

ELIZABETH SALMÓN

**LOS DERECHOS
DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS
EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS:**

ESTÁNDARES EN TORNO
A SU PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

ESTÁNDARES EN TORNO A SU PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier medio, sin permiso expreso por escrito de los editores.

Los autores son responsables de la selección y presentación de los hechos contenidos en este Libro, así como de las opiniones expresadas.

Elaboración de contenidos :

Colaboración de :

Corrección y Estilo :

Annie Gaime Le Vexier viuda de Ordóñez

Supervisión y Revisión :

Horst Schönbohm - AP GTZ

Tiraje :

1,000 ejemplares - Primera Edición, Febrero 2010

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú :

Nº.

ISBN: Nº.

Impreso por :

Edición y revisión de contenidos :

© Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ

por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo - BMZ

Programa "Gobernabilidad e Inclusión"

Proyecto "Apoyo a la Consolidación de la Reforma Procesal Penal y de la Administración de la Justicia en el Perú" - RPP F2

Pasaje Bernardo Alcedo No. 150 - Piso 5 - El Olivar - San Isidro - Lima 0027

Teléfono : + 51 (1) 421-1333 Fax : + 51 (1) 421-4540

Web : www.gtz-gobernabilidad.org.pe

Estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas, niños y derechos económicos, sociales y culturales

Introducción general

El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos en particular, y el Derecho Internacional de los derechos humanos, en general, comparten con el resto del Derecho Internacional la necesidad de que los ordenamientos jurídicos estatales sean propicios y se encuentren preparados para asegurar el cumplimiento efectivo de sus normas y pronunciamientos. En efecto, ser parte de los tratados —y estar incluso sometido a la competencia de los órganos de vigilancia creados por éstos— no es suficiente, sino que es necesario que el Estado colabore con la adopción de mecanismos internos de aplicación que proporcionen el marco jurídico adecuado para el cumplimiento de las normas internacionales. En consecuencia, resulta necesario promover una cultura de cumplimiento de obligaciones internacionales que propicie, a su vez, una red de implementación uniforme que sirva para hacer efectivo el valor normativo y moral de las normas de derechos humanos.

Ciertamente, la relación fluida con el ordenamiento jurídico estatal es en realidad una necesidad común de todas las normas del Derecho Internacional, pero lo que afirmamos aquí es que en el caso de ramas conformadas mayoritariamente por disposiciones dirigidas a los individuos o que buscan proteger, mediante la acción estatal, los derechos de los individuos, resulta insuficiente que el Derecho Internacional se detenga en acciones *a posteriori* de mero incumplimiento y eventual demanda de responsabilidad internacional ante alguna instancia también internacional. Creemos, por el contrario, que el carácter singular, y en muchos casos imperativo, de sus disposiciones apunta a una eficacia preventiva.

Lo que se plantea, por tanto, es que el cumplimiento de estas normas requiere

la puesta en práctica de medidas nacionales de distinta naturaleza destinadas a asegurar que las normas internacionales tengan plena vigencia en el Derecho interno o, dicho en otros términos, que permitan que el ordenamiento nacional resulte conforme con los compromisos internacionales asumidos por los Estados. Consecuencia evidente de ello es el hecho de que los propios tratados de derechos humanos han consagrado expresamente la obligación de *respetar y garantizar*. En efecto, dicho deber de respetar es entendido como una obligación positiva en tanto que demanda la realización o adopción de ciertas medidas que hagan efectivo el cumplimiento del convenio que las contiene. Así lo ha señalado la Corte Interamericana:

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (...)

La obligación de garantizar (...) no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹.

Ahora bien, una condición necesaria para el efectivo cumplimiento de las obligaciones del Estado radica en el pleno conocimiento de los compromisos internacionales asumidos. Y no nos referimos solo a las normas contenidas en los tratados, sino también a la jurisprudencia producida por los órganos encargados de vigilar su cumplimiento. En este sentido, y en el caso del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha producido un verdadero acervo jurisprudencial que busca establecer la forma concreta en que se manifiesta el contenido de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los otros tratados que puede aplicar.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 166-167. En el ámbito de los órganos de control del sistema universal, los diversos Comités han emitido comentarios generales relativos a la obligación de respetar; uno de los más representativos es el del Comité de Derechos Humanos que ha tratado en dos oportunidades el contenido de esta obligación, desarrollando en extenso su significado. En su Comentario General N° 31, que sustituye al antiguo Comentario General N° 3, señala lo siguiente: *En el artículo 2 se dispone que los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, judiciales, administrativas y educativas, y demás medidas que sean apropiadas para cumplir con sus obligaciones jurídicas. El Comité considera importante que se difunda más el conocimiento que tengan del Pacto no solo los funcionarios públicos y los agentes estatales, sino también la población en general.*

Precisamente, el objetivo de este estudio radica en la identificación y el análisis de los principales estándares producidos por las casi tres décadas de jurisprudencia de la Corte Interamericana. Creemos que su conocimiento, estudio y difusión servirán al menos para la consecución de tres objetivos.

En primer lugar, constituyen una buena guía para prever los pronunciamientos futuros de la Corte y, con ello, evitar incurrir en responsabilidad internacional estatal.

En segundo lugar, se apunta a asegurar la eficacia preventiva de los tratados de derechos humanos. Los Estados, por lo tanto, pueden conocer y aplicar todas las manifestaciones de los derechos humanos en el contexto del ordenamiento jurídico nacional, evitando de esta forma que los individuos sometidos a su jurisdicción deban recurrir a instancias judiciales internacionales para conseguir una verdadera tutela judicial de sus derechos.

Finalmente, consideramos que la obligación de implementar y cumplir las obligaciones internacionales comprende necesariamente la actuación estatal (por ejemplo, a través de la judicatura nacional) preventiva, que busque tutelar efectivamente los derechos de los particulares en función del más alto paradigma posible. En este sentido, el ordenamiento jurídico peruano ha recogido, a través de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de 2004, el importante desarrollo que han experimentado las disposiciones internacionales sobre derechos humanos de las que el Perú es parte, conectándolas —de una manera dinámica— con las normas nacionales que protegen los derechos de las personas. Al obligarse internacionalmente con las normas convencionales que establecen un mecanismo de protección (regulación ideal desde el punto de vista del individuo que tendrá a su disposición la forma de hacer cumplir lo pactado por su Estado), el Estado peruano acepta un sistema de protección completo que implica tanto la enunciación del derecho como el medio de hacerlo efectivo. Cualquier interpretación de los mismos en la esfera interna debe, por lo tanto y en virtud de esta 4ª DFT y del artículo V, recurrir a todo este acervo internacional en la materia para contribuir a un mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Perú. De esta forma, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia producida por sus órganos de control resultan herramientas indispensables para la interpretación de las disposiciones nacionales en la materia, porque permiten al intérprete dotar de contenido y centrar el alcance y

sentido de estos derechos².

La presente publicación se centra en tres estándares particularmente novedosos de la jurisprudencia interamericana: la situación de los niños, de los pueblos indígenas y el tema de los derechos económicos, sociales y culturales. En todos éstos encontramos referentes actuales del trabajo de la Corte que ha pretendido, de esta forma, dar cabida a nuevos temas en su labor jurisprudencial anteriormente centrada en problemas como la desaparición forzada de personas, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y el siempre presente tema del debido proceso y el respeto de las garantías judiciales. No es que se haya producido una suerte de alejamiento de tales problemas, sino que la Corte intenta ampliar su ámbito de acción reflejando la situación política de la región, profundizando en la situación de la niñez y de la pobreza, de los derechos de los pueblos indígenas y en una lectura transversal de un tema no contemplado extensamente en el marco de sus competencias, cual es la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en una época de afirmación de la indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los derechos humanos. La investigación ha sido minuciosa, por lo que esperamos que el trabajo que aquí presentamos pueda contribuir a establecer una mejor comprensión y utilización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en última instancia, a una mejor aplicación de los derechos humanos en sede nacional.

El equipo de investigación ha estado compuesto por Michelle Reyes, abogada por la PUCP y máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, y por Cristina Blanco, egresada de la Facultad de Derecho de la PUCP y miembro del área académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, quien brindó su apoyo en la formulación de los detalles finales de la publicación. Deseo agradecer a las dos por su trabajo comprometido en este tema. También, por supuesto, a GTZ quien auspició el estudio y se encarga de la publicación de sus resultados.

Lima, octubre de 2009

² Lo mismo sucede en cualquier ámbito en que un Estado ha facultado a una institución para emitir pronunciamientos de obligatorio cumplimiento. Por ejemplo, la aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia o el caso de las Decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que en virtud del artículo 25 de la Carta revisten carácter obligatorio. Un estudio detallado sobre el tema se encuentra en SALMÓN, Elizabeth. “Los aspectos internacionales del nuevo Código Procesal Constitucional: una necesaria y prometedora coincidencia”. *Cathedra*, Revista de los estudiantes de Derecho de la UNMSM. Año 9, N° 12, 2005.

CONTENIDO

| | |
|---|----|
| Prologo | 11 |
| Introducción | 15 |
| 1. Definición del término “niño” | 16 |
| 2. Los niños y niñas como grupo vulnerable | 17 |
| 3. La protección de los niños y niñas en el Derecho Internacional: la evolución hacia la afirmación de la subjetividad internacional de los mismos | 24 |
| 4. Las medidas de protección y los principios aplicables a los derechos de los niños y niñas: el aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 34 |
| 4.1 El principio de no discriminación | 34 |
| 4.2 El principio de protección y las medidas especiales de protección | 38 |
| 4.3 El principio del interés superior del niño | 41 |
| 5. Algunos aportes de la Corte Interamericana en torno a determinados derechos de los niños y niñas | 44 |
| 5.1 El derecho a la vida de los niños y niñas | 44 |
| 5.2 El derecho de los niños y niñas a la identidad, y su relación con el derecho a la personalidad jurídica | 50 |
| 5.3 Los niños y las niñas privados de libertad | 54 |
| 5.4 El derecho a la educación de los niños y las niñas | 59 |
| 5.5 El derecho de los niños y niñas al debido proceso: el derecho a la participación y el derecho a ser oídos | 63 |
| 6. Conclusiones | 68 |
| Bibliografía | 70 |

PRÓLOGO

Han transcurrido más de cuarenta años desde que se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de la cual – entre otras cosas - se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979. En este tramo han aparecido, como suele ocurrir en la historia, luces y sombras en esta materia. Pero destaca, sin duda, lo avanzado en construir estándares en materia de derechos humanos que vienen teniendo creciente impacto y vigencia.

América Latina y el Perú han tenido mucho que ver con este desarrollo. Algunos consideran, incluso, que fue en nuestra región en donde nació a principios del siglo XVI el concepto de lo que hoy conocemos como “derechos humanos” cuando Bartolomé de las Casas puso énfasis en la igualdad de la raza humana. América Latina volvió a desempeñar un papel relevante cuando la redacción y aprobación hace 61 años de las dos declaraciones de derechos humanos, la universal y la americana.

Uno de los desarrollos jurídicos más importantes del siglo XX y lo que va del XXI viene siendo el del derecho internacional de los derechos humanos. Importantes instrumentos internacionales y mecanismos de protección se han puesto en funcionamiento, a nivel global y regional. Este impulso jurídico e institucional, sin embargo, no ha tenido un desarrollo paralelo unívoco y lineal en los procesos jurídicos e institucionales al interior de los países.

El extraordinario desarrollo de principios, normas, decisiones y organismos de protección en el plano internacional no se ha reflejado en progresos homogéneos en el ámbito interno. Por ello es que algunos señalan que si bien la universalización de los derechos humanos de la que nos habla Norberto Bobbio ha sido una etapa sustancial para la consolidación de la protección de

los derechos humanos¹, en la actualidad el desafío es el de la “nacionalización” de los derechos humanos como camino para hacerlos efectivos².

La Corte Interamericana ha ido enriqueciendo y afinando su producción jurisdiccional y ésta se va expresando con vigor en la realidad y, en especial, en la conducta de tribunales nacionales. El carácter vinculante de las sentencias de la Corte no está hoy en discusión y en lo esencial son acatadas por los Estados. Lo más notable, sin embargo, es que los tribunales nacionales vienen inspirándose de manera creciente en los criterios jurisprudenciales de la Corte. Espacio internacional que hoy sirve a los tribunales más relevantes de América Latina como inspiración de razonamiento jurisdiccional. Se multiplica, así, en centenares y, acaso, en miles de espacios judiciales nacionales la jurisprudencia de la Corte en casos que ésta jamás hubiera llegado a conocer.

En diversos temas esta rica interacción se viene expresando de manera viva. La protección de derechos de los pueblos indígenas del continente, tan excluidos y olvidados históricamente; la situación particular de nuestros niños y niñas; así como la tutela –aunque sea indirecta– de los derechos económicos, sociales y culturales, son muestra de esta especificidad en los resultados que va arrojando el sistema interamericano de derechos humanos.

No obstante, no es suficiente constatar estos desarrollos. Sin una conciencia lúcida de ellos no se puede seguir avanzando de manera fecunda. Se sabe bien que el asentamiento real y duradero de un orden respetuoso y garantista de los derechos humanos, incluso de aquellos más vulnerables, no se encuentra en modo alguno garantizado por el simple hecho de que existan compromisos internacionales y operen los órganos del sistema interamericano. Estos son instancias supletorias de las nacionales en las que, en particular, destacan los jueces.

Si bien los mecanismos del sistema interamericano están fijando lineamientos y estándares en temas como los mencionados, el papel protagónico central lo tienen los Estados. Y dentro de ellos, además de las autoridades políticas, los

jueces. Vale decir, los magistrados y magistradas que en cada uno de sus niveles tienen la relación cotidiana con la población. Garantes de los derechos humanos lo fueron siempre los jueces en primera línea, pero en ocasiones en un sentido meramente formal. Al acercarse a estándares internacionales y a criterios sustantivos que ponen por delante los derechos de la gente, los sistemas judiciales nacionales dinamizan y legitiman su papel y, con ello, el del Derecho como instancia revalorada.

Más allá de los jueces, un compromiso efectivo por parte de quienes tienen posiciones de autoridad en el continente puede dar grandes frutos. Adicionalmente, y en tanto la violación de derechos humanos está asociada –aunque no exclusivamente– a un conocimiento débil de las obligaciones asumidas, el cumplimiento de tal compromiso se ve reforzado por labores de investigación e información. En este sentido, la iniciativa de Elizabeth Salmón de realizar este estudio que aquí se presenta nace precisamente de esta preocupación, la misma que ha sido entusiastamente respaldada por la Agencia Alemana de Cooperación Técnica (GTZ).

Lo valioso de la presente publicación recae tanto en el minucioso trabajo de investigación realizado, como en el acercamiento riguroso a los temas que desarrolla. Tan provechoso resultado se explica por la vasta experiencia de la autora como docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y como directora académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica (Idehpucp), institución nacida del compromiso universitario con el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y la protección de los derechos humanos. Con ello, estamos ante un significativo aporte en la sistematización y comprensión de los estándares más recientes elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que llama a una respuesta jurisprudencial y normativa, pero también política de los estados sometidos americanos.

Diego García-Sayán

Presidente de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Lima, Febrero de 2010

¹ BOBBIO, Norberto. Presente y futuro de los derechos del hombre, en *El Problema de la Guerra y La Paz*, Ed. Gedisa, Buenos Aires, citado por ABREGÚ, Martín, Ob. Cit.

² ABREGÚ, Martín. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o Corte Interamericana) ha seguido una evolución interesante desde su primera sentencia de fondo relativa al caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras³. No obstante, se podría afirmar que el primer decenio de esta jurisprudencia se consagró casi exclusivamente a situaciones relativas a casos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, torturas, violaciones al debido proceso y otras violaciones del derecho a la vida, la integridad, la libertad, y el acceso a la justicia y al debido proceso de los individuos. Si observamos esta primera etapa desde una perspectiva histórica, podemos notar que estamos ante vulneraciones “clásicas” de los derechos de la persona humana que recaen, en particular, sobre sus libertades fundamentales. Sin embargo, estos casos no versarán aún sobre categorías específicas de individuos. En otras palabras, y siguiendo la calificación del profesor Peces-Barba, no estaremos ante titularidades particulares de derechos que responden a un proceso de especificación, como es el caso de los derechos de ciertos grupos vulnerables por su situación de indefensión o exclusión, tales como las mujeres, los niños, los pueblos indígenas o las personas con discapacidad. Ciertamente, según Peces-Barba, el proceso de especificación se construye a partir de dos condiciones. La primera consiste en:

Una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad. El modelo más claro es el de los derechos de la mujer (...) En este mismo grupo podemos situar a los derechos de los emigrantes⁴.

Por otro lado, la segunda consiste en:

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 29 de julio de 1987.

⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: UC3M, 1999, p. 181.

Una condición física de personas que por alguna razón se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales. Obligan a una protección especial, pero no vinculada al valor de la igualdad, sino al de la solidaridad o fraternidad. Pueden a su vez ser de dos tipos: generales o específicas. Las generales afectan a todos los hombres durante algún tiempo, mientras que las específicas afectan a algunos hombres durante todo el tiempo, en algunos casos, o solo algún tiempo, en otros casos.

En el supuesto de condiciones relevantes generales, estamos ante los derechos del niño, que exigen una protección especial, fraterna y solidaria, ante su debilidad, inferioridad física, intelectual y social, e incluso a veces ante su abandono. Todos pasamos durante un tiempo por esa condición, y es en esa etapa, que acaba para el Derecho con la mayoría de edad (...) donde existe esa protección específica para los niños.⁵

De este modo, tras una primera etapa de casos referidos a vulneraciones del derecho a la vida, la integridad, la libertad y el debido proceso, la Corte comenzaría una segunda etapa jurisprudencial caracterizada por la diversificación temática, así como por el análisis de violaciones de derechos humanos en determinados grupos caracterizados por su situación de vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, los trabajadores migrantes y las personas con discapacidad⁶. Es interesante, en este sentido, considerar que la vulnerabilidad de estos grupos no se debe a una característica o condición inherente a los mismos, sino que más bien responde a “las restricciones que el medio social, económico y cultural impone para alcanzar ese nivel de vida y de realización de derechos”⁷.

1. Definición de “niño”

De modo preliminar, es preciso definir a qué hacemos referencia mediante el concepto de “niño”. La definición más aceptada es aquella planteada en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN)⁸, la cual establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable,

⁵ *Ibidem*.

⁶ SALMÓN, Elizabeth. “La igualdad, no discriminación en igualdad ante la ley en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Programa sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Disponible en: <<http://www.adc-sidh.org/la-corte-lista.php?idsec=1&idsub0=12&idsub1=151&idsub2=152&myAdmin=01c2143789103f6ae793e5632424c8a7>>*

⁷ *Ibidem*. p. 7.

⁸ Nótese que la Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento del ámbito del

haya alcanzado antes la mayoría de edad”. La Corte Interamericana se refirió a esta disposición en el primer caso en el cual se pronunció sobre los derechos del niño, el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)*⁹. A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión o Comisión Interamericana) se ha pronunciado sobre el artículo 1 de la CDN para efectos de la definición de “niño” y ha establecido lo siguiente:

Según la propia Convención [sobre los Derechos del Niño], la mayoría de edad puede ser alcanzada antes de los 18 años si la ley nacional de un Estado lo establece, pero en ese caso la Convención será aplicable hasta que la persona cumpla los 18 años. Es preciso observar que la Convención no utiliza como parámetro la mayoría de edad (plena capacidad jurídica), sino simplemente la edad de 18 años¹⁰.

Así, se suelen utilizar distintos términos para definir al niño, tales como “menor de edad” o “menor”. Sin embargo, y tal como precisó la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 17/02 respecto a la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, más allá de las diversas terminologías, “es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años”¹¹. Ello guarda coherencia con el uso indistinto que hace la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana) de los términos “niño” y “menor”¹².

2. Los niños y niñas como grupo vulnerable

El grupo conformado por los niños y niñas es vulnerable por excelencia, debido a “los abusos, la explotación, la negligencia y el olvido”¹³ de que han

Derecho Internacional de los derechos humanos que más ratificaciones ha recibido, contando a la fecha con 193 Estados Partes.

⁹ El caso se suscitó en torno a la detención extrajudicial, secuestro, tortura y homicidio de 4 jóvenes, y homicidio de un quinto, por parte de miembros de las fuerzas policiales. Estos jóvenes se encontraban en situación de abandono. Tres de las víctimas eran niños. Véase: Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, parágrafo 188.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. 2ª edición. 2008. parágrafo 27.

¹¹ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, parágrafo 40.

¹² BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004, capítulo IV.

¹³ GUILLÓ JIMÉNEZ, Juan. “La Convención sobre los derechos de los Niños. Derechos y

sido por lo general víctimas¹⁴. La falta de capacidad de los mismos y el subsiguiente deber de los Estados, la sociedad y la familia de velar por su protección, no siempre guardan correlación. A menudo se constata un vacío en el deber de protección, tal como se podrá apreciar a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la materia. De este modo, nos enfrentamos a esta vulnerabilidad en nuestro día a día y resulta aún más trágico enfrentarnos a cifras verdaderamente sorprendentes como las siguientes:

[D]e acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, para el año 2002, alrededor de 53 mil niños y niñas murieron en todo el mundo como consecuencia de homicidios. Además, entre el 80 y el 90% de los niños y niñas del mundo sufren castigos corporales muy graves aplicados con utensilios. Según la Organización Internacional del Trabajo, en el año 2004, 218 millones de niños trabajaban y 126 millones realizaban trabajos peligrosos. De acuerdo con el informe elaborado por Paulo Sérgio Pinheiro en 2006, cada año entre 133 y 275 millones de niñas y niños en todo el mundo son testigos de violencia doméstica con sus serias consecuencias y 8 millones de niños, a nivel mundial, viven en centros de acogida¹⁵.

La vulnerabilidad de los niños y niñas tiene también distintas caras, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana es, en buena medida, un reflejo de ello. Las diversas situaciones conocidas ponen de manifiesto esta complejidad: niños en condición de abandono o “niños de la calle”; niños y niñas que, producto de un conflicto armado, se ven obligados a desplazarse forzosamente; niñas que por políticas inadecuadas o prácticas discriminatorias ven negado su derecho básico a un nombre y una identidad; niños y niñas que carecen de niveles adecuados de salud, educación, vivienda y alimentación por ser miembros de otro grupo vulnerable, constituido por los pueblos indígenas; niños reclutados forzosamente por las fuerzas armadas o grupos armados organizados; o niños y niñas que se encuentran privados de su libertad en condiciones inadecuadas. Estas situaciones, y el estado de vulnerabilidad que produce en los menores, se encuentran a menudo íntimamente vinculadas con

necesidades de la infancia”, p. 84. En: VICENTE GIMÉNEZ, Teresa y Manuel HERNÁNDEZ PEDREÑO (coordinadores), *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia, 2007, pp. 83-94.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Estudios constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, p. 225.

condiciones de pobreza, lo cual genera un impacto negativo sobre el proyecto de vida de los menores de edad¹⁶.

Si bien muchas de estas situaciones son, lamentablemente, problemas de alcance global, no deja de ser cierto que las particularidades de distintas sociedades arrojan, a menudo, vulnerabilidades diferenciadas. Al respecto, resulta interesante reflexionar en torno a lo apuntado por Giménez, al margen de la relativa generalización de la cual se parte:

[M]ientras que en África, América del Sur, Asia y más recientemente la Europa del Este las violaciones más graves de los derechos de los niños derivan del hambre, la enfermedad, la exclusión, la guerra y la pobreza extrema, en el mundo occidental las violaciones más graves y frecuentes derivan del maltrato, de los malos tratos físicos y psicológicos, del abuso sexual, de las adicciones, de la violencia doméstica, y de la violencia escolar. Estas dos caras de la violencia en los niños, estas dos realidades del Norte y del Sur —mientras que en el Sur la violencia estalla en el ámbito público, en el Norte estalla en el ámbito privado— invita a reflexionar sobre el porqué hay violencia en nuestros menores y qué solución se debe adoptar para frenarla y así aliviar los conflictos¹⁷.

Estos dos planos diferenciados —el público y el privado— nos llevan a constatar las obligaciones diferenciadas que surgen en torno al deber de protección de los derechos de los niños y niñas. De este modo, la doctrina y jurisprudencia ha identificado tres niveles de obligados: la familia, el Estado y la sociedad¹⁸. En el primer caso, la obligación se deriva de la propia CDN, la cual establece que la familia es el núcleo elemental de la sociedad y, en esa medida, los padres tienen el deber de asegurar el libre desarrollo de sus hijos e hijas. En el caso del Estado, éste tiene la obligación de adoptar políticas públicas y medidas de protección y promoción de los derechos de los niños y niñas. Sin embargo, si bien estas obligaciones se enmarcan en un plano público, lo cierto es que los Estados también tienen la responsabilidad de prevenir violaciones de los derechos de los niños y niñas en los espacios privados. Esto ha sido enfatizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *E y otros vs. el Reino Unido* del modo siguiente:

¹⁶ Al respecto, véase VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. “Los derechos del niño como avance de la justicia”, p. 79. En: VICENTE GIMÉNEZ, Teresa y Manuel HERNÁNDEZ PEDREÑO (Coord.), *Op. cit.*, pp. 67-81.

¹⁷ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *Op. cit.*, p. 71.

¹⁸ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *Op. cit.* p. 238.

*La obligación de las Altas Partes Contratantes bajo el artículo 1 de la Convención [Europea de Derechos Humanos] de asegurar a las personas dentro de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Convención, en relación con el artículo 3, requiere a los Estados tomar medidas específicas para asegurar que los individuos no sean sujetos a tortura u otro trato inhumano o degradante, **incluyendo malos tratos por parte de particulares (...) Estas medidas deben proveer protección efectiva, en particular a los niños** u otras personas vulnerables y deben incluir medidas razonables para prevenir los malos tratos de quienes las autoridades tengan o deberían haber tenido conocimiento¹⁹. (El énfasis es nuestro).*

Un tercer actor obligado es la sociedad misma. Tal como lo ha precisado la propia Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 17/02, tanto el Estado como la sociedad en su conjunto se deben ceñir a una serie de principios de protección, tales como el principio del interés superior del niño. Esto es, 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”²⁰.

Adicionalmente, la Corte se ha referido a esta obligación tripartita en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, precisando que “revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños y niñas, quienes tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”²¹.

Finalmente, el Comité de Derechos Humanos, creado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU), se ha referido también a estos tres actores en el marco de su Observación

General N° 17:

*La obligación de garantizar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique cómo se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia, interpretada en un sentido amplio, de manera que incluya a todas las personas que la integran en la sociedad del Estado Parte interesado, y especialmente a los padres, la tarea de crear las condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad del niño y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el Pacto. No obstante, puesto que es frecuente que el padre y la madre ejerzan un empleo remunerado fuera del hogar, los informes de los Estados Partes deben precisar la forma en que la sociedad, las instituciones sociales y el Estado cumplen su responsabilidad de ayudar a la familia en el sentido de garantizar la protección del niño. Por otra parte, en los casos en que los padres falten gravemente a sus deberes o maltraten o descuiden al niño, el Estado debe intervenir para restringir la patria potestad y el niño puede ser separado de su familia cuando las circunstancias lo exijan (...)*²².

De lo expuesto, se puede afirmar que la Corte Interamericana ha establecido tanto un estándar respecto a las obligaciones en torno a la protección de los niños y niñas, así como también ha señalado que dichas obligaciones corresponden a la familia, al Estado y a la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, es necesario enfatizar que la vulnerabilidad de los menores suele tener matices diferenciadas según el sexo —las mujeres suelen ser más vulnerables a la violencia sexual; mientras que los hombres son más proclives a ser reclutados forzosamente en las filas de las fuerzas armadas o los grupos armados organizados—, pero también según las edades. De este modo, mientras que muchos esfuerzos se suelen adoptar respecto a los infantes, es necesario recordar que los adolescentes atraviesan situaciones que los pueden conducir a un estado particular de vulnerabilidad. Ello ha sido recalcado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 4:

La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, (...) que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Aunque en general los adolescentes constituyen

¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Caso E y otros vs. Reino Unido*. Sentencia del 26 de noviembre de 2002, parágrafo 88. El texto en inglés de la traducción citada es el siguiente: *The obligation on High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals (...)* These measures should provide effective protection, in particular, of children and other vulnerable persons, and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge.

²⁰ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. *Op. cit.*, parágrafo 59.

²¹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, parágrafo 152. En el presente caso, la Corte evaluó las acciones llevadas a cabo por paramilitares, así como por sus acciones y omisiones relacionadas con los actos producidos.

²² Comité de Derechos Humanos. *Los derechos del niño (art. 24)*, Observación General N° 17 del 7 de abril de 1989, parágrafo 6.

*un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo debido a su relativa vulnerabilidad y a la presión ejercida por la sociedad (...)*²³.

*El Comité se muestra asimismo muy preocupado por la elevada tasa de suicidios entre este grupo de edad. Los desequilibrios mentales y las enfermedades psicosociales son relativamente comunes entre los adolescentes (...) Es posible que estén relacionados con, entre otras causas, la violencia, los malos tratos, los abusos y los descuidos, con inclusión de los abusos sexuales, las expectativas disparatadamente elevadas y/o la intimidación y las novatadas dentro y fuera de la escuela. Los Estados Partes deberían proporcionar a estos adolescentes todos los servicios necesarios*²⁴.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha sido ajena a esta situación, sino que ha analizado diversas situaciones en las cuales los adolescentes han sido el grupo particularmente vulnerable. Por ejemplo, en el caso *Bulacio vs. Argentina*, el adolescente Walter David Bulacio fue detenido durante una *razzia* o detención masiva, junto con otras ochenta personas, mientras asistía a un concierto de rock en la ciudad de Buenos Aires²⁵. El objetivo de estas *razzias* consiste en averiguar la identidad o los antecedentes penales de una persona, sin una orden de detención y ante la ausencia de un delito en flagrancia. Tal como señaló el dictamen de uno de los peritos convocados por la Corte, “en el caso particular de la Argentina, los sectores que se ven principalmente afectados por este tipo de *razzias* son los sectores más jóvenes, pobres y trabajadores”²⁶.

Asimismo, en muchos países, los adolescentes suelen ser objeto de reclutamientos, tanto por los grupos armados organizados como por las fuerzas armadas. A menudo, los adolescentes —quienes ocupan los menores rangos dentro de estos cuerpos— son objeto de atentados contra su libertad, integridad e incluso vida, una vez que se unen a dichas instituciones. Este fue el caso de Gerardo Vargas Areco, un joven paraguayo de 15 años de edad que fue reclutado por las fuerzas armadas paraguayas. A causa de su insatisfacción en dicha institución, Vargas Areco

intentó abandonar la misma en reiteradas ocasiones. Sin embargo, en su último intento de huida, recibió un disparo por la espalda y murió a causa de una hemorragia interna²⁷.

De este modo, la particular vulnerabilidad que caracterizan a los niños y niñas, en general, ha sido recogida expresamente por la Corte Interamericana en su jurisprudencia. En este sentido, la Corte se ha pronunciado sobre diversas situaciones que agudizan o ponen de manifiesto dicha vulnerabilidad. Una de estas situaciones incluye el caso de los niños y niñas cuyas vidas se ven amenazadas por un conflicto armado. En tal sentido, la Corte se refirió a esta situación en el caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*, donde señaló que “el conflicto armado interno creó un escenario propicio para que la niñez estuviera expuesta a multiplicidad de violaciones. Se ha documentado que en el teatro de operaciones militares [...] niños y niñas fueron víctimas de desaparición forzada”²⁸.

En la misma línea se pronunció la Corte en el *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*:

*(...) La Corte considera necesario llamar la atención sobre las consecuencias que tuvo la brutalidad con la que fueron cometidos los hechos del presente caso en los niños y las niñas de La Granja y El Aro, quienes experimentaron semejante violencia en una situación de conflicto armado, han quedado huérfanos, han sido desplazados y han visto violentada su integridad física y psicológica. La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno (...)*²⁹.

Otra de las situaciones que ha analizado la Corte, que presenta un estado de vulnerabilidad es el caso de los niños o niñas abandonados que se ven forzados a vivir en las calles. En el caso “*Niños de la Calle*” (*Caso “Villagrán Morales y otros” vs. Guatemala*), la Corte puso énfasis en la particular vulnerabilidad de los niños de la calle frente a situaciones de detenciones arbitrarias y otras privaciones de su derecho a la libertad y la integridad. En este sentido, la vulnerabilidad inicial en la cual se encontraban estos jóvenes por su situación de niños en abandono se vio acrecentada por un

²³ Comité de Derechos del Niño. Observación General N° 4. *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*. 1 de julio de 2003, párrafo 2.

²⁴ *Idem.*, párrafo 22.

²⁵ Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentencia del 18 de septiembre del 2008.

²⁶ *Idem.*, párrafo 56.

²⁷ Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

²⁸ Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008, párrafo 50.

²⁹ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia del 1 de julio de 2006, párrafo 246.

estado de privación arbitraria de la libertad en condiciones de incomunicación con el mundo exterior. Es en relación a ello que la Corte precisó que “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”³⁰.

Por otro lado, la situación de los niños y niñas indocumentados también los coloca en una situación de vulnerabilidad adicional a aquella en la cual se encuentran por su condición de niños. La falta de documentos de menores y la negativa o falencia de los Estados en registrarlos, los coloca en una situación en que la propia personalidad de los niños y niñas se encuentra anulada. Este suele ser el caso de aquéllos que pertenecen a determinadas minorías, como poblaciones indígenas³¹ o personas migrantes.

De modo similar, en el caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la Corte Interamericana analizó el estado de vulnerabilidad de las niñas Violeta Bosico y Dilcia Yean, debido a su condición de indocumentadas tras la negativa de la República Dominicana a extenderles documentos de identificación y partidas de nacimiento, a pesar de que las mismas habían nacido en ese país. El argumento del Estado se centró en el hecho de que las niñas eran hijas de trabajadores migrantes (provenientes de Haití) y que, por lo tanto, podrían optar por la nacionalidad haitiana. La situación de limbo legal en la cual permanecieron estas niñas las colocó en un estado de vulnerabilidad, encontrándose privadas de su derecho fundamental a contar con una personalidad jurídica³².

3. La protección de los niños y niñas en el Derecho Internacional: la evolución hacia la afirmación de la subjetividad internacional de los mismos

La protección de los niños y niñas ha atravesado distintas etapas en el desarrollo del Derecho Internacional. No obstante, en un primer

momento se habría tratado de una protección paternalista que concebía a los menores de edad como objetos, más no como sujetos de Derecho Internacional. Podríamos decir, en este sentido, que se daba una equiparación entre la falta de capacidad y la falta de subjetividad.

La evolución hacia la afirmación de la subjetividad de los niños y niñas en el Derecho Internacional vería así la adopción de distintos instrumentos que, poco a poco, irían afirmando la titularidad de los menores y se consolidaría con la adopción, el 20 de noviembre de 1989, de la CDN³³, la cual entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

El primer instrumento de protección de los derechos de los niños y las niñas sería la Declaración de Ginebra sobre derechos de los niños, la cual fue adoptada el 26 de diciembre de 1924 por la Sociedad de Naciones. Si bien en este primer momento aún no se reconoció la subjetividad internacional de los niños y niñas, representa la primera ocasión en que se establece a los niños como destinatarios de derechos, independientes o desligados de los derechos de sus padres o tutores³⁴. Ya en 1919 se había creado, en el marco de esta organización internacional, el Comité de Protección de la Infancia³⁵. Tras la disolución de la Sociedad de Naciones y la subsiguiente creación de la ONU en 1945, se adoptaron ulteriores instrumentos relativos a la protección de la infancia en el seno de esta organización. Así, la primera referencia a los derechos de los niños fue dada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal, en su artículo 25.2, señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. No obstante, no fue sino hasta 1959 que se adoptó, en el marco de la ONU, un instrumento específico relativo a los derechos de los niños y las niñas.

De este modo, el 20 de noviembre de 1959, mediante su Resolución 1386 (XIV) la Asamblea General adoptó la Declaración de los Derechos del Niño. Dicha Declaración establece que debido a la falta de madurez física

³⁰ Corte IDH. *Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)*. *Op. cit.*, parágrafo 164.

³¹ Véase al respecto Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006, parágrafo. 73.73.

³² Véase Corte IDH. *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia del 8 de septiembre de 2005.

³³ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

³⁴ GUILLÓ JIMÉNEZ, Juan. *Op. cit.*, p. 85.

³⁵ Véase INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES. Breve cronología de algunos hechos que llevaron a la Convención. Disponible en: http://www.iin.oea.org/2004/Convencion_Derechos_Nino/Breve_historia.htm

y mental de los niños y niñas, necesitan protección y cuidados especiales, incluyendo la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. En ese sentido, dispone que se reconozcan a los niños y niñas los derechos sin discriminación alguna, para que puedan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad.

Entre los derechos que esta Declaración reconoce se encuentran el derecho al nombre, a la nacionalidad, a gozar de los beneficios de la seguridad social, a crecer y desarrollarse con buena salud, a la educación, a estar protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación, y a no ser objeto de ningún tipo de trata.

A pesar del indiscutible avance que significó en el reconocimiento de derechos específicos de los niños y las niñas, y en abrir el camino hacia el ulterior reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo, la Declaración seguía siendo un instrumento no vinculante para los Estados. En esta medida, un primer avance respecto a la eficacia de la protección de los derechos de los niños y niñas se dio con la aprobación, el 16 de diciembre de 1966, de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos³⁶. En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 24 recogió algunos derechos de los niños y las niñas:

Artículo 24:

1. *Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.*
2. *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.*
3. *Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.*

Cabe precisar que el presente artículo fue objeto de una Observación General por parte del Comité de Derechos Humanos³⁷. En esta Observación, el Comité afirmó que, más allá de la inclusión de este artículo específico sobre derechos del niño en el Pacto, lo cierto es que los

niños y niñas gozan de los demás derechos reconocidos en aquel instrumento. Así, precisó que "(...) el Comité desea observar que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos que el Pacto reconoce a los niños, y que estos últimos gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él"³⁸.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) regula, en su artículo 10.3, el deber de protección a los niños y niñas:

Artículo 10:

[...]

3. *Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.*

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado para velar por el cumplimiento del PIDESC, se ha pronunciado sobre el alcance de los derechos de los niños y las niñas en su Observación General N° 11, la cual versa sobre los planes de acción para la educación primaria³⁹, en el marco del artículo 14 del PIDESC⁴⁰. A su vez, en su Observación General N° 13, el Comité se pronunció sobre el derecho a la educación⁴¹ contemplado en el artículo 13 del PIDESC⁴².

³⁸ *Idem.*, parágrafo 2.

³⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)*, Observación General N° 11 del 10 de mayo de 1999.

⁴⁰ "Artículo 14.

Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorio sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos."

⁴¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *El derecho a la educación (art. 13)*, Observación General N° 13 del 8 de diciembre de 1999.

⁴² "Artículo 13:

³⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fueron aprobados el 16 de diciembre de 1966 mediante la resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General de la ONU.

³⁷ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 17. *Op. cit.*

Por otro lado, otros instrumentos de Derecho Internacional —algunos vinculantes y otros no— han regulado determinados derechos de los niños y las niñas. De este modo, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se adoptó el Convenio N° 138, *Convenio sobre la edad mínima*, el cual tiene por objeto lograr la abolición total y efectiva del trabajo de los niños y niñas, y elevar progresivamente la edad mínima de admisión al empleo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los niños y las niñas⁴³. Asimismo, la OIT adoptó el Convenio N° 183, *Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, el cual establece la obligación de todo Estado Parte de

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con el objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
 - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, deben ser generalizadas y hacerse accesibles a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

⁴³ El Convenio 138 fue adoptado el 26 de junio de 1973 en el marco de la Conferencia General de la OIT, y entró en vigor el 19 de junio de 1976.

adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil⁴⁴.

En el ámbito del Sistema Interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴⁵ estableció en su artículo VII que todo niño tiene derecho a la protección, cuidado y ayuda especiales. Por su parte, el principal instrumento vinculante de derechos humanos en la región, la Convención Americana⁴⁶, regula los derechos del niño en su artículo 19, el cual señala que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, representando un ejemplo más del reconocimiento de la obligación tripartita de protección de los niños y niñas.

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (en adelante, Protocolo de San Salvador)⁴⁷ establece, en su artículo 16, el derecho de la niñez a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado; el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, excepto en circunstancias excepcionales, y el derecho a una educación gratuita y obligatoria.

Adicionalmente a estos instrumentos generales, en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos se adoptó una serie de instrumentos específicos relativos a la protección de ciertos derechos de los niños y niñas, o que abordaban determinadas situaciones que ponían en riesgo a los mismos. Entre estos instrumentos encontramos la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores⁴⁸, cuyo objetivo es compatibilizar las leyes relativas a la adopción

⁴⁴ El Convenio 182 fue adoptado el 17 de junio de 1999 y entró en vigor el 19 de noviembre de 2000.

⁴⁵ Adoptada el 2 de mayo de 1948 en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia.

⁴⁶ También llamada “Pacto de San José”, fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José, Costa Rica.

⁴⁷ Adoptado el 17 de noviembre de 1988 en el 18° período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

⁴⁸ Adoptada el 24 de mayo de 1984 en el marco de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, entró en vigor el 26 de mayo de 1988.

en la región; la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias⁴⁹, que busca determinar el derecho aplicable a las obligaciones alimentarias cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio legal en un Estado diferente al del deudor de alimentos; la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores⁵⁰, cuyo objetivo es asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en un Estado y hayan sido trasladados ilegalmente o a la fuerza desde cualquier otro Estado, así como regular el derecho de visitas y custodias; y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, cuyo objetivo consiste en regular diversos aspectos civiles y penales del tráfico internacional de menores⁵¹, a partir de la prevención y la sanción, así como promover la cooperación internacional en torno a este problema.

Finalmente, en el marco de la ONU, además de los mencionados anteriormente, se ha adoptado una serie de instrumentos no vinculantes o de *soft law*, que plantean directrices que los Estados deben seguir para una adecuada adopción de políticas públicas y medidas de protección de la niñez. Entre estos instrumentos se encuentran las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing, las cuales tienen por objeto promover el bienestar del menor a fin de reducir la necesidad de intervenirle, y someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley⁵². A su vez, se han adoptado las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, o Directrices de Reid, cuyo objetivo es prevenir eficazmente la delincuencia juvenil, para lo cual es necesario que toda la sociedad trabaje de manera conjunta por el libre desarrollo de la personalidad de la niñez y la adolescencia, para lo cual se establece la adopción de políticas públicas que garanticen la socialización e integración de aquéllos a la sociedad, buscando reducir de este modo toda oportunidad para que éstos ingresen en la delincuencia⁵³.

Por último, en el marco de la ONU también se han adoptado las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las cuales tienen por finalidad establecer normas mínimas de protección para los menores privados de libertad en todas sus formas, y garantizar que las condiciones de detención así como el proceso de detención en sí guarden relación con los estándares de derechos humanos. Asimismo, estas reglas establecen que la detención de menores de edad deberá ser una medida excepcional y por el menor tiempo posible⁵⁴.

Ahora bien, más allá de este amplio espectro, lo cierto es que ninguno de estos instrumentos reunió las condiciones de universalidad, generalidad y obligatoriedad. Ello se lograría con la adopción, el 20 de noviembre de 1989, de la CDN, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 44/25. La Convención entró en vigor tan solo nueve meses después de su adopción, el 2 de septiembre de 1990. Se trata del tratado de derechos humanos que más ratificaciones ha recibido, al contar en la actualidad con 193 Estados Partes, una ratificación prácticamente universal al contar con la participación de todos los Estados de la comunidad internacional, excepto Estados Unidos de América y Somalia. Esta amplia ratificación demuestra “el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención”⁵⁵, lo cual “podría constituir un claro indicador del carácter consuetudinario de las normas sobre derechos de los niños contenidos en la CDN”⁵⁶. En esta línea se ha pronunciado ya la Corte Interamericana, señalando que:

*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 (opinión iuris comuni) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia*⁵⁷.

Ello hace de la CDN un instrumento dotado, según Kilkelly, de un fuerte

⁴⁹ Adoptada el 15 de julio de 1989 en el ámbito de la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, entró en vigor el 6 de marzo de 1966.

⁵⁰ Adoptada el 15 de julio de 1989 en el ámbito de la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, entró en vigor el 4 de noviembre de 1994.

⁵¹ Adoptada el 18 de marzo de 1994 en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, entró en vigor el 15 de agosto de 1997.

⁵² Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.

⁵³ Adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990 mediante su

resolución 45/112.

⁵⁴ Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990 mediante su resolución 45/113.

⁵⁵ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 227.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Op. cit.*, párrafo 29.

elemento axiológico, que se presenta a su vez como una importante herramienta para implementar los estándares internacionales sobre los derechos de los niños y niñas a nivel nacional⁵⁸. La importancia de este instrumento no solo radica en su carácter vinculante, universal y general, sino también —y sobre todo— en un elemento esencial, que consiste en el reconocimiento de que los niños y niñas son sujetos de Derecho Internacional. En efecto, como bien afirma Giménez, antes de la CDN los niños no eran sujetos de derecho o titulares de derechos, sino que se trataba de un grupo que gozaba de protección internacional sin gozar de subjetividad⁵⁹. En efecto, según Guilló Jiménez:

*El siglo XX ha consolidado, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la concepción del niño como sujeto de derecho por sí mismo, sin persona interpuesta, como individuo de pleno derecho, frente a una concepción del niño como mero destinatario de derechos de protección*⁶⁰.

De la misma forma lo reconoció la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 17/02, respecto a la *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, donde se refirió a las “necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no solo como objeto de protección”⁶¹.

Al respecto, cabe recordar que por sujeto de Derecho Internacional se entiende toda entidad que goce de derechos y obligaciones ante el Derecho Internacional. En este sentido, es necesario distinguir entre subjetividad del niño y la niña, y la capacidad para actuar. Ello fue claramente precisado por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva N° 17/02, al afirmar que:

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

⁵⁸ KILKELLY, Ursula. “The Best of Both Worlds for Children’s Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child”. En: *Human Rights Quarterly*, Volumen 23, Número 2, mayo de 2001, p. 310.

⁵⁹ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁰ GUILLÓ JIMÉNEZ, Juan, *op. cit.*, p. 84.

⁶¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 28.

*tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana*⁶².

Ello dicho, según Guilló son cuatro los grandes aportes de la CDN⁶³:

- No se trata de una declaración, sino de un tratado que establece una serie de derechos y que exige de los Estados la adopción de políticas para garantizarlos.
- La CDN regula todos los derechos de los que gozan los menores de 18 años, por lo que se trata de un instrumento completo en lo relativo a derechos de los niños y niñas.
- Adicionalmente a la regulación de los derechos, la CDN incluye los mecanismos para velar por la observancia de dicho instrumento.
- Incluye cuatro principios esenciales para la protección y promoción de los derechos de los niños y las niñas: el principio de no discriminación, el principio del derecho a la vida y a la supervivencia, el principio del interés superior del niño y el principio del punto de vista del niño.

Finalmente, es importante mencionar que en la medida en que establece estándares a seguir por parte de los Estados, y teniendo en cuenta el carácter consuetudinario de algunas de sus disposiciones, la CDN ha sido utilizada por distintos tribunales nacionales e internacionales. De este modo, por ejemplo, la Corte Interamericana ha acudido a la misma en el caso *Niños de la Calle* para definir el concepto de “niño”, según lo establecido en el artículo 1 de la CDN⁶⁴. De modo similar, esta Corte acudió a la CDN como medio de interpretación en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, al establecer que:

*Esta Corte analizará el presente caso teniendo este hecho en particular consideración, y decidirá sobre las violaciones alegadas respecto de otros derechos en la Convención Americana, a la luz de las obligaciones adicionales que el artículo 19 de la misma impone al Estado. Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 (...)*⁶⁵.

⁶² *Idem.*, párrafo 41.

⁶³ GUILLÓ JIMÉNEZ, Juan, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁴ Corte IDH. Caso “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales vs. Guatemala*). *Op. cit.*, párrafo 188.

⁶⁵ Corte IDH. Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafo 148.

Todo ello pone de manifiesto una “dinámica interacción e interdependencia entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño (...)”⁶⁶.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha remitido en diversas ocasiones a la CDN, sobre todo atendiendo al hecho de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a diferencia de la Convención Americana, carece de un artículo relativo a los derechos de los niños y las niñas. En este sentido, como bien señala Kilkelly:

*El respeto y la protección de los derechos de los niños en el ámbito de la Convención no es directamente evidente, dado que contiene pocas referencias específicas a sus derechos. Sin embargo, la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos han hecho una contribución considerable al Derecho y práctica europea en el área del Derecho a la familia, tanto en el ámbito privado como público, a través de la protección de los niños contra el abuso y la desatención y, más recientemente, la justicia juvenil y la detención. Tal aporte ha sido hecho a partir de una variedad de métodos creativos de interpretación, incluyendo la utilización de las provisiones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños*⁶⁷.

4. Las medidas de protección y los principios aplicables a los derechos de los niños y niñas: el aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

4.1 El principio de no discriminación

Otra de las maneras en que ha influido significativamente la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido en la consolidación de principios esenciales a los derechos de los niños y las niñas. En esta medida, el primer principio regulado en la CDN es el principio de no discriminación, que se encuentra regulado en el artículo 2 de la misma:

Artículo 2

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, de sus tutores o de sus familiares.

El principio de no discriminación no es una novedad de la CDN, pues recordemos que el mismo se encuentra regulado en otros instrumentos de alcance general de derechos humanos. En esta medida, la Convención Americana regula el principio de no discriminación en su artículo 1.1⁶⁸ y el derecho a la igualdad ante la ley en su artículo 24⁶⁹. Por otro lado, el PIDCP regula este principio en su artículo 2.1⁷⁰ de modo general, y en especial respecto a los derechos de los niños en su artículo 24.1⁷¹. A su vez, el PIDESC lo hace en sus artículos 2.2⁷² y 10.3⁷³.

⁶⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 241.

⁶⁷ KILKELLY, Ursula. *Op. cit.*, pp. 308-309. El texto citado es una traducción libre del siguiente:
The Convention's scope for enforcing and protecting the Rights of children is not immediately evident given that it contains few specific references to the rights of the child. However, the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights have made a considerable contribution to European law and practice in the areas of private and public family law, the protection of children from abuse and neglect and, most recently, juvenile justice and detention. They have done this, it is submitted, through a variety of inventive methods of interpretation, including the practice of drawing on the provisions of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC).

⁶⁸ Artículo 1.1: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁶⁹ Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

⁷⁰ Artículo 2.1: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁷¹ Artículo 24.1: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

⁷² Artículo 2.2: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁷³ Artículo 10.3: Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el principio de no discriminación respecto a los derechos de los niños y niñas en la Observación General N° 17, y ha enfatizado la obligación de los Estados de adoptar medidas específicas para garantizar este principio:

*El artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas 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 (...)*⁷⁴

De 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. Los informes de los Estados Partes deben indicar la forma en que la legislación y la práctica garantizan que las medidas de protección tengan por objeto eliminar la discriminación en todas las esferas, incluido el derecho sucesorio, en particular entre niños nacionales y extranjeros o entre hijos legítimos e hijos extramatrimoniales⁷⁵.

La Corte Interamericana, por su parte, también se ha pronunciado sobre la necesidad de los Estados de adoptar medidas específicas para

los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 17. *Op. cit.*, parágrafo 1.

⁷⁵ *Idem.*, parágrafo 5.

garantizar el principio de igualdad y, su contracara, el principio de no discriminación. A ello se refirió la Corte en el caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, al precisar que:

*La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas*⁷⁶.

A su vez, la Corte Interamericana también ha establecido la importancia de diferenciar la distinción de la discriminación, por lo cual ha precisado que no toda distinción de trato puede considerarse discriminatoria⁷⁷. De esta manera, precisó que:

*Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran*⁷⁸.

La Corte Interamericana ya se había pronunciado sobre esta distinción en su Opinión Consultiva N° 4 respecto a la *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*:

[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

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia del 8 de septiembre del 2005, parágrafo 141.

⁷⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Op. cit.*, parágrafo 46.

⁷⁸ *Ibidem.*

*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*⁷⁹.

Por lo tanto, la Corte Interamericana ha enfatizado que determinadas restricciones en torno al ejercicio de ciertos derechos por parte de los niños y niñas no califican como un trato discriminatorio cuando las mismas no son contrarias a la justicia. Ello incluye, según la Corte, aquellas situaciones en que la ley limita cuestiones relativas a la capacidad civil a menores de edad, poniendo así de manifiesto la diferenciación esencial que se debe hacer entre capacidad y subjetividad⁸⁰.

Es atendiendo a ello que la Corte concluye, en su Opinión Consultiva N° 17/02, que:

*[E]n 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 (...) Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable, y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla*⁸¹.

4.2 El principio de protección y las medidas especiales de protección

Tal como se ha adelantado, los Estados tienen la obligación de adoptar, respecto a la niñez, medidas especiales de protección. Ello ha quedado claramente plasmado en el artículo 19 de la Convención Americana. Es importante recalcar que estas medidas se deben adoptar tanto en relación con la niñez en general, como con los niños y niñas que se encuentran en situaciones de excepción, tales como los niños refugiados, los niños soldados, los niños en conflicto con la justicia, los niños sometidos a explotación y los niños pertenecientes a minorías o pueblos indígenas, por mencionar algunas situaciones⁸².

La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre esta obligación en diversas ocasiones, precisando, en su Opinión Consultiva N° 17/02, que la necesidad de adoptar medidas o cuidados especiales de protección de los niños y las niñas “proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”⁸³. Asimismo, la Corte ha señalado que el artículo 19 de la Convención Americana, el cual regula los derechos de los niños, “debe entenderse como un derecho complementario que el Tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial”⁸⁴.

La jurisprudencia de la Corte ha establecido algunas precisiones sobre el alcance de tales medidas de protección. De este modo, en el caso *Niños de la Calle*, la Corte afirmó que entre las medidas de protección debe destacarse las referentes a la no discriminación, la asistencia especial a los niños privados de un entorno familiar, la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, el derecho a un nivel de vida adecuado y la reinserción social de todo niño abandonado o explotado⁸⁵. Estas medidas también deben incluir la prohibición de la tortura, según lo dispuesto en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*⁸⁶. Adicionalmente, en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, la Corte estableció que el rol de garante de los derechos humanos que cumplen los Estados se acentúa respecto a los niños y las niñas, precisando en este sentido que “el Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas por el principio del interés superior del niño”⁸⁷. Esto implica adoptar medidas tanto de hacer como de no hacer, tal como fue afirmado por la peticionaria en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, donde se precisó que “las medidas de protección especiales para niños implican no solo la obligación de respetar los derechos de estas personas, sino también la de garantizar sus derechos y de tomar todas las medidas positivas, guiadas por los principios de no discriminación

⁷⁹ Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párrafo 57.

⁸⁰ Ver al respecto Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrafo 48.

⁸¹ *Ibid.*, párrafo 55.

⁸² Estas categorías son recogidas en GUILLÓ JIMÉNEZ, Juan, *op. cit.*, p. 92.

⁸³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Op. cit.*, párrafo 60.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. *Op. cit.*, párrafo 244.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Niños de la Calle (Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)*, *op. cit.*, párrafo 196.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de julio de 2004, párrafo 168.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. *Op. cit.*, párrafo 177.

y de interés superior del niño (...)⁸⁸

La obligación de los Estados de adoptar medidas de protección para los niños y niñas no solo se da en lo que concierne los derechos civiles y políticos. En el seno del Sistema Interamericano, el Protocolo de San Salvador también establece dicha obligación. Sin duda, ello guarda coherencia con la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) que requieren de manera particular —aunque no exclusivamente— la adopción de medidas especiales y políticas públicas para su realización efectiva. En esta medida, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador establece lo siguiente:

Todo niño, sea cual fuere su filiación, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a 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.

El contenido de las medidas especiales de protección también fue analizado por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 17/02. Así, tras la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte de una opinión consultiva para esclarecer el alcance del término “medidas de protección”, contenido en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con los artículos 8 y 25 de la misma, la Corte intentó esbozar algunos lineamientos respecto a dichas medidas. Si bien esta opinión ha sido criticada por la generalidad, tanto en la solicitud de la Comisión como en la respuesta de la Corte⁸⁹, es importante destacar la afirmación de la Corte respecto a las medidas de protección aplicables a los menores que se encuentran en conflicto con la ley. Así, la Corte destacó la aplicabilidad de las medidas de protección, tanto en procesos judiciales como en procesos administrativos y enfatizó la necesidad de adoptar una aproximación particular al debido proceso cuando se trata de

menores de edad. Asimismo, la Corte se pronunció sobre el deber de los Estados de adoptar medidas específicas respecto a los DESC, precisando que:

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 solo 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 (...)⁹⁰

Más allá del pronunciamiento de distintos tribunales internacionales en torno al alcance de las medidas de protección, lo cierto es que corresponde finalmente a los Estados llenar de contenido dichas medidas, atendiendo, claro está, a los estándares internacionales. Ello ha sido reafirmado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 17 y, aunque se refiere a las disposiciones establecidas en el PIDCP, el razonamiento resulta útil para efectos de la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana:

Todo niño, debido a su condición de menor, tiene derecho a medidas especiales de protección. No obstante, el Pacto no precisa el momento en que se alcanza la mayoría de edad. Esa determinación incumbe al Estado Parte, a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes (...)⁹¹

4.3 El principio del interés superior del niño

Finalmente, al principio de no discriminación y al principio de protección especial del niño —del cual se deriva la obligación de adoptar medidas especiales de protección para él—, debemos agregar el principio de interés superior del niño. Este principio se presenta como la brújula de aplicación de las medidas de protección, tal como lo manifestó la Corte Interamericana en el *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, al afirmar que las medidas especiales de protección se encuentran orientadas por el principio del interés superior del niño⁹².

⁸⁸ Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. *Op. cit.*, parágrafo 138.

⁸⁹ Ver, por ejemplo, el artículo de BELOFF, Mary, *op. cit.*, quien considera que dicha Opinión presenta importantes vacíos y ambigüedades.

⁹⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Op. cit.*, parágrafo 88.

⁹¹ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 17. *Op. cit.*, parágrafo 4.

⁹² Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. *Op. cit.*, parágrafo 160.

La importancia de este principio como principio cardenal en la protección de los derechos de la niñez, junto con el principio de no discriminación, ha sido reconocida por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, la cual estableció que “[l]a no discriminación y el interés superior del niño deben ser considerados primordiales en todas las actividades que conciernen a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”⁹³.

Ahora bien, ¿qué entendemos por “interés superior del niño”? Éste se encuentra regulado en el artículo 3.1 de la CDN:

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.

Como se puede apreciar, la CDN no define *grosso modo* este principio, por lo que han sido la doctrina y jurisprudencia las que han brindado mayores luces al respecto. En esta medida, Baeza define este principio como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”⁹⁴. A su vez, García y Chaimovic definen a este principio como uno aplicable a situaciones de conflictos de derechos, donde deberá primar el derecho de prioridad de interés superior del niño sobre cualquier otro que pueda afectar sus derechos fundamentales⁹⁵.

La Corte Interamericana, por su parte, se ha pronunciado sobre este principio y al hacerlo ha brindado mayores elementos para su

definición. En el *Caso Bulacio vs. Argentina*, así como en el de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, y siguiendo lo apuntado por ella misma en su Opinión Consultiva N° 17/02, precisó que:

*Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que 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*⁹⁶.

De este modo, un primer elemento que podemos identificar es que este principio reconoce la subjetividad internacional del niño y la niña, la cual se manifiesta, por ejemplo, en el derecho del cual goza todo niño y niña a ser oído. En efecto, este principio reconoce la importancia del derecho del niño a ser oído, el cual, como veremos más adelante, puede ser considerado como parte del derecho a la participación.

En este sentido, se desprende que toda medida adoptada a favor de la niñez sea realmente adoptada a favor de ella, por lo que se busca evitar aproximaciones paternalistas de parte del Estado o de la propia familia. Por lo tanto, “el interés superior del niño no es paternocéntrico ni estatocéntrico, sino infanticéntrico”⁹⁷. En este mismo sentido se pronunció la Comisión Interamericana en su informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, en el cual sostuvo que el principio del interés superior del niño supone que “todas las decisiones que en la familia, la sociedad, o el Estado afecten a una persona menor de dieciocho años de edad [tengan] en cuenta, objetiva e indefectiblemente, la vigencia efectiva de la integralidad de tales derechos”⁹⁸.

Asimismo, como podemos apreciar de las definiciones brindadas, el principio de interés superior del niño vela por el libre desarrollo de la personalidad del niño y la niña. Por ello, requiere de interpretaciones

⁹³ Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, parágrafo 21. Véase referencia en AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 228.

⁹⁴ BAEZA CONCHA, Gloria. “El interés superior del niño”. En: *Jura Gentium*, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, 2002. Disponible en: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>

Véase referencia en AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 229, nota 18.

⁹⁵ GÁTICA, Nora y Claudia CHAIMOVIC. “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”. En: *La Semana Jurídica*, 13 al 19 de mayo, 2002. Véase referencia en AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 230, nota 21.

⁹⁶ Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. *Op. cit.*, parágrafo 134 y *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. *Op. cit.*, parágrafo 163.

⁹⁷ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 244.

⁹⁸ CIDH. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*. OEA/Ser.L/V/II.135. 5 de agosto de 2009.

dinámicas e interdependientes de los derechos y, *mutatis mutandi*, requiere de una aplicación transversal de este principio a todos los derechos. Así lo ha afirmado la Corte en el *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, al precisar que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”⁹⁹.

Finalmente, podemos afirmar que el principio de interés superior del niño guarda una fuerte carga axiológica, en la medida en que se basa en la dignidad del ser humano, lo que se traduce en que justamente sea este principio la base de toda medida o política adoptada a favor de la infancia.

5. Algunos aportes de la Corte Interamericana en torno a determinados derechos de los niños y niñas

5.1 El derecho a la vida de los niños y niñas

Siguiendo la tendencia ya plasmada en el cuerpo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha interpretado el derecho a la vida de los niños y niñas como un derecho cuya garantía exige la adopción tanto de medidas negativas —de “no hacer”— como medidas positivas —de “hacer”¹⁰⁰. Ello guarda coherencia con la visión según la cual el derecho a la vida no puede ser interpretado de forma restrictiva, tal como lo ha precisado el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 6, sino que deberá ser interpretado lo más ampliamente posible, teniendo en cuenta que “se trata del derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”¹⁰¹. Ello también puede ser apreciado en la terminología empleada en el artículo 6 de la CDN, la cual no solamente establece la obligación de los Estados de garantizar la supervivencia de los menores (que se vincula con el aspecto de “no

hacer”), sino también establece la obligación de los Estados de garantizar el desarrollo de éstos (que se vincula con el aspecto positivo o de hacer):

Artículo 6:

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

En este sentido, en el primer caso en el cual la Corte debió pronunciarse sobre los derechos de los niños y las niñas —el caso *Niños de la Calle*—, este tribunal reconoció expresamente los dos aspectos esenciales del derecho a la vida. Así, estableció que:

*El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él*¹⁰².

De modo similar, en el *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, la Corte estableció que “el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no solo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)”¹⁰³.

Adicionalmente, la Corte ha establecido como estándar la especial gravedad de la privación del derecho a la vida cuando se trata de

⁹⁹ Corte IDH. *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. *Op. cit.*, párrafo 134.

¹⁰⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 6 (Derecho a la vida), 16° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982), párrafo 5.

¹⁰¹ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 6 (Derecho a la vida), 16° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982), párrafo 1.

¹⁰² Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrafo 188.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. *Op. cit.*, párrafo 158.

menores¹⁰⁴. Asimismo, ha destacado la vulnerabilidad en la cual se encuentran determinados grupos de niños expuestos a condiciones de particular sufrimiento, como es el caso de los niños abandonados. Al respecto, la Corte ha señalado

“... el grave riesgo para el desarrollo e inclusive para la vida misma a que se ven expuestos los niños de la calle por su abandono y marginación por la sociedad, situación que se ve agravada en algunos casos por la exterminación y la tortura de que son objeto menores por escuadrones de la muerte y por la Policía misma”¹⁰⁵.

La situación de los niños en estado de abandono ha llevado a la Corte a establecer una relación entre el derecho a la vida y el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad. De este modo, en el caso *Niños de la Calle*, la Corte enfatizó que cuando el Estado viola el derecho a la vida de los niños abandonados, los hace víctimas de una doble agresión:

En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”¹⁰⁶.

El Comité de los Derechos del Niño también se pronunció sobre la situación de los niños abandonados o de la calle en su Observación General N° 4, y estableció que

“Los Estados Partes han de dispensar especial protección a los adolescentes sin hogar, incluso a los que trabajan en el sector no estructurado. Los adolescentes sin hogar son especialmente vulnerables a la violencia, los abusos y la explotación sexual de los demás, a los comportamientos de autodestrucción, al consumo indebido de sustancias tóxicas y a las perturbaciones mentales (...)”¹⁰⁷.

Podemos apreciar, en esta medida, el vínculo que se genera entre estas situaciones de vulnerabilidad y las condiciones de pobreza. Sobre el particular, la Corte Interamericana estableció la importancia de evitar la estigmatización de los menores que viven en situaciones de pobreza, los cuales suelen ser percibidos como “condicionados a la delincuencia o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana”¹⁰⁸.

La garantía del derecho a la vida visto desde un enfoque positivo implica la adopción de medidas a favor del libre desarrollo de la personalidad de los niños y las niñas. De este modo, en el caso *Servellón García vs. Honduras*, la Corte se pronunció sobre la ejecución extrajudicial, por parte de las fuerzas policiales de Honduras, de niños de la calle, y subrayó la falta de prevención por parte del Estado de adoptar las medidas necesarias para con este grupo de niños:

Los hechos del presente caso ocurrieron en razón de la condición de personas en situación de riesgo social que tenían las víctimas, lo que demuestra que el Estado no les proporcionó a Marco Antonio Servellón García ni a Rony Alexis Betancourth Vásquez un ambiente que les protegiera de la violencia y del abuso, y no permitió su acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esta falta privó definitivamente a los menores de su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro”¹⁰⁹.

De modo similar, en el caso *Niños de la Calle*, la Corte estableció que la falta de prevención del Estado en torno a la convivencia de menores en estado de abandono con la pobreza priva a los mismos de condiciones mínimas de vida digna y les impide el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”¹¹⁰.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños también ha sido analizado en el caso de los niños víctimas de desplazamientos forzosos a la luz del derecho a la vida, y se constata la especial vulnerabilidad de los mismos frente a situaciones que conducen a

¹⁰⁴ *Idem.*, párrafo 146.

¹⁰⁵ *Idem.*, párrafo 180.

¹⁰⁶ *Idem.*, párrafo 191.

¹⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 4. *Op. cit.*, párrafo 36.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia del 21 de septiembre de 2006, párrafo 112.

¹⁰⁹ *Idem.*, párrafo 117.

¹¹⁰ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. *Op. cit.*, párrafo 191.

estos desplazamientos. En esta medida, en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, la Corte constató que el desarrollo de los menores que tuvieron que huir del Municipio de Mapiripán debido al conflicto armado interno que se venía desarrollando en la zona, se vio frenado por tal situación. De esta forma, la peticionaria alegó que el Estado no había cumplido con adoptar medidas especiales de protección para los niños y niñas, de modo tal que se pudiera haber evitado tal desplazamiento¹¹¹. En ese contexto, la Corte precisó el carácter especial del derecho a la vida de los niños y las niñas:

La obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona presenta modalidades especiales en el caso de los niños y se transforma en una obligación de prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél. (...) ¹¹² (El énfasis es nuestro).

En líneas similares se pronunció la Corte en el *Caso de las Masacres de Ituango*, al señalar que el desplazamiento forzoso afecta el derecho de los niños y niñas a una vida digna, teniendo en cuenta que “la situación de desplazamiento forzado interno (...) [que] no puede ser desvinculada” de los otros derechos¹¹³.

Por otro lado, y como hemos podido apreciar, la interpretación amplia del derecho a la vida conduce a una apreciación del mismo en torno al concepto de derecho a una vida digna. Este criterio no solamente ha sido empleado respecto a situaciones de abandono o en el contexto de conflictos armados, sino que también ha sido evaluado en el marco de niños pertenecientes a determinadas minorías, donde se han visto privados del ejercicio de determinados derechos económicos, sociales y culturales. En esta medida, la Corte se ha pronunciado sobre las graves condiciones de salud, vivienda, nutrición y educación de los niños y niñas pertenecientes a las poblaciones indígenas en Paraguay, en los casos *Yakye Axa*¹¹⁴ y *Sawhoyamaxa*¹¹⁵, estableciendo lo siguiente:

La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste la situación de los niños y los ancianos de la Comunidad Yakye Axa. En otras

oportunidades, este Tribunal ha establecido que en materia de derecho a la vida de los niños, el Estado tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, la obligación adicional de promover las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas por el principio del interés superior del niño. En el presente caso, el Estado tiene la obligación, inter alia, de proveer a los niños de la Comunidad de las condiciones básicas orientadas a asegurar que la situación de vulnerabilidad en que se encuentra su Comunidad por la falta de territorio, no limitará su desarrollo o destruirá sus proyectos de vida¹¹⁶.

Finalmente, cabe hacer una breve alusión a la aplicación de la pena de muerte en los casos de menores de edad. Si bien la Corte Interamericana no se ha pronunciado específicamente sobre la misma en su jurisprudencia, la Comisión Interamericana sí ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre ésta. Como se sabe, en el marco del Sistema Interamericano se adoptó, el 8 de junio de 1990, el Segundo Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte. No obstante, y dado que no todos los Estados de la región han ratificado este instrumento, la CIDH se pronunció sobre la aplicabilidad de esta pena en menores de 18 años en los casos *Roach y Pinkerton vs. Estados Unidos* (1987)¹¹⁷ y *Michael Domingues vs. Estados Unidos* (2002)¹¹⁸. Así, estableció que los Estados miembros de la OEA reconocen el carácter imperativo de la norma que prohíbe la ejecución de menores de edad¹¹⁹, lo cual fundamentó no solo en la Convención Americana sino también en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre¹²⁰.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU también se ha pronunciado sobre la pena de muerte en su Observación General N° 17, al establecer que “en lo que respecta al derecho a la vida, no puede imponerse la pena de muerte por los delitos cometidos por menores de 18 años”¹²¹.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Op. cit., parágrafo 148.d).

¹¹² *Idem.*, parágrafo 162.

¹¹³ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Op. cit., parágrafo 234.

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Op. cit.

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Op. cit.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Op. cit., parágrafo 172.

¹¹⁷ CIDH. *Caso Roach y Pinkerton vs. Estados Unidos*. Caso 9647. Informe N° 3/87.

¹¹⁸ CIDH. *Caso Michael Domingues vs. Estados Unidos*. Caso 12.285. Informe N° 62/02.

¹¹⁹ CIDH. *Caso Roach y Pinkerton vs. Estados Unidos*. Caso 9647. Informe N° 3/87, parágrafo 56.

¹²⁰ *Ibidem.*

¹²¹ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 17. Op. cit., parágrafo 2.

Por lo tanto, podemos afirmar que el derecho a la vida es un derecho que debe ser interpretado de forma extensiva, y que contiene tanto una faceta negativa como una faceta positiva. Asimismo, en el caso de los niños y las niñas, el derecho a la vida cobra una particular relevancia que obliga a los Estados a adoptar medidas para prevenir su vulneración y para garantizar el derecho de los niños a una vida digna y al libre desarrollo de su personalidad, tal como lo reafirmó la Corte Interamericana en los casos *Bulacio* y *Hermanos Gómez Paquiyauri*¹²².

5.2 El derecho de los niños y niñas a la identidad y su relación con el derecho a la personalidad jurídica

Uno de los derechos esenciales del cual goza todo niño y niña es el derecho a la identidad, del cual se desprende el derecho a gozar de un nombre. Así, el derecho a la identidad “es un derecho complejo, en tanto abarca la realización de otros derechos como son el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares”¹²³. En esta línea se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus alegatos en el caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* ante la Corte Interamericana, al precisar que:

*El derecho a la identidad está íntimamente asociado al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al derecho a tener un nombre, una nacionalidad, una familia y a mantener relaciones familiares. La supresión o modificación total o parcial del derecho del niño a preservar su identidad y los elementos que lo integran compromete la responsabilidad del Estado*¹²⁴.

De este modo, si bien no existe un instrumento internacional que defina el derecho a la identidad, distintos instrumentos internacionales han regulado algunos elementos que conforman este derecho¹²⁵. En primer lugar, en su artículo 8, la Convención sobre los

Derechos del Niño establece lo siguiente:

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Como podemos apreciar, esta disposición vincula el derecho a la identidad con el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre e incluso el derecho a la vida familiar.

Por otro lado, en su artículo 24.2, el PIDCP regula el derecho de todo niño a un nombre y una nacionalidad¹²⁶, disposición que ha sido analizada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 17, donde ha precisado que:

*El establecimiento del derecho al nombre reviste especial importancia con respecto a los hijos extramatrimoniales. La obligación de inscribir a los niños después de su nacimiento tiende principalmente a reducir el peligro de que sean objeto de comercio, rapto u otros tratos incompatibles con el disfrute de los derechos previstos en el Pacto*¹²⁷.

Como podemos apreciar, el derecho al nombre no solo previene potenciales violaciones que se podrían concretar ante la carencia de un nombre, sino que también opera de manera conjunta con el principio de no discriminación, tal como se plantea en el caso de los hijos extramatrimoniales.

Por último, la Convención Americana no se refiere específicamente al derecho a la identidad, pero sí regula de manera expresa el derecho al nombre en su artículo 18, al establecer que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”. Asimismo, resulta importante destacar que la Convención

¹²² Véase al respecto Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. *Op. cit.*, parágrafo 138 y Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. *Op. cit.*, parágrafo 171.

¹²³ SALMÓN, Elizabeth. “El derecho a la identidad y al nombre como parte de las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos”, p.30. En: OXFAM. *El derecho al nombre y a la identidad. 3 estudios*. Lima: Oxfam, 2006, pp.23-56.

¹²⁴ Corte IDH. Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de marzo de 2005, parágrafo 117a.

¹²⁵ SALMON, Elizabeth, *op. cit.*, p. 2.

¹²⁶ Artículo 24.2: Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

¹²⁷ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 17. *Op. cit.*, parágrafo 7.

Americana incluye a este derecho dentro del “núcleo duro de derechos humanos” regulado en el artículo 27, cuyo ejercicio no podrá ser suspendido bajo ninguna circunstancia.

Dicho esto, cabe remitirnos a lo apuntado por la Corte Interamericana en esta materia, la cual ha desarrollado de manera significativa los distintos elementos del derecho a la identidad y el derecho al nombre en el *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, así como las diversas consecuencias de la vulneración de este derecho. Esto último pone de manifiesto, una vez más, la verdadera interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Cabe recordar que el caso se suscitó en torno a la negativa de la República Dominicana de extenderle partidas de nacimiento a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, por considerar que al ser hijas de padres haitianos (y madres dominicanas), las mismas tenían la posibilidad de optar por esa nacionalidad y no les era necesario contar con la nacionalidad dominicana, mas allá del hecho de que habían nacido en la República Dominicana y esta última reconoce la nacionalidad en torno al criterio de *ius soli*. Es atendiendo a esta situación que la Corte Interamericana consideró que el Estado de República Dominicana había vulnerado el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre y el derecho a la personalidad jurídica de las niñas Yean y Bosico.

Impedir la inscripción de las niñas ante el registro civil de República Dominicana también afectó su derecho a la nacionalidad. Así, la Corte hizo hincapié en la gravedad de esta situación al definir el alcance de la nacionalidad, precisando que

*“La importancia de la nacionalidad reside en que ésta, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propios de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos”*¹²⁸.

Entre estos derechos no solo se presenta la potencial vulneración del derecho a la libertad de tránsito (atendiendo al hecho de que las niñas podrían ser objeto de una deportación al carecer de los papeles necesarios para permanecer en el país), así como del derecho a la

integridad por las situaciones de tensión por las que tuvieron que atravesar tanto ellas como, sobre todo, sus familiares por el temor a la deportación de las niñas, sino que también se vulneró el derecho a la educación de la niña Violeta Bosico, a quien se le impidió asistir a la escuela diurna por carecer de documentos de identidad, y se vio obligada a asistir a la escuela nocturna de adultos. Por otro lado, la negativa de reconocer la nacionalidad dominicana de las niñas constituyó, en opinión de la Corte, una vulneración del principio de igualdad y no discriminación¹²⁹. Más aún, la Corte reafirmó que el respeto al principio de igualdad y al principio de no discriminación debe respetarse más allá del estatus migratorio de la persona en un Estado determinado¹³⁰.

Por último, el derecho a la identidad y el derecho al nombre se encuentran estrechamente vinculados con el derecho a la personalidad jurídica. Es atendiendo a la relación entre el derecho al nombre y el derecho a la personalidad jurídica que el Comité de Derechos Humanos ha precisado lo siguiente:

*En virtud del párrafo 2 del artículo 24, todo niño tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre. A juicio del Comité, debe interpretarse que esta disposición está estrechamente vinculada a la que prevé el derecho a medidas especiales de protección y tiene por objeto favorecer el reconocimiento de la personalidad jurídica del niño*¹³¹.

En el *Caso Niñas Yean y Bosico*, la Corte Interamericana determinó la vulneración del principio de personalidad jurídica de las niñas y su relación con distintos sujetos. Así, precisó que “el nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado”¹³².

Finalmente, cabe referirnos a una situación común entre niños y niñas pertenecientes a comunidades indígenas, los cuales con frecuencia carecen de registros de identificación ante las autoridades nacionales y

¹²⁸ Véase Corte IDH. *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. *Op. cit.*, párrafo 137.

¹²⁹ *Idem.*, párrafo 141.

¹³⁰ *Idem.*, párrafo 155.

¹³¹ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 17. *Op. cit.*, párrafo 7.

¹³² Véase Corte IDH. *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. *Op. cit.*, párrafo 184.

en ese sentido permanecen al margen de la sociedad y se ven impedidos de acceder a ciertos servicios sociales, como por ejemplo la salud. Los casos *Sawhoyamaxa* y *Yakye Axa* contra Paraguay pusieron de manifiesto no solo las condiciones infrahumanas en que se encuentran muchas de las poblaciones indígenas y que afectan de modo particular a los niños —como quedó demostrado en estos casos por el alto índice de mortalidad de los niños debido a enfermedades tales como el tétano, sarampión o pulmonía— sino también la realidad de que muchos niños fallecen sin haber sido nunca registrados. Ello no se puede adjudicar únicamente a las comunidades, sino que en ocasiones el Estado no brinda las facilidades necesarias para ello. Un claro ejemplo de ello fue el caso de muchos campesinos y miembros de las comunidades nativas en el Perú durante los años del conflicto armado interno, que carecían de documentos de identidad debido a su imposibilidad de cubrir los costos de inscripción (trámite que en la actualidad no tiene costo alguno para las personas de bajos ingresos). En el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte constató esta carencia:

*Igualmente, los miembros de esta Comunidad tienen impedimentos para el registro de su nacimiento, defunción o cambios de estado civil, así como para obtener cualquier otro documento de identificación (...) En particular, los miembros de la Comunidad (...) fallecieron sin tener personalidad jurídica reconocida oficialmente (...) Ninguno de estos niños y niñas contó con partida de nacimiento, certificado de defunción o cualquier otro tipo de documento de identificación*¹³³.

5.3 Los niños y las niñas privados de libertad

El derecho a la libertad se encuentra consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana¹³⁴. En este sentido, el derecho a la libertad se

encuentra relacionado con el derecho al debido proceso y a la protección judicial, en la medida que exige que toda privación de la misma sea legítima. No obstante, el derecho a la libertad no solamente debe ser analizado a la luz de detenciones y reclusiones, sino que también se inserta en situaciones relativas a desapariciones forzadas, reclutamientos forzosos, o esclavitud.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño regula también las condiciones de privación de libertad de los menores en su artículo 37:

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizarán tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;*
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la*

¹³³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. *Op. cit.*, parágrafo 73.73.

¹³⁴ Artículo 7:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser

juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Como podemos apreciar, estamos ante una disposición completa que tiene como ejes el trato digno y humano a los menores privados de su libertad; la privación de libertad de los menores como medida de *última ratio*; la legitimidad y legalidad de toda medida de privación de libertad; y el derecho a un debido proceso y a la protección judicial.

Otro instrumento internacional que regula el derecho a la libertad de los menores son las *Reglas de la ONU para la Protección de Menores Privados de Libertad*, donde se establece que

“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el caso particular de los menores privados de su libertad en el caso *Instituto de Reeducación del Menor* (el cual se suscitó debido a un motín llevado a cabo al interior de un centro penitenciario de adultos en el cual falleció, en manos de un agente policial, un interno que era menor de edad), cuando evaluó las condiciones de detención de los menores y afirmó la posición especial de garante que tiene el Estado frente a los reclusos¹³⁵. En particular, la Corte puso énfasis en la obligación particular que tienen los Estados frente a los niños privados de libertad, y en el deber de garantizar su internamiento en condiciones dignas:

En íntima relación con la calidad de vida, están las obligaciones del Estado en materia de integridad personal de niños privados de libertad. La calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos¹³⁶.

El derecho a la integridad, en esta medida, se presenta relacionado con el derecho a la libertad y con las condiciones dignas de reclusión, lo cual conduce inexorablemente al derecho a la vida.

Las condiciones de internamiento de los menores de edad han sido reguladas, a su vez, en el marco del sistema universal de derechos humanos. Así, la Asamblea General de la ONU adoptó, el 2 de abril de 1991, en su Resolución 45/113, las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad*, en las que establece en términos generales que los menores privados de libertad requieren de una atención y protección especial, y que la reclusión de un menor en un establecimiento debe ser siempre una medida excepcional. Así, en relación con las condiciones de internamiento, la Corte se ha pronunciado sobre las mismas en el caso *Bulacio vs. Argentina*:

La Corte ha establecido que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos, lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que se reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad¹³⁷.

En este sentido, y atendiendo a la especial vulnerabilidad de los internos menores de edad, la Corte afirmó, en el caso *Instituto de Reeducación del Menor*, que el Estado tiene “el deber de crear las condiciones necesarias para evitar al máximo riñas entre los internos (...)”¹³⁸

Por su parte, tanto las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad* como la jurisprudencia de la Corte Interamericana han enfatizado el carácter estrictamente excepcional de la privación de libertad de menores. En esta medida, en el caso

¹³⁵ Corte IDH. Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. Op. cit., párrafos 152-155.

¹³⁶ *Idem.*, párrafo 162.

¹³⁷ Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Op. cit., párrafo 126.

¹³⁸ Corte IDH. Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. Op. cit., párrafo 184.

Bulacio vs. Argentina, la Corte estableció que “(...) se han formulado diversas consideraciones específicas sobre la detención de niños, que, como lo ha señalado esta Corte y se reconoce en diversos instrumentos internacionales, debe ser excepcional y por el período más breve posible”¹³⁹.

Finalmente, cabe referirnos a una situación que no es ajena a la región y que ha sido recogida, aunque de manera no muy extensa, en la jurisprudencia de la Corte, que es la relativa al reclutamiento forzoso de menores por las Fuerzas Armadas o los grupos armados organizados. La Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre ello en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, que se presentó en torno al reclutamiento de un niño de quince años por las fuerzas armadas paraguayas. A lo largo de esta decisión, la Corte constata las circunstancias que llevaron al menor Vargas Areco a intentar huir de las fuerzas armadas debido a su insatisfacción en dichas filas, y los malos tratos a los que fue sometido, atentando de este modo contra su derecho a la integridad. El último intento de huida no prosperó y resultó en la ejecución extrajudicial del menor. Esta situación se encontró agravada por la falta de investigación de los hechos, incluido alegatos en torno a la supuesta comisión de tortura. Ello constituyó, según la Corte, una violación del derecho al debido proceso y a la protección judicial de los familiares de la víctima, así como una violación al derecho a la vida e integridad del joven Vargas Areco.

Asimismo, en dicho caso, la Corte manifestó su preocupación en torno a la proporcionalidad en las medidas sancionadoras adoptadas con frecuencia al interior de algunas fuerzas armadas respecto a los menores de edad:

Aun cuando la Corte Interamericana no puede, ni lo pretende, sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el Derecho interno, ni en la determinación de los procedimientos aplicables a determinadas situaciones en el ámbito militar, la propia Corte observa con preocupación la falta de proporcionalidad que se advierte: a) entre el método utilizado frente a la fuga de un recluta de las fuerzas armadas y la falta disciplinaria en la que dicho recluta habría incurrido; y b) entre la respuesta del Estado a la conducta ilícita del agente y el bien jurídico

¹³⁹ Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Op. cit., párrafo 135.

*supuestamente afectado –el derecho a la vida de un niño*¹⁴⁰.

5.4 El derecho a la educación de los niños y las niñas

El Protocolo de San Salvador regula el derecho a la educación en su artículo 13¹⁴¹, mientras que la CDN lo hace en su artículo 28¹⁴². Si bien

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 108.

¹⁴¹ Artículo 13:

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que, con el objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
 - a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.
4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecúe a los principios enunciados precedentemente.
5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados Partes.

¹⁴² Artículo 28:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
 - a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la

la Convención Americana no contiene una disposición específica relativa al derecho a la educación, el Protocolo de San Salvador establece expresamente que la presunta vulneración del derecho a la educación podrá ser objeto de una demanda ante la Corte Interamericana. Ciertamente, el artículo 19.6 del Protocolo señala que

En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta medida, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse, en algunas ocasiones, sobre el alcance del derecho a la educación, lo cual le ha permitido, una vez más, aplicar el criterio de la interdependencia de los distintos derechos. La jurisprudencia de la Corte ha destacado el vínculo entre el derecho a la educación y el derecho a una vida digna. Ello se ha podido apreciar, por ejemplo, en el *Caso Niñas Yéan y Bosico*, donde la Corte se refirió indirectamente a la vulneración del derecho a la educación (sin afirmar expresamente su afectación). En consecuencia, la Corte se pronunció sobre la particular vulnerabilidad de la situación de Violeta Bosico, que se vio agravada por su impedimento de asistir a la escuela diurna:

enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

- c) hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
 - d) hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales, y tengan acceso a ellas;
 - e) adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.
 3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

[L]a Corte considera que la vulnerabilidad a que fueron expuestas las niñas, también se reflejó —para el caso concreto de la niña Violeta Bosico— en que se le impidió estudiar durante el período escolar 1998-1999 en la tanda diurna de la Escuela de Palavé. (...) Este hecho a la vez agravó su situación de vulnerabilidad, ya que ella no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le sería adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas. Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 (...), interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual¹⁴³.

Como podemos apreciar, la Corte establece como estándar la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales en lo relativo al derecho de los niños y niñas a una educación gratuita y de calidad. Asimismo, se enfatiza el propósito de la educación, que radica en propiciar el pleno desarrollo intelectual de los niños y las niñas. Ello guarda coherencia con lo afirmado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 1, sobre los propósitos de la educación:

La educación a que tiene derecho todo niño es aquella que se concibe para prepararlo para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados. El objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo. En este contexto la "educación" es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permitan al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad¹⁴⁴.

¹⁴³ Corte IDH. *Caso Niñas Yéan y Bosico vs. República Dominicana*. Op. cit., párrafo 185.

¹⁴⁴ Comité sobre Derechos del Niño. *Propósitos de la Educación*. Observación General N° 1 del 17 de abril de 2001, párrafo 2.

En esta línea de pensamiento se pronuncia Vicente Giménez al señalar que

“...entre los derechos básicos es importante subrayar a la educación como un derecho transformador para el desarrollo humano (...) Educar es hacer posible el desarrollo de las capacidades personales de los niños, para su formación como ciudadanos y para posibilitarles la construcción de un futuro digno”¹⁴⁵.

En esta línea, en casos relativos a pueblos indígenas, la Corte ha destacado la relevancia que tiene para el goce del derecho a una vida digna, la igualdad en el acceso a la educación. En efecto, en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay* dadas las precarias condiciones en las que estudiaban los niños de la comunidad y al hecho de que las clases a las cuales debían asistir eran impartidas solamente en castellano o guaraní —los cuales no eran las lenguas de estos niños— la Corte condenó “las especiales deficiencias en la educación que reciben los niños”¹⁴⁶.

Atendiendo a estas circunstancias, en el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte estableció como una de las medidas de reparación a favor de este pueblo indígena que la educación impartida, en la medida de lo posible, “considerará la cultura de la Comunidad y del Paraguay y será bilingüe, en idioma enxet y, a elección de los miembros de la Comunidad, español o guaraní”¹⁴⁷.

Por otro lado, cabe precisar que una de las exigencias al Estado en torno a la garantía del derecho a la educación, consiste en brindar un entorno de estudio saludable que permita el libre desarrollo de la personalidad de los niños y niñas. Esta fue una de las preocupaciones de la Corte en el caso *Yakye Axa*, donde se constató que las clases se impartían en escuelas precarias¹⁴⁸.

Finalmente, la Corte Interamericana también ha evaluado situaciones de vulneración del derecho a la educación que se generan como consecuencia de situaciones de conflictos armados y/o de

desplazamientos forzosos. En esta línea se pronunció la peticionaria en el Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, al afirmar que

“(...) el desarrollo de estos niños se vio afectado por su desplazamiento, al tener que dejar el estudio para empezar a trabajar o encargarse del cuidado de sus hermanos, o al tener que separarse de la familia, aguantar hambre, carecer de atención médica o una casa adecuada, entre otras situaciones (...)”¹⁴⁹.

En consecuencia, y tal como se desprende de la jurisprudencia de la Corte, el derecho a la educación se encuentra inexorablemente vinculado con otros derechos. En este sentido, cabe referirnos a lo precisado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto al derecho a la educación:

*El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 del Pacto, así como en otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos*¹⁵⁰.

5.5 El derecho de los niños y niñas al debido proceso, el derecho a la participación y el derecho a ser oídos

La Convención Americana regula el derecho al debido proceso en su artículo 8 (garantías judiciales)¹⁵¹ y la CDN lo hace en sus artículos 37.d y 40:

¹⁴⁹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. *Op. cit.*, párrafo 149.d.

¹⁵⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 11. *Op. cit.*, párrafo 2.

¹⁵¹ Artículo 8. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹⁴⁵ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁶ *Idem.*, párrafo 165.

¹⁴⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. *Op. cit.*, párrafo 230.

¹⁴⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. *Op. cit.*, párrafos 50 y 102.

*Artículo 37**(...)*

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

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en

-
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:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

particular:

- a. *Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;*
- b. *Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:*
 - i. *Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;*
 - ii. *Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y de que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;*
 - iii. *Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;*
 - iv. *Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;*
 - v. *Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;*
 - vi. *Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.*

De este modo, en lo relativo a los niños y niñas, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse, de manera transversal, sobre el alcance del debido proceso y el derecho de los niños a participar en tales procesos, tanto de carácter administrativo como judicial. Ello ha llevado a la Corte a reconocer el carácter particular del derecho al debido proceso cuando se trata de menores de

edad, interpretación que ya había sido realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, si bien, según Kilkelly el derecho a la participación y, en particular, el derecho del niño a ser oído ha sido reconocido por la CDN y se plasma como uno de los nuevos estándares planteados por dicho instrumento, ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) —apoyado en la CDN como medio de interpretación— el que ha desarrollado este derecho de manera más significativa¹⁵². Así, más allá de la referencia en el Convenio Europeo a la excepción de la publicidad de los procesos para efectos de protección de los menores¹⁵³, ha sido la jurisprudencia del TEDH la que ha sentado que el derecho contenido en el artículo 6 del Convenio Europeo (derecho a un proceso equitativo) incluye el derecho de acceso y participación en el proceso¹⁵⁴. Asimismo, el TEDH ha interpretado que el derecho al debido proceso debe guardar un enfoque particular cuando se trate de menores:

*Más específicamente, en un caso relativo a niños, el derecho contenido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial debe ser balanceado con el hecho de que algunos procedimientos deben estar organizados de modo tal que permitan a la defensa obtener confianza en la persona que representa a la autoridad*¹⁵⁵.

En esta línea de pensamiento, la Corte interamericana ha establecido que la aplicación del derecho al debido proceso y a las garantías

específicas, más allá de su aplicabilidad a toda persona, incluidos los menores de edad, se encuentra dotada de un contenido específico en el caso de estos últimos:

llo y mejores posibilidades de gozar de una vida digna.

*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*¹⁵⁶.

En el caso de procesos administrativos, la Corte también puso énfasis en la necesidad de adoptar medidas especiales de protección, las cuales deben ajustarse estrictamente a la ley y evitar la ruptura de lazos familiares en caso que el niño deba ser separado de su familia¹⁵⁷.

Esta aproximación al debido proceso guarda relación, a su vez, con el enfoque garantista del sistema de justicia de menores que, según lo establecido por las “Reglas de Beijing” o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia en menores, hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito¹⁵⁸.

Con respecto al derecho de los niños a la participación, este es un principio que —según Guilló— se encuentra de manera transversal en la CDN, y del cual se deriva el derecho de todo niño a ser oído. De este modo, Guilló establece que “el derecho a ser oído, a ser informado en todo momento de su situación (...) abunda también en esta dirección: en la necesidad de que los niños y las niñas sean no solo destinatarios sino protagonistas de sus propios derechos”¹⁵⁹. En relación con ello, la Corte ha afirmado que:

[D]el artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con

¹⁵² KILKELLY, Ursula, *op. cit.*, p. 311.

¹⁵³ El artículo 6.1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

¹⁵⁴ Véase al respecto TEDH. *Caso Airey vs. Irlanda*. Sentencia del 9 de octubre de 1979.

¹⁵⁵ KILKELLY, Ursula, *op. cit.*, p. 321. Traducción libre del siguiente texto: *More specifically, then, in a children's case, the right under ECHR Article 6 to be tried by an independent and impartial tribunal must be balanced with the fact that such proceedings should be organized in a way that permits the defendant to gain confidence in the person representing the authority.*

¹⁵⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Op. cit.*, parágrafo 98.

¹⁵⁷ *Idem.*, parágrafo 103.

¹⁵⁸ Regla N° 5 de las Reglas de Beijing.

¹⁵⁹ GUILLÓ JIMÉNEZ, Juan, *op. cit.*, p. 93.

*amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación*¹⁶⁰.

Finalmente, la Corte también se ha pronunciado sobre la especial gravedad de la falta de investigación y el impacto de ello sobre la vulnerabilidad en casos de vulneraciones de derechos de menores. Así lo constató, por ejemplo, en los casos *Niños de la Calle*¹⁶¹ y *Vargas Areco*¹⁶². Ello ha significado extender el debido proceso y el derecho a la protección judicial a los familiares de las víctimas (como se dio, por ejemplo, en el caso *Vargas Areco*) y ha sentado una relación entre el deber de investigar presuntas violaciones de los derechos humanos de los niños y las niñas, y el derecho a la integridad de los familiares, el cual se ve afectado cuando los familiares no pueden acceder a la justicia.

6. Conclusiones

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún es bastante reciente en lo que se refiere a los derechos de los niños y niñas. No obstante, la Corte ha afirmado algunas innovaciones interesantes y ha abordado situaciones que son, lamentablemente, comunes en la región y ponen de manifiesto la vulnerabilidad en la cual sigue sumergida una cantidad importante de nuestra niñez.

En este sentido, los Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana, pero también el resto de los Estados Miembros de la OEA, podrán hacer uso de los estándares plasmados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para elaborar medidas de protección y políticas públicas en torno a la protección de los niños y niñas en el continente americano. Asimismo, los tribunales nacionales están llamados a implementar dichos estándares y a retroalimentar las decisiones de la Corte, generando de este modo un diálogo constructivo entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁶⁰ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. *Op. cit.*, párrafo 227.

¹⁶¹ *Idem.*, párrafo 186.

¹⁶² Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. *Op. cit.*, párrafo 77. Véase también Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. *Op. cit.*, párrafos 192 y 193 y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. *Op. cit.*, párrafos 173 y 174.

Finalmente, cabe precisar que la difusión de las decisiones y estándares apuntados por la Corte también deberá alcanzar a distintos segmentos de la sociedad, como por ejemplo a las escuelas, e incluir, en la medida de lo posible, a las propias familias. De este modo, se dará un paso más hacia la protección tripartita de nuestra infancia por parte del Estado, la sociedad y las familias, con miras a brindar a nuestra niñez mayores oportunidades de desarrollo y mejores posibilidades de gozar de una vida digna.

Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 6, Número 1, 2008.

BELOFF, Mary. “Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. En: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Capítulo 4. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. Segunda edición. OEA/Ser.L/V/II. 133, Doc.34, 29 de octubre 2008. Original: español.

CIDH. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez. *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niñas y adolescentes*. OEA/Ser.L/V/II.135. 5 de agosto de 2009.

GUILLÓ JIMÉNEZ, Juan. “La Convención sobre los Derechos de los Niño. Derechos y Necesidades de la Infancia”. En: VICENTE GIMÉNEZ, Teresa y Manuel HERNÁNDEZ PEDREÑO (coordinadores). *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia, 2007.

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES. *Breve cronología de algunos hechos que llevaron a la Convención*, disponible en: http://www.iin.oea.org/2004/Convencion_Derechos_Nino/Breve_historia.htm

KILKELLY, Ursula. “The Best of Both Worlds for Children’s Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child.” En: *Human Rights Quarterly*, Volumen 23, Número 2, Mayo 2001.

PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid: UC3M, 1999.

SALMÓN, Elizabeth. “La igualdad, no discriminación en igualdad ante la ley en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Programa sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. En: <http://www.adc-sidh.or5g/la-corte-lista>.

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, “Los derechos del niño como avance de la justicia.” En: VICENTE GIMÉNEZ, Teresa y Manuel HERNÁNDEZ PEDREÑO (coordinadores). *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*, Murcia: Universidad de Murcia, 2007, pp. 67-81.

Decisiones internacionales

Corte IDH. Caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008.

Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003.

Corte IDH. Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH. Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de septiembre de 2006.

Corte IDH. Caso *de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2006.

Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Corte IDH. Caso *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Corte IDH. Caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.

Corte IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de marzo de 2005.

Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

CIDH. *Caso Roach y Pinkerton vs. Estados Unidos*. Caso 9647. Informe N° 3/87.

CIDH. *Caso Michael Domingues vs. Estados Unidos*. Caso 12.285. Informe N° 62/02.

Comité de Derechos Humanos. *Los derechos del niño (art. 24)*, Observación General N° 17 del 7 de abril de 1989.

Comité sobre Derechos del Niño. Observación General N° 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 1 de julio de 2003.

Comité sobre Derechos del Niño, *Propósitos de la educación*, Observación General N° 1 del 17 de abril de 2001.

TEDH. *E and others vs. The United Kingdom*. Judgement of 26 November 2002.

TEDH. *Airey vs. Ireland*. Judgement of 9 October 1979.