

Opinión Consultiva OC-17/2002

de 28 de agosto de 2002,

solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

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 Convención constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados" en relación a 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

[e]n 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 asumirse 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 menoscabados 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 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 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 presumida 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, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al 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, etc.) 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 decisor 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 considerárselos 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[; y]
- e. [l]a 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 de 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"), transmitió el texto de la consulta a los Estados Miembros 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 ONG's que trabaja con la Niñez y la Adolescencia (en adelante "CODENI");

- el Instituto Universitario de Derechos Humanos, A.C. de México; y

- la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C. de México.

10. Por Resolución de 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 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:

- Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (en adelante "ILANUD");

- o Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante "CEJIL");
- y
- o 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, A.C. de México:

María Engracia del
Carmen Rodríguez
Moreleón;
Enoc Escobar
Ramos;
María Cristina
Alcayaga Núñez; y
Silvia Oliva de
Arce.

por la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C. de México:

Dilcy Samantha García Espinosa de los Monteros.

por el Centro de la Justicia y el Derecho Internacional:

Juan Carlos Gutiérrez;
Lugely 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 podrían 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 Período Ordinario de Sesiones, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 2002. Los Estados de México, la Comisión, CEJIL y la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C. de México presentaron sus observaciones dentro del 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:

*Instituto Interamericano del Niño:
En su escrito de 7 de agosto de
2001 expresó:*

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 al reparo a la víctima y reeducación del menor de edad infractor a 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. La 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 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, contraría 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:** 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 las 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 a 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 como "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. Se pudo determinar, a través de un estudio del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (en adelante "ILANUD"), que el perfil del niño infractor se conforma con los siguientes datos: sexo masculino, retraso escolar de 4 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 son inimputables 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 socio-educativas. 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 sancionatorio 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 la inimputabilidad de los menores de 18 años-, y las medidas adoptadas pueden ser recurridas por los mismos niños. El Estado debe adoptar sobre estas personas una política rehabilitatoria, 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), resguarde 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 socio-educativo 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 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 dentro del debido proceso deben respetarse en tres momentos: i. al momento de la detención, la cual debe sustentarse en una orden judicial, salvo 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 (principios 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. Esta debe ser supervisada por el órgano competente. En caso de privación de libertad, se debe acatar la prohibición de recluir a niños en establecimientos para adultos, y en general, 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 dentro de 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:

a. 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 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, protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, y 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 dentro del 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 deben 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 del Patronato Nacional de la Infancia, en primera instancia, y contempla la posibilidad de que las decisiones de éste sean recurridas 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 a 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 [puede 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 vulneraría 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 artículo 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".

b. Sobre la Convención sobre los Derechos de Niño:

A 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".

c. 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 les 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.

d. 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 orientados 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 así 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 [e]stos [derechos es un niño, un joven o un adulto]". En consecuencia, las medidas que plantea la Comisión Interamericana en su escrito de consulta "estarían relacionad[as] 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 segundo 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 al 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. 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 abarcados 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 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 período 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: presunción de inocencia, obligación de la autoridad de dar aviso a los representantes del niño de cualquier actuación que se adopte para o contra éste, derecho a ser asistido legalmente y 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 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 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 adquiere 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 En sus intervenciones escritas y orales, la Comisión de Derechos Humanos: 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 ochenta 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 impida 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, aquellos 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. Esta implica considerar al niño como sujeto pleno de derechos y reconocen 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 *ultima ratio*, y por ello es necesario preferir medidas de otra naturaleza, sin recurrir al sistema judicial, siempre que ello resulte adecuado; y b) es preciso considerar siempre el interés superior del niño lo cual implica reconocer que éste es sujeto de derechos. Este reconocimiento supone 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 antes jueces especializados.

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. Inclusive 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 inculpado de un delito, y el sujeto se encuentra en especial estado de vulnerabilidad, debe darse "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.

c. Derecho de defensa: incluye varios derechos: contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener 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 tomada en cuenta, de modo de considerar que lo que él o ella consideren respecto al problema de 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 y otras
Organizaciones en la materia,
A.C. de México:*

*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 fomentar 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, 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 peligros.

- 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 sobre la forma que se debe adoptar ese derecho ya que el menor no puede de manera ilimitada expresar su opinión, sino que se debe atender a las condiciones particulares de cada menor, en función de su edad y madurez".

Federación Coordinadora de ONG's 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 inimputabilidad 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 situación irregular".

La ley debe considerar, al momento de determinar las causas de la comisión de un hecho delictivo, el estudio "biopsicosocial" del sujeto implementado 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 [s]istema", 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, el no atender al victimario y el 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 el 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 roles de cada actor responsable. Es preciso aplicar medidas socio-educativas que permitan la resocialización del niño. La instancia administrativa vigilará el cumplimiento de esas medidas.

d) Principio 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 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 psicosociales que atiendan a los niños y la correlación de esta atención con la familia, constituyen obligaciones del Estado.

Fundación Rafael Preciado

Hernández, A.C, de México: En sus presentaciones escritas y orales:

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 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, los niños y los 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 de técnica, 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 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 el otro, la protección de la identidad de los niños y niñas para evitar su estigmatización.

a. 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 solo veía a los niños como objetos de protección y no como sujetos de derecho. Por lo tanto, aquéllos 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 les afecten, no sólo dentro del 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 miembros 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 inimputable 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.

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 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 considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad, consideró "que las garantías establecidas en el artículo 8 y 25 de la Convención Americana [...] constituyen un límite para los Estados Partes, 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 de Derecho Internacional y 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 partes cuando se recibe confesión o declaración a cualquier persona, y especialmente a los menores de edad. Aceptar estas medidas especiales 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 debido proceso.

Con relación a 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 el artículo 8 y 25 de la Convención Americana por lo que sí constituyen límites al arbitrio y discreción para los Estados Partes". 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 a la doble instancia, entre otros.

Por último, con relación a 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 opinión de la persona menor de edad, argumentó que ésta 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 partes "como 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 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 aplicado en la vía judicial o administrativa, de acuerdo a 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 "[c]ódigos omnicomprensivos, llamados códigos de la niñez que regulan todo tipo de las 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 sobrevivencia 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, inclusive en aquellos países en los cuales se ha adoptado una nueva legislación, existen una serie de deficiencias que resulta necesario corregir, como lo 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 lo 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 a 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 esté en 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, siendo "víctimas de un inmenso e imperdonable olvido" y "productos 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, el "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 Convención 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 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 suficiente 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 reunirlos, de ser el caso. En este sentido, se debe presumir que el permanecer con su familia o reunirse 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. Previo a tomarse esta decisión, es necesario escuchar el parecer de todas las partes interesadas. Asimismo, es obligación del Estado no sólo el abstenerse de tomar acciones que puedan resultar en la separación de la familia, sino que además debe adoptar aquellas 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 en 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 la condición de refugiado "no deben ser sancionados o expuestos 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 período 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 refugiado o asilado;
- 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, éstos criterios deben ser aún más restrictivos y, en consecuencia, como regla, los niños no debe 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 período 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 marginad[as] y vulnerables frente a los abusos". Asimismo, los niños se ven expuestos a ser repatriados forzadamente sin las condiciones de seguridad y garantías mínimas.

Asimismo, la existencia de niños sin nacionalidad hace que éstos se encuentran en una situación de desprotección en la esfera internacional, ya que no reciben los beneficios y derechos que los ciudadanos disfrutan 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 conculca 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 encuentra facultado a ejercer los mecanismos adecuados para su protección. Asimismo, los mecanismos sancionatorios 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 en brindar una adecuada protección a 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 infantil generan una profunda preocupación a 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 tendiente 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 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, a parte 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 manifiesta 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".

A. 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, bien 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 inimputabilidad se erige como "una limitación de la responsabilidad penal basada en la capacidad intelectual y volitiva", así como en otros factores relevantes que debe considerarse para la determinación de la imputabilidad.

El juicio de imputabilidad no debe significar discriminación alguna, ni procesos estigmatizantes contra los inimputables, 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

"inimputables" debe proceder de "una decisión sociopolítica y político-criminal, que reflejen 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 especiales necesidades que éstos tienen debe tomarse en cuenta al momento de otorgarle 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 ó 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 inimputable que "ha tenido obstáculos para participar igualitariamente 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 delante de acuerdo a 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 inimputabilidad del menor de edad respecto de su responsabilidad penal, tanto para fijar los límites en que inicia y termina esta causa de inimputabilidad, como para "el tiempo en el que se debe imponer el tratamiento resocializador 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 tenían

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 éstas medidas pretenden.

B. Garantías procesales:

Estas se refieren a todas aquellas garantías que deben respetarse por ser necesarias en cualquier situación judicial donde 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 aquellos procesos judiciales o administrativos en donde 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 niños y adolescentes, debe buscar preservarse la especialidad de los organismos encargados de esta tarea. Además, en materia penal, la autoridad deberá ser judicial, salvo cuando se presenta la figura de la "remisión" a sede administrativa, en casos en que sea lo mejor para las partes involucradas, especialmente, el niño o niña. Igualmente, debe brindarse la capacitación de las autoridades que resuelven los conflictos de los menores de edad, como un requisito fundamental del ejercicio de sus funciones.

ii. Principio del contradictorio:

Resulta fundamental la determinación de las partes involucradas en un proceso, tanto como el 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, lo cual "no es sustituible por padres, psicólogos, 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, todas 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 trata 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, incluyendo al 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 (hábeas 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 han 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 garantías".

El reconocimiento efectivo de los derechos de los niños hace necesario un gran movimiento social y cultural, más que "un marco legislativo adecuado", en donde diversos agentes tienen un papel fundamental: la sociedad civil, en tanto 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 infiere el artículo 19 de la Convención Americana [...] a la luz del interés superior del niño, así como los demás tratados ratificados en la materia"; los órganos del sistema interamericano, el reto de ampliar el reconocimiento y exigir el cumplimiento a los Estados partes 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 las 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, pero 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 este solo ahonda en la presencia de irregularidades, siendo del todo contrario 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 esta 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 de niño deben estar enmarcadas dentro de 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 esta debe ser una medida de ultima instancia que en todo caso deberá ser adoptada con el pleno 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 el 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 actitud de adulto y que, por ende, todo aquel que se ubique por debajo de este rango ha de ser considerado como niño, niña o adolescente lo que implica la aplicación del total de las

garantías y derechos consagrados para los mismos, realizando desde este punto, que todo menor de 18 años esta incapacitado para decidir adecuadamente, lo que implica una mayor atención por parte del Estado y la familia en la orientación el apoyo y el 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 dentro de los principios de protección y satisfacción de necesidades de los infantes. Criterios estos que *per se* hacen descartar 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 las respectivas garantías, que busque primordialmente la educación de los mismos y que se sustraiga completamente del derecho penal. Evitándose al máximo la privación de la libertad buscando 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.

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, que establece:

[l]os Estados miembros 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

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 al 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 considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones 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 trascienden los aspectos meramente formales y que se reflejan en los límites genéricos que el Tribunal ha reconocido al ejercicio de su función consultiva. 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 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, 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 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. Asimismo, este Tribunal ha establecido que la interpretación debe atender a "la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales", 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", aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección, y que

no existe ninguna razón para excluir, 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 partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste.

23. La Corte ha tenido oportunidad de referirse específicamente a la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento a 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".

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 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.

25. Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer instrumento internacional relativo a aquéllos fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia. En ésta 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. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, 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), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990). 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 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").

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 darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a 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 miembros de la Organización de Estados Americanos. El gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris*

communis) favorable a 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 constitucional como ordinaria, 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'".

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".

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, se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, se obtenga prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte en el marco de un caso contencioso. 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.

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. En este ámbito, el Tribunal cumple con su función consultiva. La Corte ha sostenido en diversas ocasiones la distinción entre sus competencias consultiva y contenciosa, al señalar que

[l]a 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 Miembros de la O.E.A. 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 Miembros", 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.

34. Al afirmar su competencia sobre este asunto, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, 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' y de

ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.

35. La Corte considera que el señalamiento de algunos ejemplos sirve al propósito de referirse a un contexto particular e ilustrar las distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la presente Opinión Consultiva de que se trate, sin que por esto implique que el Tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la situación planteada en dichos ejemplos. 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. La Corte al abordar el tema actúa 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.

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, la de 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 dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

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". En las Reglas de Tokio no se establece salvedad alguna al límite de dieciocho 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 jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, 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.

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 como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es, *per se*, incompatible con ésta.

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 Partes, 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".

45. En una opinión consultiva, la Corte hizo notar que

[I]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.

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 puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana". 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". Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraría 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 en que se encuentran.

47. Asimismo, este Tribunal estableció que:

[n]o 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 humana (*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".

49. En este punto, procede recordar que el artículo 2 la Convención sobre los Derechos del Niño dispone:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

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

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 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. 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. 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".

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.

53. La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos 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.

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 proscrito 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 aquella.

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, 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. (El subrayado no es del texto original)

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. (El subrayado no es del texto original) [...]

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. 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 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 hallan el niño.

viii) Deberes de la familia, la sociedad y el Estado

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 punto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador manifiesta que

[t]odo 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 Partes 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 Partes 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 Partes 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 Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del 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, "[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad", con derecho a "la protección de la sociedad y el Estado", constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

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 duodécimo). Asimismo, el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éstas, 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), de 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 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. 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 reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio".

70. La Corte Interamericana ha abordado el punto desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos. A este respecto, el Tribunal estima que el término "familiares" debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.

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, V de la

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

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; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención. 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. Al respecto, la Directriz 14 de Riad ha establecido que

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

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. 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 sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor. 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 Partes 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.

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

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

81. El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a 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 Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994) 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 educación. [...] (principio 11)

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

[d] eben 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 niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades.

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

[t] oda 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 fortaleciera el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidos los relacionados con la población y el desarrollo.

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

85. En el principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) se estableció:

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. Dicha obligación general impone a los Estados Partes 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. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación 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. En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación. 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 rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.

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 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".

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; 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.

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 proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, 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".

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 aquéllas.

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 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.

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

[p]ara 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 tribunales y a 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 esos medios de compensación, ampliamente reconocidos 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).

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

Participación del niño

99. Dentro de 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 adecuadas previsiones sobre este punto, 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 Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

100. Bajo esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la Observación General 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, 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".

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 aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su

interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio 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 decisorios 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 resocializar 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, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad.

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 sancionatorias– 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 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), que obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presuma 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". Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños.

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 aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como 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 se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, 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 patrones de conducta generalmente aceptados, 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 incurren 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 a 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 de 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 al 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 irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como 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.

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.

117. Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo (*supra* 103).

118. A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo

parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37 y 40.

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 las niños a quienes se acuse o declare culpable 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, 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. A este respecto, la Regla No. 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

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, que manifiesta:

v) Si se considerare que [el niño] 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 [...] .

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 *hábeas corpus*, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en la situación de excepción

123. Asimismo las Reglas de Beijing han situado 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, y

[...]

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 Partes 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 a la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas

sustitutorias. 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".

128. Dentro del 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 o mediante representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros.

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". Asimismo, el Consejo de Europa ordenó a los Estados Partes revisar y cambiar la legislación con el objeto de hacer respetar la privacidad del niño. En un sentido similar la Regla 8.1 de Beijing establece que debe respetarse la privacidad del joven en todas las etapas del proceso.

Justicia alternativa

135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la "judicialización" 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 Partes 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:

[...]

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 OPINION

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 como 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 Partes 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 Partes 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 inter-individuales 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 de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.
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, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren 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 Cançado Trindade y García Ramírez, 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.