al fin se desprendieron de la *patria potestas*¹⁶⁹ (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia –enriquecido por el reconocimiento en el siglo xx de los derechos del niño en el plano internacional– el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el “interés superior del niño”, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere al fin autonomía propia.¹⁷⁰
39. Es sorprendente que, frente a este notable desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea, todavía exista una corriente doctrinal que insiste en que la *Convención sobre los derechos del niño* se limita a crear obligaciones estatales. Esta postura no me parece convincente y jurídicamente infundada, por cuanto tales obligaciones existen precisamente en razón de los derechos humanos del niño consagrados en aquella convención de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.
40. Además, esa corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como sujeto de derecho. Es éste, a mi juicio, el *leitmotiv* que recorre toda la presente opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables que le son inherentes (párrafo 41), y en subrayar el imperativo de atender las necesidades del niño “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (párrafo 28).
41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta incluso de las de sus padres.¹⁷¹ Así, la Corte Interamericana defiende en la presente *Opinión consultiva* la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualesquiera circunstancias (párrafo 113). La concepción

¹⁶⁹Obsérvese que, en el siglo xvii, John Locke ya prestaba atención al tratamiento a ser dispensado a los niños, aunque desde la perspectiva de los derechos parentales, y en particular de los deberes de protección de los niños (y no del desarrollo de su estatuto jurídico); tanto es así que dedicó, *v. gr.*, todo un capítulo (vi) de su *Ensayo sobre el gobierno civil* (además de sus escritos sobre la educación) a la *patria potestas*; a pesar de este avance, los niños todavía no habían irrumpido como verdaderos sujetos de derecho.

¹⁷⁰D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, París, PUF, 2002, pp. 2–5, 9, 14, 18–27 y 77.

¹⁷¹F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, París, PUF, 2001, pp. 4–6 y 61; D. Youf, *op. cit. supra* nota 170, p. 134; y J.-P. Rosenczveig, “The Self-Executing Character of the *Children's Rights Convention* in France”, en E. Verhellen (ed.), *Monitoring Children's Rights*, Gante y La Haya, Univ. Ghent-Nijhoff, 1996, p. 195; también pp. 187–197.

kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente a los niños, a todos los seres humanos independientemente de las limitaciones de su capacidad judicial (de ejercicio).

42. Todo este extraordinario desarrollo a lo largo del siglo xx de la doctrina iusinternaciona- lista encuentra raíces –como suele suceder– en algunas reflexiones del pasado, en el pen- samiento jurídico así como en el filosófico.¹⁷² Esto es inevitable, por cuanto refleja el proceso de maduración y refinamiento del propio espíritu humano, que torna posibles los avances en la propia condición humana.
43. Así, en cuanto al dominio jurídico, me limito a rescatar un pasaje de un magistral curso dictado por Paul Guggenheim en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1958. En esa ocasión recordó aquel jurista, con pertinencia, que ya en el siglo xvii Hugo Grotius, que tanto contribuyera a la autonomía del *ius gentium* (desvinculándolo del pen- samiento escolástico), sostenía que las reglas relativas a la capacidad de los niños en mate- ria civil¹⁷³ pertenecían al propio derecho de gentes.¹⁷⁴
44. En cuanto al pensamiento filosófico, en su *Tratado de la educación* (más conocido como el *Emilio*, de 1762), Jean-Jacques Rousseau se posicionó como un precursor de la concep- tuación moderna de los derechos del niño, al advertir, con gran sensibilidad, que hay que respetar la infancia, dejar “obrar a la naturaleza” que quiere que los niños sean niños (con su propia manera de ver, pensar y sentir) antes de ser adultos.¹⁷⁵ La inteligencia humana –sigue advirtiendo Rousseau– tiene sus límites, no puede aprender todo, y el tiempo exis- tencial es breve. Al principio “no sabemos vivir, pronto ya no podemos”; la razón y el juicio “vienen lentamente”, mientras que “los prejuicios acuden en tropel”.¹⁷⁶ No hay, pues, que perder de vista el paso del tiempo; hay que tenerlo siempre presente y saber respetar las edades de la existencia humana.

VI. El derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano

45. No hay cómo disociar el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional del individuo de la propia dignidad de la persona humana. En una dimensión más amplia, la persona humana se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí

¹⁷²Para un examen de la subjetividad individual en el pensamiento filosófico, véase *v. gr.*, A. Renaut, *L'ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*, París, Gallimard, 1991, pp. 7–299.

¹⁷³*V. gr.*, sucesiones, bienes y propiedad, prescripción adquisitiva.

¹⁷⁴P. Guggenheim, “Contribution à l’histoire des sources du droit des gens”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 94, 1958, pp. 30 y 32–34.

¹⁷⁵J. J. Rousseau, *Emilio, o De la educación*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 120 y 145–146.

¹⁷⁶*Ibid.*, pp. 241, 250 y 311 .

mismo, y que lo cumple a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. En efecto, es la persona humana, esencialmente dotada de dignidad, la que articula, expresa e introduce el “deber ser” de los valores en el mundo de la realidad en que vive, y sólo ella es capaz de eso, como portadora de dichos valores éticos. La personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas.¹⁷⁷

46. Cabe recordar en el presente contexto que la concepción de derecho subjetivo individual tiene ya una amplia proyección histórica, originada en particular en el pensamiento iusnaturalista en los siglos XVII y XVIII, y sistematizada en la doctrina jurídica a lo largo del siglo XIX. Sin embargo, en el siglo XIX e inicios del siglo XX aquella concepción siguió enmarcada en el derecho público interno, emanado del poder público y bajo la influencia del positivismo jurídico.¹⁷⁸ El derecho subjetivo era concebido como la prerrogativa del individuo tal como estaba definida por el ordenamiento jurídico en cuestión (el derecho objetivo).¹⁷⁹

47. Sin embargo, no hay cómo negar que la cristalización del concepto de derecho subjetivo individual y su sistematización lograron al menos un avance hacia una mejor comprensión del individuo como titular de derechos, y tornaron posible, con el surgimiento de los derechos humanos en el nivel internacional, la gradual superación del derecho positivo. A mediados del siglo XX quedaba clara la imposibilidad de la evolución del propio derecho sin el derecho subjetivo individual, expresión de un verdadero “derecho humano”.¹⁸⁰

48. Tal como me permití sostener en mi voto concurrente en la histórica *Opinión consultiva número 16* —de esta corte— *sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (del 01/10/1999), actualmente testimoniamos:

[...] el proceso de humanización del derecho internacional, que hoy alcanza también este aspecto de las relaciones consulares. En la confluencia de éstas con los derechos humanos se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular, de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario (párrafo 35).

49. La emergencia de los derechos humanos universales a partir de la proclamación de la *Declaración universal* de 1948 amplió considerablemente el horizonte de la doctrina jurídica contemporánea, revelando las insuficiencias de la concepción tradicional del de-

¹⁷⁷Véase en ese sentido, *v. gr.*, L. Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 150–151, 153, 156 y 159.

¹⁷⁸L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 912–913.

¹⁷⁹Ch. Eisenmann, “Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 60, 1954, pp. 753–774, especialmente pp. 754–755 y 771.

¹⁸⁰J. Dabin, *El derecho subjetivo*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 64.

recho subjetivo. Las necesidades apremiantes de protección del ser humano fomentaron en mucho ese desarrollo. Los derechos humanos universales, superiores y anteriores al Estado y a cualquier forma de organización político-social, e inherentes al ser humano, se afirmaron como opuestos al propio poder público.

50. La personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizaba como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico. Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana emanados del derecho internacional, por otro lado el *corpus iuris* de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia, ya no condicionada al derecho emanado del poder público estatal.

VII. Implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional

51. No hay que omitir la convergencia de los puntos de vista, expresados en el curso del presente procedimiento consultivo, tanto por escrito como en los alegatos orales ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública del 21 de junio de 2002, en sustentación de la posición de los niños como verdaderos sujetos de derecho y no como simples objetos de protección. En ese mismo sentido se manifestaron, *v. gr.*, los dos Estados intervinientes, México y Costa Rica, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de organismos especializados como el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de Naciones Unidas (Ilanud), además de organismos no gubernamentales como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) y la Fundación Rafael Preciado Hernández (de México). Esta convergencia de puntos de vista en cuanto a la condición jurídica de los niños como titulares de derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos es altamente significativa, por cuanto tal reconocimiento, además de reflejar un verdadero cambio de paradigma, representa, al fin y al cabo, la *opinio iuris communis* en nuestros días sobre la materia.
52. Pero no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho; importa que él lo sepa, incluso para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general¹⁸¹ y de la educación en derechos humanos en particular, debidamente reconocida en la presente *Opinión consultiva* (párrafos 84–85 y 88). No son de difícil constatación las manifestaciones precoces de algunas grandes vocaciones, a veces muy

¹⁸¹Consagrada en los artículos 13 y 16 (*in fine*) del *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (Protocolo de San Salvador, de 1988).

temprano en la vida. Todo niño tiene efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio *proyecto de vida*.¹⁸² A mi juicio, la adquisición del conocimiento es una forma –quizá la más eficaz– de emancipación humana, e imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano.¹⁸³

53. El *corpus iuris* de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. El hecho de que los niños no disfruten de plena capacidad judicial para actuar,¹⁸⁴ y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, *v. gr.*, a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño, estipulado en el artículo 12 de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño*, la cual, a su vez, ha fomentado una visión *holista* e integral de los derechos humanos.¹⁸⁵

54. Además del amplio alcance de ese deber, tal como está formulado en el artículo 12 de la *Convención* de 1989 –que abarca el derecho del niño a ser oído (directamente o mediante un representante legal) en procedimientos judiciales o administrativos en que participe y de que se consideren sus puntos de vista– en la práctica el Comité sobre Derechos del Niño (de Naciones Unidas) le ha atribuido importancia capital, reflejada en sus directrices generales para la elaboración de los informes (estatales) inicial y periódicos.¹⁸⁶ En circunstancias de comisión de un delito, el enfoque de aquel *corpus iuris* de los derechos del niño en relación con el menor infractor no deja de ser garantista, orientado

¹⁸²En la presente *Opinión consultiva* el propio derecho fundamental a la vida (artículo 4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*) es entendido *lato sensu*, abarcando igualmente las condiciones dignas de vida (punto resolutivo número 7). En esta misma línea de razonamiento, la corte ponderó, en su sentencia de fondo en el caso de los “*niños de la calle*” (*Villagrán Morales y otros versus Guatemala*, del 19/11/1999) que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. [...] En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él” (serie c, número 63, pp. 64–65, párrafo 144).

¹⁸³Y como nuestra capacidad de conocimiento es ineluctablemente limitada, la conciencia de esa finitud es el mejor remedio para luchar contra los dogmatismos, la ignorancia y los fanatismos, tan comunes en nuestros días.

¹⁸⁴Sobre el *décalage*, si no paradoja, sobre la incapacidad del niño en materia civil (*v.g.*, derecho de los contratos) para evitar que asume obligaciones sin discernimiento, y la retención de su responsabilidad (civil y penal) cuando comete un delito, *cf.* F. Dekeuwer-Défossez, *op. cit. supra* número 47, pp. 22–23; y *cf.* D. Youf, *op. cit. supra* número 46, pp. 109–110 y 118–119.

¹⁸⁵Sobre este último punto, véase N. Cantwell, “The Origins, Development and Significance of the *United Nations Convention on the Rights of the Child*”, en S. Detrick (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 27.

¹⁸⁶S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, La Haya, M. Nijhoff, 1999, pp. 213–214 y 222.

hacia el desarrollo de la responsabilidad de éste;¹⁸⁷ en ninguna circunstancia –como se desprende de la presente opinión consultiva– encuéntrase el niño privado de su personalidad jurídica, con todas las consecuencias jurídicas de ahí resultantes.

55. A la luz de lo anteriormente expuesto, es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (véase *supra*), y que el niño (como titular de derechos) no es la excepción a esto. Frente a las limitaciones de la capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño –como la de todo ser humano– se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos –emanados directamente del derecho internacional– sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo –incluso del niño– de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales.¹⁸⁸

56. La experiencia de la aplicación de la *Convención europea de derechos humanos* provee ejemplos de casos concretos en que niños han efectivamente hecho uso del derecho de petición individual internacional bajo la *Convención*. Así, por ejemplo, los dos peticionarios en el caso *x y y versus Holanda* (1985)¹⁸⁹ ante la Corte Europea de Derechos Humanos fueron una niña (de 16 años de edad) y su padre (véase *infra*). Más recientemente, en los casos *Tanrikulu versus Turquía* (1999),¹⁹⁰ *Akdeniz y otros versus Turquía* (2001)¹⁹¹ y *Oneryildiz versus Turquía* (2002),¹⁹² adultos y niños figuraron como peticionarios conjuntamente en denuncias de violaciones del derecho a la vida.¹⁹³ En el caso *A versus Reino Unido* (1998),¹⁹⁴ actuó como peticionario un niño de nueve años de edad (véase *infra*).

57. De ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición debe, naturalmente, contar con un representante legal¹⁹⁵ si es legalmente incapaz.

¹⁸⁷Limitada en razón directa de su inmadurez y vulnerabilidad.

¹⁸⁸M. Pilotti, “Le recours des particuliers devant les juridictions internationales”, en *Grundprobleme des internationalen Rechts. Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, pp. 351–362; y S. Sfériadès, “Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, núm. 51, 1935, pp. 23–25 y 54–60.

¹⁸⁹Caso número 16/1983/72/110, originado de la petición número 8978/80.

¹⁹⁰Originado de la petición número 23763/94.

¹⁹¹Originado de la petición número 23954/94.

¹⁹²Originado de la petición número 48939/99.

¹⁹³Involucrando homicidios y desapariciones forzadas de personas.

¹⁹⁴Caso número 100/1997/884/1096, originado de la petición número 25559/94.

¹⁹⁵La Corte Europea de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque amplio y flexible de dicha representación legal, la cual se encuentra prevista en el artículo 36 de su reglamento vigente.

Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno. Tal como me permití señalar en mi supracitado voto concurrente en el caso Castillo Petruzzi y otros *versus* Perú (*Excepciones preliminares*, 1998) ante la Corte Interamericana, las condiciones para el ejercicio del derecho de petición individual internacional no coinciden necesariamente con los criterios de derecho interno relativos al *locus standi*, y hay toda una *jurisprudence* constante en claro apoyo a la autonomía del derecho de petición individual en el plano internacional *vis-à-vis* los conceptos y disposiciones del derecho interno (párrafos 21–22).

VIII. Los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección *erga omnes*

58. Las consideraciones anteriores me conducen a mi última línea de reflexiones, atinente al punto resolutivo número 9 de la presente *Opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, el cual dispone que:

Los Estados parte en la *Convención americana* tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

59. Al respecto, en su sentencia en el ya mencionado caso de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y otros *versus* Guatemala, del 19/11/1999), en que se estableció “un contexto de mucha violencia contra los niños y jóvenes que vivían en las calles” (párrafos 167 y 79), la Corte Interamericana señaló:

[...]la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la *Convención americana*, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.¹⁹⁶

60. Los avances en el presente contexto en el plano jurídico (véase *supra*) no nos pueden hacer olvidar el actual deterioro de las políticas sociales básicas en todas partes, agravando los problemas económico-sociales que tanto afectan a los niños y que transforman la necesidad de asegurarles el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida en una innegable cuestión de justicia.¹⁹⁷ Los problemas recurrentes y agravados que hoy día afectan a los niños (sumados a la tragedia de los niños refugiados, desplazados y apátridas, y de los

¹⁹⁶Corte Interamericana, serie c, número 63, p. 65, párrafo 146.

¹⁹⁷Véase en ese sentido, E. García Méndez, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en E. García Méndez y M. Belfo (eds.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998, pp. 9–28, especialmente p. 28.

niños involucrados en conflictos armados), advierten que continuamos lejos de su “protección integral”. Sin embargo, hay que perseverar en los esfuerzos en pro de la prevalencia del principio general del “interés superior del niño”, –recogido en el artículo 3 de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño* y evocado en la presente *Opinión consultiva* (párrafos 56-61) –el cual emana de su dignidad como seres humanos.

61. En el caso anteriormente mencionado, x y y *versus* Holanda (1985) ante la Corte Europea de Derechos Humanos, concerniente al abuso sexual en perjuicio de una niña de 16 años de edad y con discapacidad mental –con consecuencias traumáticas para la víctima directa, agravando sus disturbios mentales– la Corte Europea señaló que el concepto de “vida privada” (según el artículo 8 de la *Convención Europea*) abarcaba la integridad física y moral de la persona (incluida su vida sexual). En el caso en cuestión –agregó la corte– “valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada” estaban en duda y requerían la adopción de medidas positivas por parte del Estado para asegurar el respeto por la vida privada también en la esfera de las relaciones interindividuales. La corte concluyó que el Estado demandado había violado el artículo 8 de la *Convención*, por cuanto las disposiciones pertinentes del *Código penal* holandés¹⁹⁸ no aseguraban a la víctima una “protección práctica y eficaz”.¹⁹⁹
62. En otras palabras, la corte concluyó que Holanda violó el artículo 8 de la *Convención* por no proveer la protección legal contra abusos (en perjuicio de una niña) en las relaciones privadas o interindividuales. Estamos aquí ante el deber estatal de tomar medidas positivas de protección de los niños entre los demás individuos no sólo *vis-à-vis* las autoridades públicas, sino también en relación con otros individuos y actores no estatales. Es este un claro ejemplo de la obligación de proteger a los niños verdaderamente *erga omnes*.
63. En otros dos casos recientes, A *versus* Reino Unido (1998) y z y otros *versus* Reino Unido (2001), la Corte Europea afirmó la obligación del Estado demandado de tomar medidas positivas para proteger a los niños contra malos tratos, incluidos los infligidos por otros individuos (párrafos 22 y 73, respectivamente).²⁰⁰ Es precisamente en este ámbito privado donde frecuentemente se cometen abusos contra los niños ante la omisión del poder público –lo que requiere así una protección de los derechos humanos del niño *erga omnes*, o sea, incluso en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*).

¹⁹⁸ Artículos 248 y 239 (2) del referido *Código*.

¹⁹⁹ European Court of Human Rights, *case of x and y versus The Netherlands*, sentencia del 26/03/1985, serie A, número 91, pp. 11–14, especialmente párrafos 7–8, 22–23, 26–27 y 30.

²⁰⁰ Igual posición fue asumida por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso z, A, B y C *versus* Reino Unido (petición número 29392/95), interpuesto por dos niños y dos niñas (*Informe* del 10/09/1999, párrafo 93).

64. Es este un contexto en que, definitivamente, asumen especial relevancia las obligaciones de protección *erga omnes*. El fundamento para el ejercicio de dicha protección se encuentra en la propia *Convención americana sobre derechos humanos*. La obligación general que estipula en su artículo 1.1 de respetar y hacer respetar los derechos consagrados –incluso los derechos del niño, como se estipula en el artículo 19–²⁰¹ requiere del Estado la adopción de medidas positivas de protección (incluso para resguardar el papel preponderante de la familia, previsto en el artículo 17 de la *Convención*, en la protección del niño –párrafo 88) aplicables *erga omnes*. De ese modo, el artículo 19 de la *Convención* se reviste de una dimensión más amplia, protegiendo a los niños también en las relaciones interindividuales.
65. La presente *Opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño* ofrece un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La *Opinión consultiva* afirma categóricamente el deber general de los Estados parte en la *Convención americana*, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos –obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con “actuaciones de terceros particulares” (párrafo 87).
66. En un tiempo en que lamentablemente se diversifican las fuentes de violaciones de los derechos de la persona humana, el entendimiento de la corte no podría ser diferente. Es esta la interpretación que se impone en conformidad con la letra y el espíritu de la *Convención americana* y que es capaz de contribuir a la realización de su objeto y fin. Al igual que la corte sostuvo en su reciente *Resolución sobre medidas provisionales de protección* (del 18/06/2002) en beneficio de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (Colombia), y de las personas que prestan servicios a ésta, en la presente *Opinión consultiva número 17* la corte vuelve a subrayar, correctamente, que la protección de los derechos de la persona humana se aplica *erga omnes*.
67. Es éste un imperativo de *ordre public* internacional que implica el reconocimiento de que los derechos humanos constituyen el fundamento básico del ordenamiento jurídico. Y los valores, que les son siempre subyacentes –además de perfectamente identificables–,²⁰²

²⁰¹ Durante los trabajos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, noviembre de 1969), esta disposición (del artículo 19) fue insertada en la *Convención americana sobre derechos humanos* sin mayores dificultades; véase OEA, *Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. Actas y documentos* (San José de Costa Rica, 07–22.11.1969), documento OEA/Ser. K/XVI/1.2, pp. 20–21, 232, 300 y 445.

²⁰² A lo largo de la parte operativa de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, pero explicitados sobre todo en sus preámbulos, que tienden a invocar los ideales que inspiraron dichos tratados e instrumentos, o a enunciar sus fundamentos o principios generales. N. Bobbio, “Il Preambolo della *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*”, *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 57, 1974, pp. 437–440.

cuidan de darles expresión concreta. No hay que olvidar, por ejemplo, que ya el preámbulo de la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948 invocaba la “conciencia de la humanidad”; y, una década después, el preámbulo de la *Declaración de los derechos del niño* de 1959 advertía con toda propiedad que “la humanidad debe al niño lo mejor que pueda a darle”.

68. En suma, en el dominio del derecho internacional de los derechos humanos, movido por consideraciones de *ordre public* internacional, estamos ante valores comunes y superiores, verdaderamente fundamentales e irreductibles, captados por la conciencia humana. Esta última encuéntrase siempre presente, y ha acompañado e impulsado toda la evolución del *jus gentium*, del cual –tengo la plena convicción– es la fuente material por excelencia.

69. Al concluir este voto concurrente permítome retornar a mi punto de partida. Todos vivimos en el tiempo. Cada uno vive en su tiempo, que debe ser respetado por los demás. Importa que cada uno viva en su tiempo, en armonía con el tiempo de los demás. El niño vive en el minuto, el adolescente vive en el día y el adulto, ya “impregnado de historia”,²⁰³ vive en la época; los que ya partieron viven en la memoria de los que quedan y en la eternidad. Cada uno vive en su tiempo, pero todos los seres humanos son iguales en derechos.

70. Desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana hay que afirmar los derechos humanos de los niños (y no los llamados “derechos de la niñez o infancia”) a partir de su condición jurídica de verdaderos sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica internacional; hay que, además, desarrollar todas las potencialidades de su capacidad jurídica. Siempre he sostenido que el derecho internacional de los derechos humanos alcanzará su plenitud el día en que se consolide en definitiva el reconocimiento no sólo de la personalidad, sino también de la capacidad jurídica internacional de la persona humana, como titular de derechos inalienables en todas y cualesquiera circunstancias. En el *jus gentium* de nuestros días la importancia de la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del individuo, independientemente de su tiempo existencial, es mucho mayor de lo que pueda uno *prima facie* suponer.

71. En efecto, como el derecho reconoce ineluctablemente la personalidad jurídica a todo ser humano (sea un niño, un anciano, una persona con discapacidad, un apátrida o cualquier otro), independientemente de su condición existencial o de su capacidad jurídica para ejercer sus derechos por sí mismo (capacidad de ejercicio), podemos, de ese modo, visualizar un verdadero derecho al derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (en

²⁰³ En la feliz caracterización de Bertrand Russell, *A última oportunidad do homem*, Lisboa, Guimarães Ed., 2001, p. 205.

los planos tanto interno como internacional) que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana.²⁰⁴ El reconocimiento y la consolidación de la posición del ser humano como sujeto pleno del derecho internacional de los derechos humanos constituye, en nuestros días, una manifestación inequívoca y elocuente de los avances del proceso en curso de humanización del propio derecho internacional (*jus gentium*), al cual tenemos el deber de contribuir, tal como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la presente *Opinión consultiva número 17 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

²⁰⁴ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, volumen III, Porto Alegre, Brasil, Fabris Ed., 2002, capítulo xx.

**Voto concurrente razonado del juez
Sergio García Ramírez
a la *Opinión consultiva* OC-17,
sobre la “condición jurídica
y derechos humanos del niño”
del 28 de agosto de 2002**

1. - En la solicitud de opinión consultiva recibida y atendida por la corte –OC-17/2002, sobre la “condición jurídica y derechos humanos del niño” – a la que se agrega este voto concurrente razonado, se refleja, entre otras cuestiones, la preocupación por identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado para actuar en relación con los niños en ciertos supuestos de suma importancia. Éstos deben ser cuidadosamente deslindados: a) la realización de una conducta, activa u omisa, que se halle legalmente prevista como delictuosa, es decir, que sea penalmente típica, y b) una situación que no implique conducta típica alguna y que sugiera la necesidad de esa actuación en beneficio –real o supuesto– del menor de edad. Según cierta concepción, que no necesariamente comparto, pero que resulta expresiva para acotar estos supuestos, se hablaría del “menor delincuente” o de la “delincuencia infantil o juvenil” en el primer caso, y de “menor en situación irregular” o en “estado de peligro” en el segundo. Sobra decir que estas denominaciones tienen, hoy día, una elevada “carga desfavorable”, o por lo menos controvertible. El gran debate comienza –o termina– en el empleo mismo de dichas expresiones.
2. - No es ocioso señalar que la frontera entre esos supuestos debe subordinarse a la naturaleza de los hechos o las situaciones correspondientes a cada uno desde la perspectiva de los bienes reconocidos y tutelados por el orden jurídico –en mi concepto, desde el plano mismo de la *Constitución* nacional– y de la gravedad de la lesión que se cause a éstos o del peligro en que se les coloque. En una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites de cada hipótesis conforme a su naturaleza, y establecer en consecuencia la regulación que corresponda. No es aceptable que la ubicación de una conducta en alguna de las categorías mencionadas dependa sólo del libre arbitrio del órgano legislativo sin tomar en cuenta los principios y las decisiones constitucionales que gobiernan la tarea del legislador a la hora de “seleccionar” las conductas que deben ser consideradas delictuosas, así como las consecuencias jurídicas correspondientes.

3. - En este voto, como en la misma *Opinión consultiva* OC-17, se utilizan indistintamente las voces “niño” y “menor” en su sentido más estricto (párrafo 39) y al mismo tiempo más distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa. El idioma es un sistema de claves. Debo establecer el alcance de las que ahora empleo adhiriéndome al uso que de ellas ha hecho la corte en esta *Opinión consultiva*, para colocarlas por encima o fuera –como se prefiera– de un debate que a veces aporta más sombras que luces. La palabra “menor”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno –o amplio– ejercicio de sus derechos y sus correspondientes deberes y responsabilidades; regularmente en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o incluso antes) y la capacidad de su ejercicio (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra “niño” ha poseído, en principio, un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con “adolescente”, “joven”, “adulto” o “anciano”.
4. - El concepto “niño” coincide con el de “menor de edad” cuando uno y otro se *juridizan*, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de derecho. La *Convención sobre los derechos del niño* de Naciones Unidas, abundantemente invocada en la presente *Opinión consultiva*, considera que es niño la persona menor de 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1, párrafo 42). Esto confiere un sentido jurídico preciso a la palabra “niño”, y en tal virtud coloca a este concepto –y a este sujeto– como punto de referencia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. Huelga decir que la palabra “niño” abarca aquí al adolescente, porque así resulta de esa *Convención* tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma. La propia Corte Interamericana declara el alcance que tienen las voces “niño” y “menor de edad” para los efectos de la *Opinión consultiva*. Se me excusará, en consecuencia, por no utilizar a cada paso la relación exuberante: niño, niña y adolescente (que pudiera ampliarse si también se distingue “el” adolescente de “la” adolescente).
5. - Ni en la declaración de la corte ni en los párrafos considerativos o en las opiniones específicas que figuran al final de la *OC-17* aparece deslindar alguno que conduzca a establecer distinciones a partir o en relación con el discernimiento o la llamada presunción sobre la capacidad (o incapacidad) de dolo; distinciones que crearían, a su turno, nuevos subconjuntos dentro del gran conjunto de los niños. Se entiende, pues, que 18 años son una frontera precisa entre dos edades que traen consigo dos estatutos característicos en el ámbito que aborda este voto: una, la correspondiente a quienes se hallan fuera del ámbito de validez subjetiva de las normas penales ordinarias, y otra, la de quienes se encuentran sujetos a éstas.

6. - Cuando la *Opinión consultiva* se refiere a determinado trato para los niños o menores de edad y lo distingue de otro relativo a los adultos o mayores de edad supone –en mi concepto– que el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores (párrafo 109). Esto no obsta, desde luego, para que: a) existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (derechos humanos, garantías), sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o, incluso, necesarias; y b) existan, en el ámbito de los menores, diferencias derivadas del distinto desarrollo que existe entre los individuos menores de 18 años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con ocho o diez años de edad y quien ha alcanzado 16 o 17. Por cierto, también existen diferencias –que no pretendo examinar ahora– en el otro conjunto, el de los adultos, por motivos diversos; el ejemplo más evidente es el de quienes se hallan privados de la razón.
7. - Evidentemente, las cuestiones que mencioné en el párrafo 1, *supra*, interesarían también si se tratara de un adulto o “mayor de edad”, y de hecho han determinado algunos de los más prolongados, intensos e importantes desarrollos vinculados con la democracia, el Estado de derecho, las libertades, los derechos humanos y las garantías. Estos temas –con sus correspondientes valores– entran en la escena cuando se enfrenta el poder público con el individuo “delincuente”, por una parte, o “marginal o desvalido”, por la otra. En este enfrentamiento, tan antiguo como dramático, quedan en peligro los derechos individuales más relevantes –vida, libertad, integridad, patrimonio– y se elevan los más impresionantes argumentos, no necesariamente justificados o persuasivos, para legitimar la actuación del Estado, así como las características y objetivos (confesados o inconfesables) de ésta.
8. - Ahora bien, el asunto se complica cuando, además de la delicadeza que éste reviste en función de la materia –irregularidad, extravagancia, marginalidad, peligrosidad, delito–, vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o que no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (párrafo 10). Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen –en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones– de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, *ope legis*, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo.
9. - En el sistema penal del pasado distante los mayores y los menores estuvieron sometidos a reglas semejantes, cuando no idénticas, aliviadas en el caso de los segundos por una benevolencia dictada por el sentimiento de humanidad o sustentada en la falta o disminución del discernimiento (sujeta a prueba, porque *malitia supplet aetatem*). Las diferentes edades

del sujeto pudieron establecer también distintos grados de vinculación con la justicia penal y sus consecuencias características. La minoridad extrema –hasta siete o nueve años, por ejemplo– pudo excluir de plano el acceso a la justicia penal, aunque no a toda justicia del Estado. Una edad más avanzada, pero todavía no juvenil, moderó las consecuencias de la conducta delictuosa o relativizó la intervención de la justicia penal en función del discernimiento que podía tener el sujeto para apreciar y gobernar su conducta. Finalmente, el cumplimiento de otra edad –la juvenil: entre 16 y 21 años– hizo al sujeto plenamente responsable de su conducta, y por lo tanto susceptible de enjuiciamiento y condena penales. En la realidad de la “vida penal” las cosas no siempre ocurrieron como lo querían la ley o la cordura: sobran relatos –desde forenses y criminológicos hasta literarios– sobre la confusa reclusión de niños, adolescentes, jóvenes y adultos en los mismos depósitos de personas.

10. En algo más que el último siglo se abrió paso la idea de trazar un deslinde terminante entre quienes serían menores y quedarían sujetos a una jurisdicción o a una acción semipaterna por parte del Estado, y quienes serían mayores –capaces de derecho penal– y quedarían sujetos a la justicia penal ordinaria. Se dijo entonces que la imputabilidad penal comenzaría en la edad límite, y que por debajo de ella existiría una inimputabilidad absoluta, por determinación de la ley. Esta certeza se resumió en una expresión centenaria: *“L'enfant est sorti du Droit pénal”*.²⁰⁵
11. No me extendiendo en este momento sobre la pertinencia o no de hablar a este respecto, como es frecuente hacerlo, de “inimputabilidad”, o de utilizar otros conceptos que expliquen mejor la distinción entre mayores y menores para efectos del derecho penal. Si se considera, como lo hacen una acreditada doctrina y muchas leyes penales, que la imputabilidad es la capacidad de entender la licitud de la propia conducta y de conducirse conforme a ese entendimiento, se convendrá en que aquélla no es un tema de grupos, sino de personas; efectivamente, se es o no imputable en función de la capacidad aludida, que se tiene o no se tiene personalmente. La atribución de imputabilidad o inimputabilidad *ope legis* a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica –la única que existe– en el caso de cada uno de ellos.
12. En todo caso, el deslinde, que debió ser uniforme, no lo ha sido nunca: en diversos países prevalecieron distintas fronteras, que también hubo o hay en el interior de un mismo país con régimen federativo. La situación es particularmente diversa incluso entre países que

²⁰⁵ Garçon, en el Primer Congreso Nacional de Derecho Penal (*Rev. Pénitentiaire*, 1905), cit. en Renée Nillus, “La minorité pénale dans la législation et la doctrine du XIX siècle”, en VV. AA., *Le problème de l'enfance délinquante*, París, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Lib. du Recueil Sirey, 1947, p. 104.

poseen comunidad de valores jurídicos, como es el caso en Europa: la edad de responsabilidad penal es de siete años en Chipre, Irlanda, Suiza y Liechtenstein; ocho en Escocia; 13 en Francia; 14 en Alemania, Austria, Italia y varios Estados de Europa del Este; 15 en los países escandinavos; 16 en Portugal, Polonia y Andorra y 18 en España, Bélgica y Luxemburgo.²⁰⁶

13. La distribución de la población en esos dos grandes sectores, para fines de responsabilidad por conducta ilícita, implicó la creación o el desenvolvimiento de jurisdicciones *–lato sensu–* diferentes, órdenes jurídicos propios y procedimientos e instituciones diversos para cada uno. En el caso de los adultos, ese desarrollo coincidió con el auge del principio de legalidad penal y procesal, que dio origen a un régimen de garantías más o menos exigente. En el de los menores, en cambio, la extracción de la justicia penal tuvo como efecto el establecimiento de jurisdicciones “paternales o tutelares” fundadas en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad o la tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen. En la tradición anglosajona, la raíz de esta idea se halla en el régimen de *parens patriae*,²⁰⁷ que entronca con el principio de *the king as father of the realm*.
14. La evolución y adaptación de esta forma de enfrentar el tema de los jóvenes infractores guarda relación con la idea del “Estado social”, dotado de amplias atribuciones para asumir tareas económicas, sociales, educativas o culturales. El mismo impulso de intervención y el inicio de funciones, que antes correspondieron solamente a otras instancias –aduciendo para ello razones atendibles y correspondiendo a realidades apremiantes–, anima en cierta medida el avance del Estado sobre los espacios de la paternidad y la tutela. Si los padres o tutores pueden resolver con gran libertad sobre el desarrollo de sus hijos, adoptando incluso medidas de autoridad que no serían aplicables a un adulto fuera de un procedimiento judicial, el “Estado padre o tutor” podría hacer otro tanto, poniendo de lado, por ello, las formalidades y garantías del derecho ordinario: desde la legalidad en la definición de las conductas que motivan la intervención y la naturaleza y duración de las medidas correspondientes, hasta el procedimiento para adoptar decisiones y ejecutarlas.
15. La legislación y la jurisprudencia nacionales, apoyadas por una doctrina que en su tiempo pareció innovadora, afirmaron en diversos países la posición paternalista del poder público. En Estados Unidos estas ideas se instalaron a partir de una resolución de la Suprema Corte de Pennsylvania de 1838: *Ex parte crouse*. En México, casi 100 años después, una conocida sentencia de la Suprema Corte de Justicia, dictada en el juicio de amparo de Ezequiel Castañeda en contra de actos del Tribunal de Menores y de la ley

²⁰⁶ Véase Eur. Court of H. R., *Case of T. versus The United Kingdom, Judgement of 16 December 1999*, párrafo 48.

²⁰⁷ Véase Joseph J. Senna y Larry J. Siegel, *Introduction to Criminal Justice*, St. Paul, West Publishing Company, 1987, p. 535.

correspondiente, expuso el criterio tradicional: en la especie, el Estado no actúa “como autoridad, sino en el desempeño de una misión social y substituyéndose a los particulares encargados por la ley y por la tradición jurídica de la civilización occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores”.²⁰⁸ Así se definió el rumbo que seguiría esta materia, de manera más o menos pacífica, en muchos años por venir. Tomando en cuenta el relevo paterno y tutelar que explicó y justificó, desde el plano jurídico, la actuación del Estado, así como el propósito asignado a la intervención del aquél en estos asuntos, que coincidía aproximadamente con el designio correccional o recuperador que campeaba en el caso de los adultos, esta forma de actuar y la corriente que la sustenta recibieron una denominación que ha llegado hasta nuestro tiempo: “tutelar”.

16. La idea tutelar, entendida como se indica en los párrafos precedentes, representó en su momento un interesante progreso con respecto al régimen que anteriormente prevalecía. En efecto, quiso retirar a los menores de edad, y efectivamente lo hizo, del espacio en el que se desenvuelve la justicia para adultos delincuentes. Al entender que el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor *sui generis*, pretendió excluirlo del mundo de los delincuentes ordinarios. También advirtió el enorme peso que el aparato de la justicia puede ejercer sobre el menor de edad, y supuso preferible instituir unos procedimientos y organizar unos organismos carentes de la “figura y el estrépito” de la justicia ordinaria, cuyos resultados no habían sido precisamente satisfactorios en el caso de los menores.
17. La entrega de los niños a este método para resolver sus “problemas de conducta”, entendidos como “problemas con la justicia”, trajo consigo diversas cuestiones difíciles que acrecentaron el creciente cuestionamiento y la propuesta de sustituirlo por un régimen diferente. En primer término, la extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado llevó a reunir en el mismo marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y los que no lo eran, incluidos ciertos conflictos domésticos cuya solución correspondía a los padres y se transfería, por incompetencia o comodidad de éstos, a los órganos correccionales del Estado. Esta confusión reunió en los mismos tribunales e instituciones a quienes habían cometido delitos calificados como graves y a quienes habían incurrido en “errores de conducta” más o menos leves, que debieron ser abordados bajo otra perspectiva. Por ello surgió la impugnación de la idea tutelar: “el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como ‘derecho tutelar’, ha sido puesto en duda con sobrados

²⁰⁸ “Ejecutoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo del amparo promovido a favor del menor Castañeda por su detención en el Tribunal de Menores”, en José Ángel Ceniceros y Luis Garrido, *La ley penal mexicana*, México, Editorial Botas, 1934, p. 323.

motivos hace algunos años y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etc.”²⁰⁹

18. Igualmente, la asunción estatal de las facultades de padres y tutores no sólo captó y capturó a los menores, sino también privó a los mayores, de manera fulminante, de algunos derechos del estatuto familiar. Además, la pretensión de excluir la figura y la forma del juicio ordinario, sumada a la noción de que el Estado no se halla en conflicto con el niño, sino que constituye el mayor garante del bienestar de éste —procedimientos sin litigio y, por ende, sin partes procesales—, condujo a minimizar la intervención del menor y de sus responsables legales en los actos del procedimiento, prescindir de algunos actos que en el derecho común integran el “debido proceso legal” y suprimir el sistema de garantías que son otros tantos controles del quehacer del Estado para moderar su fuerza y dominar su arbitrio en bien de la legalidad, que debe traducirse, en definitiva, como bien de la justicia.
19. Estos y otros problemas acarrearón, como señalé, una fuerte reacción que reclamó el retorno —o la evolución, si se prefiere decirlo de esta manera— a los métodos legales diferentes, que entrañan una suma relevante de garantías: ante todo, legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable. La erosión del antiguo sistema comenzó desde diversas trincheras. Una, muy relevante, fue la jurisprudencia: del mismo modo que ésta entronizó con fuerza la doctrina de *parens patria*, acudiría a demoler las soluciones entroncadas con ésta y a instituir un régimen nuevo y garantista. En los Estados Unidos, una famosa resolución de la Suprema Corte, del 15 de mayo de 1967, *In re Gault*,²¹⁰ imprimió un viraje en el sentido que luego predominaría, restituyendo a los menores ciertos derechos esenciales: conocimiento de los cargos, asistencia jurídica, interrogatorio a testigos, no autoincriminación, acceso al expediente e impugnación.²¹¹ La reacción dio origen a un sistema distinto, que se suele conocer con el expresivo nombre de “garantista”. Esta calificación denota el retorno de las garantías —esencialmente, derechos del menor, así como de sus padres— al régimen de los niños infractores.
20. En la realidad ha ocurrido que las crecientes oleadas de delincuencia —y dentro de éstas la delincuencia infantil o juvenil en “sociedades juveniles”, como son las de Latinoamérica—, que provocan reclamaciones también crecientes y explicables de la opinión pública, han desencadenado cambios legales e institucionales que parecen caracterizar una de las posiciones más importantes y significativas de la sociedad y del Estado en la hora actual.

²⁰⁹ “Documento de discusión para el Seminario de San José (del 11 al 15 de julio de 1983)”, redactado por el coordinador, profesor Eugenio R. Zaffaroni, en *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer informe)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, p. 94.

²¹⁰ *In re Gault*, 387 U.S. 9 (1967), dictada en el caso del adolescente —quince años de edad— Gerald Gault, a quien se inculpó —en unión con otro joven: Ronald Lewis— de realizar llamadas telefónicas obscenas.

²¹¹ Véase George F. Cole, *The American System of Criminal Justice*, Monterey, California, Brooks-Cole Publishing Company, 1983, p. 474.

Entre esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales: a él ingresan, con cada reducción de la edad, millones de personas que eran niños o menores en la víspera y devienen adultos por acuerdo del legislador. La transformación de los procedimientos en el ámbito de los menores ha traído consigo, evidentemente, la adopción de figuras características del proceso penal, conjuntamente con la cultura o la costumbre penales inherentes a ellas.

21. En la actualidad existe en muchos países, como se percibió claramente en el curso de los trabajos (escritos y expuestos en la audiencia pública del 21 de junio de 2002, párrafo 15) conducentes a la *Opinión consultiva* a la que corresponde este voto, un fuerte debate de escuelas, corrientes o conceptos: por una parte, el régimen tutelar, que se asocia con la llamada doctrina de la “situación irregular” –que “no significa otra cosa, se ha escrito, que legitimar una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”–²¹² y, por otra, el régimen garantista, que se vincula con la denominada doctrina de la “protección integral” –con la que “se hace referencia a una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”. Se transita, así, del “menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos”.²¹³ Ha surgido una gran polarización entre estas dos corrientes, cuyo encuentro –o desencuentro– apareja una suerte de dilema fundamental, que puede generar, en ocasiones, ciertos “fundamentalismos” con sus estilos peculiares. Ese dilema se plantea en términos muy sencillos: o sistema tutelar o sistema garantista.
22. Si se toma en cuenta que la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere (de ahí la expresión “tutela”), y que la orientación garantista tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías, sería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen a las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este voto y lo ha hecho, a mi juicio, la *Opinión consultiva*, que no se afilia a doctrina alguna.

²¹² Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Forum Pacis, 1994, p. 22.

²¹³ *Ibid.*, pp. 82–83.

23. ¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño —ante todo, un ser humano— es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?
24. Si eso es cierto, probablemente ha llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo. Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas —acertando o errando, y queriendo ahora superar los desaciertos o, mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento—, hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones. Las contradicciones reales —y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos— se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro orden.²¹⁴ A fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Ésta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina, su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra “tutela” su sentido genuino —como se habla de tutela del derecho o de tutela de los derechos humanos—, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el derecho de los menores infractores,²¹⁵ que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un derecho protector, no desposeedor de los derechos fundamentales.
25. Por una parte, la síntesis retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con necesidades específicas de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia *Convención americana*, en el *Protocolo de San Salvador* y en la *Convención sobre los derechos del niño*, que insisten en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así

²¹⁴ Véase el desarrollo de esta opinión en mi trabajo: “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, en *Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas*, col. “Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas”, UNAM, 1996, pp. 205–206.

²¹⁵ Como a Jescheck, cuando afirma que el derecho penal de jóvenes es una parte del derecho tutelar de menores. Véase *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, volumen I, pp. 15–16.

como en otros instrumentos convocados por la *Opinión consultiva: Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio* (párrafos 106–111). Y, por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia. En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá –puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección– de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro.

26. Por eso, en mi concepto, la *Opinión consultiva* de la Corte Interamericana evita “suscribir” alguna de las corrientes en juego, y opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración –convenientemente agrupadas, como lo señala la propia resolución, bajo conceptos amplios que se pueden proyectar sobre las hipótesis específicas– y exponer las opiniones correspondientes. De esta manera, el tribunal contribuye a alentar, atendiendo a los objetivos inherentes a una opinión de estas características, el desenvolvimiento del derecho nacional conforme a los principios que recoge y proyecta el derecho de gentes.
27. En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por situaciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto apareja igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar como lo hice *supra* –y en ello es enfática la *Opinión consultiva*– que todos los instrumentos internacionales relativos a los derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la “diferencia” entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas “especiales” con respecto a los niños. La idea misma de “especialidad” constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe –una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el derecho– y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad.
28. Es sobradamente sabido que en el proceso social –no público, no privado– se procura la igualdad de las partes por medios distintos de la simple, solemne e ineficaz proclamación de que todos los hombres son iguales ante los ojos de la ley. Es preciso introducir factores de compensación para conseguir, en la mejor medida posible, esa igualación. Lo ha sostenido expresamente la propia Corte Interamericana en su jurisprudencia, citada en esta

*Opinión consultiva*²¹⁶ (párrafos 47 y 97). Los procesos en que intervienen menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, coinciden en buena medida con los procesos de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales. En aquéllos se requiere la defensa “material” que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera.

29. Una forma extremosa del procedimiento sobre menores infractores excluyó de éste a los padres y tutores. Dicha exclusión en este ámbito –donde campeaba lo que algún ilustre procesalista denominó un procedimiento de “naturaleza tutelar-inquisitiva”²¹⁷ obedeció a la idea de que en el enjuiciamiento de menores no existía un auténtico litigio, porque coincidían los intereses del menor y de la sociedad. La pretensión de ambos era idéntica: el bienestar del niño. En términos actuales se diría: el interés superior del menor. Si ésta era la teoría, en la regulación concreta y en la práctica las cosas no funcionaban en esa dirección, y en todo caso se hallaban en predicamento tanto el derecho de los padres en relación con sus hijos, como los derechos de estos mismos, de carácter familiar y de otra naturaleza. Es indispensable, en consecuencia, aceptar que el menor no puede ser un extraño en su propio juicio, testigo y no protagonista de su causa, y que los padres o tutores también tienen derechos propios que hacer valer y por ello deben comparecer en el juicio, todos asistidos por un asesor, promotor o defensor que asuma la defensa con eficacia y plenitud.
30. Esta reivindicación procesal debe tomar nota, por otra parte, de ciertos hechos. En un caso, el niño no se encuentra calificado –piénsese, sobre todo, en los de edades más tempranas– para realizar una actuación personal como la que puede efectuar un adulto, avezado o por lo menos maduro (párrafo 101). Este rasgo del niño justiciable debe proyectarse sobre su actuación en el juicio y sobre la trascendencia de los actos que realiza –las declaraciones entre ellos, cuyos requisitos de admisibilidad y eficacia suele contemplar la propia ley procesal–; y no puede ser ignorado ni por la ley ni por el tribunal, so pretexto de igualdad de cuantos participan en el proceso, que al cabo ocasionaría los más grandes daños al interés jurídico del niño. Y, en otro caso, es posible –habida cuenta, sobre todo, de las características de los conflictos que aquí se dirimen– que exista una

²¹⁶ Véase *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva* OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, serie A, número 16, párrafo 119. En sentido similar, asimismo véase, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva* OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, número 4, párrafo 57.

²¹⁷ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado, México, 1966, p. 245.

contradicción de intereses y hasta de posiciones entre los padres y el menor. No siempre es éste el terreno propicio para que se ejerza, en toda su natural amplitud, la representación legal que corresponde, en principio, a quienes ejercen patria potestad o tutela.

31. Las consideraciones que se hacen en estas hipótesis y en otras semejantes no debieran ser interpretadas como impedimentos para que el Estado actúe con eficacia y diligencia –e invariablemente con respeto a la legalidad– en las situaciones de urgencia que demanden una atención inmediata. El grave peligro en el que se encuentra una persona –y no solamente, como es obvio, un menor de edad– exige salir al paso del riesgo en forma pronta y expedita. Sería absurdo pretender que se apague un incendio sólo cuando exista orden judicial que autorice a intervenir en la propiedad privada sobre la que ocurre, o que se proteja a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte, sólo previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente.
32. El Estado tiene deberes de protección inmediata –previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia– de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la *incolumidad* de éstos –la familia, por ejemplo– no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, incluso, un evidente factor de peligro. Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo, ni difiere o suprime el juicio –o el procedimiento– correspondiente.
33. Considero indispensable subrayar –y celebro que lo haya hecho la OC-17/2002– una cuestión mayor para la reflexión sobre esta materia, que integra el telón de fondo para entender dónde se hallan las soluciones a muchos de los problemas –no todos, obviamente– que en este orden nos aquejan. Si se mira la realidad de los menores llevados ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales y luego sujetos a medidas de protección en virtud de infracciones penales o de situaciones de otra naturaleza se observará, en la inmensa mayoría de los casos, que carecen de hogar integrado, de medios de subsistencia, de acceso verdadero a la educación y al cuidado de la salud, de recreación adecuada; en suma, no cuentan ni han contado nunca con condiciones y expectativas razonables de vida digna (párrafo 86). Generalmente son éstos –y no los mejor provistos– quienes llegan a las barandillas de la policía, por diversos cargos, o sufren la violación de algunos de sus derechos más esenciales: la vida misma, como se ha visto en la experiencia judicial de la Corte Interamericana.
34. En estos casos, que corresponden a un enorme número de niños, no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos eco-

nómicos, sociales y culturales, cuya *progresividad* no ha permitido abarcar, hasta hoy, a millones y millones de seres humanos que, en plena infancia, distan mucho de contar con los satisfactores que esas declaraciones y esas normas –pendientes de cumplimiento– prometen formalmente. A esto se ha referido la corte en el Caso Villagrán Morales, que se cita en la presente *Opinión consultiva* (párrafo 80), cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, contenidas en el artículo 4 de la *Convención americana*, sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores.²¹⁸

35. En este extremo cobra presencia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles, mutuamente complementarios y condicionados. Está bien que se organicen los procedimientos en forma tal que los niños cuenten con todos los medios de asistencia y defensa que integran el debido proceso legal, y está bien, asimismo, que no se les extraiga injustificadamente del medio familiar –si cuentan con él–, pero nada de esto absuelve de construir las circunstancias que permitan a los menores el buen curso de su existencia, en todo el horizonte que corresponde a cada vida humana, y no solamente en las situaciones –que debieran ser excepcionales– en que algunos menores afrontan “problemas con la justicia”. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención.²¹⁹ No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre los derechos civiles y políticos –o sólo algunos de ellos, entre los más visibles– y desatención acerca de los otros.

36. La OC-17 acierta, a mi juicio, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto subraya la obligación de los Estados, que se plantea –por lo que toca al plano americano– desde la *Carta de Bogotá* conforme al *Protocolo de Buenos Aires*, de adoptar medidas que permitan proveer a las personas de satisfactores en múltiples vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. En efecto, no bastaría con atribuir deberes a los Estados si no se reconocen, en contrapartida, los derechos que asisten a los individuos: de esta suerte se integra la bilateralidad característica del orden jurídico. En este ámbito ha ocurrido una evolución de conceptos semejante a la que campea en el sistema interno: si las constitucio-

²¹⁸ Véase Caso de los “niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros*), sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie c, número 63, párrafo 144.

²¹⁹ En los términos de los *Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (junio de 1986), “en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales” (principio 3).

nes tienen, como ahora se proclama, carácter normativo –son, en este sentido, genuina “ley suprema”, “ley de leyes”–, también los tratados poseen ese carácter, y en tal virtud atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos. Entre estos últimos se localizan, por lo que hace al tema que aquí me ocupa, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

Sergio García Ramírez
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario