

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*Juana María Ibáñez Rivas***

“Porque el hombre que está más cerca de su muerte que de su nacimiento necesita urgentemente ser feliz”.

Manuel Scorza.

A César Calvo agradeciéndole que esté aquí.

Inicio este artículo citando un verso del poeta peruano Manuel Scorza quien, agradeciendo a su amigo César Calvo, también poeta, se refiere a las necesidades de la vida atendiendo al momento en el que nos encontramos o a la edad que nos corresponde. Scorza concluye que quienes se encuentran más cerca de la muerte necesitan urgentemente ser felices, entendiendo, *contrario sensu*, que quienes se encuentran más cerca del nacimiento no tendrían esa urgencia de felicidad. Al respecto, bien podríamos pensar que la urgencia es un concepto ajeno a la felicidad, pues ésta debe suponerse una constante en la vida de todo individuo, desde la niñez.

“Alcanzar la felicidad” es un fin al que alude la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, cuando en su primer considerando señala que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida

* El presente artículo comprende el análisis de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana hasta su LXXXVII Período Ordinario de Sesiones, celebrado en San José, Costa Rica, del 17 al 29 de mayo de 2010.

** Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El presente artículo surge a partir de la presentación sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el marco del Seminario “Diálogo con los Sistemas Interamericano y Universal de Protección de Derechos Humanos desde la Iniciativa Niñ@Sur” (Buenos Aires, 13 y 14 de julio de 2010). Sin embargo, las expresiones aquí vertidas son estrictamente personales y no necesariamente reflejan la opinión de la Corte Interamericana o de sus funcionarios.

en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad”. De esta manera, las constituciones de los Estados americanos parecen tener una clara obligación de crear condiciones para la felicidad de los individuos, basada en la propia dignidad de los mismos.

En este artículo me referiré a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuya protección es determinante en esa búsqueda de felicidad. Tomo como principal fuente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), institución judicial autónoma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), que tiene como uno de sus referentes normativos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La función de este Tribunal puede describirse a partir de tres ámbitos específicos en términos de generación de jurisprudencia: i) la competencia contenciosa; ii) la competencia tutelar-cautelar para la adopción de medidas provisionales, y iii) la competencia consultiva. Este texto está estructurado en tres partes, que responden a cada una de esas competencias.

La primera parte se subdivide en tres apartados. En el primero, se hace una descripción de las principales obligaciones estatales en cuanto a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA), así como de los principios que orientan dicha protección desde la jurisprudencia de la Corte. En el segundo, concluyendo que la protección de los derechos de los NNA ha derivado de una concepción vinculada a la idea de vulnerabilidad –más allá de aquella inherente a la etapa de desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social en la que se encuentran–, enumero algunas situaciones de exposición o riesgo que han determinado la necesidad de mayor protección. Finalmente, en el tercero, presento algunas de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en los casos en que se ha declarado la violación de los derechos de los NNA.

En la segunda parte, relativa a la competencia tutelar-cautelar de la Corte, se desarrolla lo resuelto en los asuntos que involucran a los NNA en escenarios de extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño, y que han generado la adopción de medidas provisionales a su favor.

Por último, en la parte relativa a la competencia consultiva de la Corte, se exponen los aportes generales y específicos sobre los derechos de los NNA frente a consultas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o algunos Estados, con relación al alcance e interpretación de la Convención Americana y otros tratados.

1. La jurisprudencia contenciosa de la Corte

De acuerdo con la Convención Americana y el Reglamento de la Corte, la competencia contenciosa se refiere a cuando ésta conoce sobre un caso, determina la veracidad de los hechos presentados como parte de la demanda, decide si hubo violación verificando el vínculo entre los hechos y las alegadas violaciones a los derechos humanos contenidos en la Convención Americana o en los tratados vinculados y, en ese sentido, dispone que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, ordenando, de ser el caso, las respectivas reparaciones a favor de la víctima o víctimas concernidas.

Posteriormente, como parte de la etapa de supervisión de cumplimiento de sus sentencias, el Tribunal realiza el seguimiento de lo ordenado a partir de la presentación de informes estatales y de las observaciones provenientes de las víctimas o sus representantes y de la CIDH, relativos a la ejecución de las obligaciones determinadas en la sentencia.

a. Obligaciones estatales y principios derivados de la jurisprudencia contenciosa de la Corte sobre la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Es en ejercicio de su competencia contenciosa que la Corte ha determinado aspectos relevantes con relación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La determinación de éstos comprende un

interesante, aunque aún incipiente diálogo entre el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. El análisis de la jurisprudencia permite hacer referencia a siete aspectos que reseñamos a continuación:

i. Definición de niñez y adolescencia

El referente es el caso emblemático “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) respecto del Estado de Guatemala, sobre la detención, tortura y ejecución de cinco personas, tres menores de 18 años de edad, uno de 18 y otro de 20, que por su situación eran conocidos como “niños de la calle”. Dichos actos habrían sido cometidos por miembros de la Policía un día después de que uno de ellos, en su día libre, tuviese una discusión con uno de los niños.

En la sentencia la Corte señaló que “[e]l artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como ‘niño’”. Sin embargo, el Tribunal se remitió al Sistema Universal indicando que “la Convención sobre [los] Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’”¹. Cabe destacar que además de remitirse al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto a la definición de “niño”, la Corte Interamericana declaró por primera vez en este caso la violación del Artículo 19 de la Convención Americana (Derechos del Niño), el cual establece que: “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requier[e] por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Según estos criterios, para el caso en cuestión, “sólo tres de las víctimas..., tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emple[ó], en [esta] sentencia, la expresión coloquial ‘niños de la calle’, para referirse a las cinco víctimas..., que vivían en las calles, en situación de riesgo”².

¹ Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999*. Serie C No. 63, párr. 188.

² *Ibidem*.

Así, en la opinión consultiva *Condición jurídica y derechos humanos de los niños*, a la que nos referiremos más adelante, el Tribunal señaló que “[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”. A mayor abundamiento, precisó que “[l]a 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”. De esta manera, el Tribunal estableció que los niños, en gran medida, carecen de esa capacidad, pero de igual forma “son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”³.

En consecuencia, la Corte se remitió a la disposición más protectora en términos de derechos de los NNA, la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁴, cuya regulación también reafirma el criterio temporal de 18 años.

ii. Existencia y remisión a un *corpus juris* en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes

También en el caso “Niños de la calle”, la Corte hizo el importante vínculo en la materia con el Sistema Universal, indicando que tanto las normas de este Sistema como las propias del Sistema Interamericano constituyen el *corpus juris* para cuando se trata de la aplicación e interpretación de los derechos humanos de los NNA. Así, resaltó que el Tribunal

...ha[bía] afirmado reiteradamente que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corpus juris* internacional de protección de los niños y [que] en

³ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17, párrs. 41 y 42.

⁴ ONU, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Asamblea General, resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000.

diversos casos contenciosos ha precisado el sentido y alcance de las obligaciones estatales que derivan del artículo 19 de la Convención Americana a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵.

La Corte también ha incluido como parte de este *corpus juris* al artículo VII de la Declaración Americana⁶, el cual alude al derecho que corresponde a todos los niños de recibir “protección, cuidados y ayuda especiales” bajo el rubro de “Derecho de protección a la maternidad y a la infancia”⁷.

En la misma línea, el Tribunal ha dejado establecido que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”, integra también ese *corpus juris*, dando especial sentido al contenido e interpretación de los derechos de los NNA. Así sucedió en la sentencia del caso del “Instituto de Reeducción del Menor” respecto del Estado de Paraguay, sobre las violaciones de derechos sufridas por los niños internos en el Instituto “Coronel Panchito López” entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, entre ellas, hacinamiento, falta de higiene, desnutrición, falta de servicios médicos, infraestructura deficiente, así como torturas y malos tratos por parte de los guardias encargados de la custodia. Asimismo, en el Instituto tuvieron lugar tres incendios, en los cuales resultaron 9 internos muertos y 42 heridos. Otros resultaron muertos o heridos a causa del uso de armas de fuego o armas blancas en el contexto del traslado a una prisión para adultos.

En esa oportunidad, si bien la Corte no se pronunció sobre la violación aislada del artículo 19 de la Convención, sino que incluyó su decisión al respecto en los capítulos correspondientes a las violaciones de los artículos 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial)

⁵ Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala...* párr. 165.

⁶ *Ibidem*, párr. 192.

⁷ En su artículo VII, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “[t]oda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

del mismo tratado, sí señaló que “[e]n el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos”. Así, “[l]as acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”⁸. Ello, no obstante el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, correspondiente al derecho de la niñez, no es uno de los denominados “derechos justiciables” del tratado⁹.

Incluso el *corpus juris* incorpora normas del Derecho Internacional Humanitario, tal como fue establecido por el Tribunal en el caso de “La masacre de Mapiripán” respecto del Estado de Colombia. Ese caso se refiere a masacres perpetradas por miembros de grupos paramilitares que durante un tiempo impidieron la libre circulación a los habitantes del municipio, y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas, arrojando sus restos al río. Algunas de las víctimas desaparecidas fueron niños; otros más presenciaron la masacre y/o sufrieron las consecuencias del desplazamiento. En la sentencia del caso, el Tribunal declaró que “[e]l contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados... tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño... y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra”, este último referido a situaciones de conflicto armado de carácter no internacional, de alta intensidad¹⁰.

⁸ Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004*. Serie C No. 112, párr. 149.

⁹ Sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia del Tribunal, Cfr. Corte I.D.H., *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2009*. Serie C No. 198.

¹⁰ Corte I.D.H., *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005*. Serie C No. 134, párr. 153.

En este punto es importante destacar que la referencia a un *corpus juris* para la aplicación e interpretación de los derechos humanos por parte de la Corte Interamericana, no es privativa de aquellos que protegen a los NNA. Por el contrario, se trata de una saludable tendencia a nivel de los diferentes sistemas de protección de derechos humanos, internacionales e internos, que cada día apuntan hacia un mayor diálogo jurisprudencial.

iii. Los responsables del cumplimiento de los deberes con relación a la niñez y adolescencia

De acuerdo con lo expresamente señalado en el artículo 19 de la Convención Americana, el Tribunal ha resaltado que la protección respecto a los niños, niñas y adolescentes vincula no sólo al Estado sino también a la familia y a la sociedad¹¹. Así, por ejemplo, ha indicado que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”¹².

Es importante que tratándose de NNA, la Convención haya hecho esta precisión de manera expresa en cuanto al deber de protección que vincula a la familia y a la sociedad. Si bien resulta implícito que no sólo el Estado está obligado a respetar los derechos de los individuos bajo su jurisdicción, el que el artículo 19 de la Convención señale que este deber trasciende la esfera estatal constituye un mensaje en cuanto a la especial protección que aquellos ameritan desde las primeras etapas de su vida y respecto de todos los que conforman su entorno.

iv. Las “medidas de protección” a favor de los niños, niñas y adolescentes

En el caso “Niños de la calle” la Corte citó algunas de las medidas que implicarían el cumplimiento de los deberes de protección en términos del artículo 19 de la Convención Americana, sin que la

¹¹ Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay...* párr. 157; Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 54. Cfr. ONU, Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, artículo 23-La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 de 27 de julio de 1990, párr. 1.

¹² Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 71.

identificación de tales medidas represente una referencia taxativa de las mismas. Así, estableció “que dentro de las medidas de protección a que alude el artículo 19 de la Convención, se debe incluir la asistencia especial a los niños privados de su medio 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 víctima de abandono o explotación”¹³. De acuerdo con lo expuesto por la Corte en esta sentencia, “[e]l Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño”¹⁴. En este punto agregaríamos que, en cumplimiento del deber de respeto y garantía y en la línea de la jurisprudencia ya consolidada del Tribunal, las medidas a adoptar por el Estado no sólo comprenden las de naturaleza positiva sino también las de negativa, entendidas éstas como las que exigen la abstención del Estado para evitar supuestos en los cuales se vulneren los derechos de los NNA.

En el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri respecto del Estado del Perú, sobre la detención, tortura y ejecución de dos hermanos adolescentes por agentes de la policía, tras una redada en búsqueda de supuestos terroristas y delincuentes, el Tribunal señaló que entre las medidas de protección a favor de los NNA “merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la prohibición de la tortura y a las condiciones que deben observarse en casos de privación de la libertad de niños”¹⁵.

Asimismo, en la ya citada opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos de los niños, la Corte estableció “que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas

¹³ Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala...* párr. 196; Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, reparaciones (art.63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 26 de mayo de 2001*. Serie C No. 77, párr. 90.

¹⁴ Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala...* párr. 114. Cfr. Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 91.

¹⁵ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de julio de 2004*. Serie C No. 110, párr. 168.

medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna”¹⁶.

Al respecto cabe destacar que, en su momento, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU concluyó que “el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”¹⁷. Sobre el particular, y específicamente para el caso de los NNA de comunidades indígenas, la Corte se refirió a otras medidas que podrían caracterizarse como de “protección”. Por ejemplo, en el caso *Chitay Nech y otros* respecto del Estado de Guatemala, sobre la desaparición forzada del dirigente político indígena maya kaqchikel, Florencio Chitay Nech realizada por hombres armados, frente a su hijo menor de edad quien lo acompañaba en ese momento, la Corte estimó “que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión e idioma”¹⁸.

También en el caso *Chitay Nech y otros*, la Corte citó las obligaciones positivas del Estado en términos de “protección”, remitiéndose a la necesidad de “favorec[er] el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”¹⁹, en la medida que “la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia”²⁰. Concretamente, en cuanto a este punto la Corte declaró que “[e]l derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias

¹⁶ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 86.

¹⁷ Cfr. ONU. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 de 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

¹⁸ Corte I.D.H., *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de mayo de 2010*. Serie C No. 212, párr. 169.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 157 y Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 66.

²⁰ Corte I.D.H., *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala...* párr. 157. Cfr. Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párrs. 71 y 72 y Corte I.D.H., *Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009*. Serie C No. 211, párr. 188.

arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño”²¹.

Por lo expuesto, y en lo que respecta a medidas de protección, es importante hacer notar la vinculación que la Corte ha declarado entre determinados derechos establecidos en la Convención para los niños, niñas y adolescentes. En esa línea, la Corte ha declarado la vinculación entre el artículo 19 de la Convención y el artículo 17 de la misma (Protección a la familia) que “reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”. Lo propio ha ocurrido en cuanto al artículo 11 de la Convención (Protección de la honra y de la dignidad) en lo que concierne a la privacidad, enfatizando que “[l]a protección de la familia y de sus miembros se garantiza también en el artículo 11.2 de la Convención, que consagra la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la familia”²².

Recordemos incluso que en el caso de “Las masacres de Ituango” respecto del Estado de Colombia, sobre incursiones de miembros de grupos paramilitares en los corregimientos de La Granja y El Aro en el Municipio de Ituango, ejecutando a civiles en estado de indefensión, entre ellos niños, sin que la fuerza pública adoptara medida alguna frente a ello, la Corte se refirió a una responsabilidad agravada del Estado cuando se configuran dichas injerencias cuyas víctimas son niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta “su condición de vulnerabilidad, en razón de su edad”²³.

En todo caso podemos concluir que en la mayoría de los supuestos la Corte no ha desarrollado exhaustivamente el contenido de las obligaciones de protección concernidas, lo cual permite presumir que los Estados tienen un interesante margen para ampliar dicha protección en la medida de lo posible y de acuerdo a la interpretación que sigan respecto de la Convención, tratados vinculados y de sus propias normas internas, siempre que resulten conformes a estos últimos.

²¹ Corte I.D.H., *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala...* párr. 157.

²² *Ibidem*.

²³ Corte I.D.H., *Caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2006*. Serie C No. 148, párrs. 244 al 246.

v. Continuidad en el tiempo para el cumplimiento de las obligaciones que protegen a los niños, niñas y adolescentes

Nuevamente resalto que no se trata de la caracterización de una obligación privativa de la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, sino que se extiende a todos los derechos humanos. En ese sentido, la Corte ha comprendido a la denominada obligación de prevención, es decir, a aquella que exige del Estado evitar violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de “Las masacres de Mapiripán” la Corte precisó que “[l]a obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de los niños y niñas, y se transforma en una obligación de ‘prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél’”²⁴.

Concretamente el Tribunal señaló que, “[e]n el caso *sub judice*, la masacre y sus consecuencias crearon un clima de permanente tensión y violencia que afectó el derecho a una vida digna de los niños y las niñas de Mapiripán”. En consecuencia, la Corte consideró que el Estado “no creó las condiciones ni tomó las medidas necesarias para que los niños y las niñas del... caso tuvieran y desarrollaran una vida digna, sino más bien [los] expu[so] a un clima de violencia e inseguridad”²⁵. Por tanto concluyó “que los hechos específicos del... caso que han afectado a niños y niñas, evidencian su desprotección con anterioridad, durante y con posterioridad a la masacre”²⁶.

En la misma línea, en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury, el Tribunal puntualizó que el Estado debe “prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de [los niños, niñas y adolescentes]”²⁷.

Naturalmente, y en atención a lo expuesto por la Corte en el caso de “Las masacres de Mapiripán”, corresponde enfatizar la continuidad en el cumplimiento de las obligaciones, ya que es habitual que las

²⁴ Corte I.D.H., *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia...* párr. 162.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, párr. 158.

²⁷ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú...* párr. 171.

situaciones específicas de violación a los derechos humanos deriven en una serie de consecuencias perjudiciales en el ejercicio de otros derechos. Pensando en los supuestos de la separación de las familias en el marco de un conflicto armado, el fenómeno del desplazamiento de personas y comunidades representa en la mayoría de los casos nuevas situaciones de vulneración de derechos del individuo que también deben ser atendidas por el Estado. Por ello, la Corte llamó la atención “sobre las consecuencias que tuvo la brutalidad con que fueron cometidos los hechos del... caso en los niños y las niñas... quienes experimentaron semejante violencia en una situación de conflicto armado, han quedado parcialmente huérfanos, han sido desplazados y han visto violentada su integridad física y psicológica”²⁸.

vi. La caracterización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como un “derecho adicional”

La jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado en el sentido de que los NNA, al igual que los adultos, “poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos... y tienen además derechos especiales derivados de su condición”²⁹.

En efecto, y cuando de derechos de la niñez y adolescencia se trata, a criterio de la Corte, el artículo 19 de la Convención Americana “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”³⁰. De acuerdo con Mary Beloff, quizá dicha protección adicional se justifique también en “que comúnmente se invoca... en todo el mundo [que] los niños son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, requieren protección específica”³¹.

²⁸ Corte I.D.H., *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia...* párr. 155 y Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 82.

²⁹ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 54 y Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay...* 147.

³⁰ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párrs. 53, 54 y 60; Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay...* párr. 147; Corte I.D.H., *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala...* párr. 164, y Corte I.D.H., *Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala...* párr. 184.

³¹ Beloff, Mary, “Protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular”, (págs. 83-118) en: *Memorias del Seminario Internacional “Los*

Así también el Tribunal ha señalado que “el Estado [debe] asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”³². Precisamente, y haciendo conexión con el aspecto siguiente, es en el marco del cumplimiento de dicho deber adicional respecto a los derechos de la niñez y adolescencia, que el Estado deberá tener como criterio para la toma de sus medidas de protección, positivas y negativas, el denominado “interés superior del niño”.

vii. Criterio de interpretación denominado “interés superior del niño”

Según la opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los niños

...este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño³³.

En ese sentido, el Tribunal formuló dos conclusiones con relación a este principio o criterio. La primera, que es

...punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en [la Convención], cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes”. Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, México: 2006, pág. 85.

³² Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párrs. 56 y 60; Corte I.D.H., *Caso Bulacio vs. Argentina, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003*. Serie C No. 100, párrs. 126, 134 y 177; Corte I.D.H., *Caso Servellón García y otros vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de septiembre de 2006*. Serie C No. 152, párr. 116, y Corte I.D.H., *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala...* párr. 164.

³³ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 56.

La segunda,

...que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia³⁴.

Asimismo, en una de sus más recientes y paradigmáticas sentencias, el caso González y otras (“Campo algodnero”) respecto del Estado de México, sobre la desaparición y posterior muerte de una joven y dos niñas cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodnero de Ciudad Juárez, la Corte reiteró que “[l]a prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que 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”³⁵.

Si bien la jurisprudencia del Tribunal ha dejado en evidencia la relevancia en la aplicación de este principio respecto de todos los derechos humanos de los NNA, pareciera que aún es necesario contar con mayores precisiones respecto a su contenido. De esta manera, no sólo los Estados, sino también los propios niños, niñas y adolescentes podrían conocer el alcance que pueden llegar a tener sus derechos a partir de la aplicación de este principio de interpretación.

b. Situaciones de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes que determinan mayores exigencias de protección a su favor

En las dos últimas sentencias de la Corte Interamericana que declaran la violación del artículo 19 de la Convención, el caso Chitay

³⁴ *Ibidem*, párrs. 59 y 60.

³⁵ Corte I.D.H., *Caso González y otras (“Campo algodnero”) vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009*. Serie C No. 205, párr. 408.

Nech y otros, y el caso de la masacre de las Dos Erres respecto del Estado de Guatemala, masacre de 251 habitantes del Parcelamiento de Las Dos Erres en el Departamento de Petén, entre ellos niños, ejecutada por miembros del grupo especializado de las fuerzas armadas de Guatemala denominados kaibiles³⁶, la Corte destacó que “el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”³⁷.

Así, y por todo lo expuesto hasta el momento, es posible concluir que la determinación de la protección de los derechos de la niñez y adolescencia en la jurisprudencia del Tribunal se ha derivado de una concepción vinculada a la idea de vulnerabilidad: 1) la considerada inherente debido a la etapa de desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social en la que se encuentran, y 2) la que se puede generar a partir de situaciones particulares que propician una mayor exposición y riesgo de afectación a sus derechos.

Dicho esto, a continuación presento una caracterización de estas últimas situaciones que, en todo caso, complejizan el análisis de la situación de vulnerabilidad en la que tradicionalmente se ha entendido que se encuentran los NNA.

i. Por ser mujeres

En la ya citada sentencia “Campo algodonero”, la Corte estableció que “el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las... víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”³⁸. A mayor abundamiento, en el mismo caso, “la Corte

³⁶ El Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: Memoria del Silencio* estableció que “los kaibiles eran una fuerza especial contrainsurgente del Ejército de Guatemala, los cuales en diversos operativos ponían en práctica la extrema crueldad de sus métodos de entrenamiento”.

³⁷ Corte I.D.H., *Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala...* párr. 184 y Corte I.D.H., *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala...* párr. 164.

³⁸ Corte I.D.H., *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México...* párr. 408. Cfr. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 24: La mujer y la salud, 20° período de sesiones, A/54/38/Rev.1, 1999, párr. 6.

consider[ó] que el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas que fueran necesarias para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas”. En concreto, para el Tribunal, “el Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad, una vez los familiares reportaron su ausencia, especialmente debido a que el Estado tenía conocimiento de la existencia de un contexto específico en el que niñas estaban siendo desaparecidas”³⁹.

Por tanto, frente a los hechos del caso, la Corte consideró que

...[a] pesar de la existencia de legislación para la protección de la niñez, así como de determinadas políticas estatales... de la prueba aportada por el Estado no consta[ba] que, en el caso concreto, esas medidas se hayan traducido en medidas efectivas para iniciar una pronta búsqueda, activar todos los recursos para movilizar a las diferentes instituciones y desplegar mecanismos internos para obtener información que permitiera localizar a las niñas con rapidez y, una vez encontrados los cuerpos, realizar las investigaciones, procesar y sancionar a los responsables de forma eficaz y expedita. En definitiva, el Estado no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas⁴⁰.

También en este punto, es pertinente mencionar el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya respecto del Estado de Paraguay, referido a la violación del derecho de propiedad ancestral de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya que, entre otros, afectó la vida e integridad de niños y niñas, en el que el Tribunal declaró que en cuanto a la protección de estos últimos “no puede desligarse... la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad”. Por ello, “[l]os Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica”⁴¹.

³⁹ Corte I.D.H., *Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México...* párr. 409.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 410.

⁴¹ Corte I.D.H., *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006*. Serie C No. 146, párr. 177.

ii. Por ser indígenas

En el caso *Chitay Nech y otros*, y vinculado al tema de la familia, la Corte “reconoc[ió] el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte”⁴². Se trata pues de un deber adicional

...definid[o] en el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, [el] cual dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma⁴³.

El artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que

[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

El antecedente de esta disposición es el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴, el cual reconoce este derecho para las minorías sin mencionar a los indígenas explícitamente. El artículo 27 de dicho Pacto establece que

[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Además, en la Observación General No. 11 del Comité de los Derechos del Niño, citada en el caso *Chitay Nech y otros* por el Tribunal, se ha considerado que “[e]l ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas a la cultura, a la religión y al idioma constituyen

⁴² Corte I.D.H., *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala...* párr. 159.

⁴³ *Ibidem*, párr. 167.

⁴⁴ Adoptado por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

unos cimientos esenciales de un Estado culturalmente diverso”, y que este derecho “constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas”⁴⁵.

iii. Por encontrarse en situaciones de conflicto armado

En el caso Vargas Areco respecto del Estado de Paraguay, sobre el niño Gerardo Vargas Areco, reclutado para el servicio militar en las fuerzas armadas del país cuando tenía 15 años de edad y ejecutado por un suboficial del destacamento que le disparó por la espalda, la Corte resaltó que “[e]l derecho internacional contempla normas especiales para la protección de la integridad física y psicológica de niños cuando estos se encuentran involucrados en actividades militares, ya sea en tiempos de paz como durante el transcurso de los conflictos armados”⁴⁶. Ello, además de considerar que una vez que los NNA se encuentran reclutados, se presentan normalmente casos de

...castigos físicos y psicológicos, así como ejercicios físicos que exceden la resistencia de los conscriptos, causando en muchos casos secuelas irreversibles, tanto físicas como psíquicas. Estos apremios son utilizados como método para infundir respeto a las órdenes de los superiores y castigo de actos de desobediencia o inadecuado cumplimiento de las instrucciones de éstos⁴⁷.

En el Derecho Internacional Humanitario, los dos protocolos adicionales a los convenios de Ginebra de 1949 se refieren a la necesidad de protección especial para los niños, entendiendo que los Estados deben tomar todas las medidas posibles para evitar que los menores de 15 años participen en las hostilidades, en términos de reclutamiento y enrolamiento⁴⁸. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los

⁴⁵ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 11, *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, 12 de febrero de 2009.

⁴⁶ Corte I.D.H., *Caso Vargas Areco vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006*. Serie C No. 155, párr. 112.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 131.

⁴⁸ Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), Artículo 77.2, y Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Artículo 4.c.

Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados prohíbe en su artículo 2 el reclutamiento obligatorio de menores de 18 años de edad en las fuerzas armadas, estableciendo ciertos supuestos excepcionales de reclutamiento de niños entre 15 y 18 años de edad. Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prohíbe el reclutamiento de niños menores de 15 años de edad en las fuerzas armadas y que éstos participen activamente en hostilidades⁴⁹. Nuevamente, el Tribunal consideró el *corpus juris* de protección de los derechos de la niñez y adolescencia.

En este punto, cabe destacar la sentencia en el caso Molina Theissen respecto del Estado de Guatemala, en el cual, en el marco del “conflicto armado interno”, miembros del ejército entraron a la casa de la familia Molina Theissen en busca de material subversivo y, al no encontrarlo, se llevaron al hijo menor de 14 años de edad, desapareciéndolo⁵⁰. En este fallo la Corte indicó que la responsabilidad del Estado

...se v[io] agravada en cuanto que lo ocurrido al niño Marco Antonio Molina Theissen formó parte de una práctica de desaparición forzada de personas, aplicada por el Estado durante el conflicto armado interno y llevada a cabo principalmente por agentes de sus fuerzas de seguridad, de la que también fueron víctimas los niños, como una forma de torturar y de atemorizar a sus familias⁵¹.

En los casos de “Las masacres de Ituango” y “La masacre de Mampiripán” el Tribunal señaló que “[l]a especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno... pues los niños y niñas son los menos

⁴⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002, artículos 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii).

⁵⁰ Corte I.D.H., *Caso Molina Theissen vs. Guatemala, fondo, sentencia de 4 de mayo de 2004*. Serie C No. 106, y Corte I.D.H., *Caso Molina Theissen vs. Guatemala, reparaciones y costas, sentencia de 3 de julio de 2004*. Serie C No. 108.

⁵¹ Corte I.D.H., *Caso Molina Theissen vs. Guatemala, reparaciones y costas...* párr. 41.

preparados para adaptarse o responder a dicha situación y son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada”⁵².

iv. En situación de riesgo social

La “situación de riesgo social” fue expresamente señalada por la Corte en el caso *Servellón García y otros* respecto del Estado de Honduras, en un contexto social marcado por la estigmatización de los jóvenes pobres (por encontrarse en estado de vagancia, sin empleos fijos o padeciendo otros problemas sociales) como supuestos causantes del aumento de la inseguridad pública en el país y por su consecuente identificación como delincuentes. En esa ocasión la Corte estableció “que los hechos de[l] caso se dieron en el marco de un contexto de violencia en contra de los niños y jóvenes en situación de riesgo social en Honduras”. De esta manera, precisó que “si bien no se enc[ontraba] probad[a]... la existencia, en la época de los hechos, de un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos en perjuicio de los niños y jóvenes en situación de riesgo, sí est[aba] probado el contexto de violencia dentro del cual se ha[bían] perpetrado las violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad personales en este caso”⁵³. Así, el Tribunal fue categórico al afirmar que “la delincuencia juvenil nunca puede utilizarse para justificar que las fuerzas de seguridad maten a niños a fin de mantener el orden público”⁵⁴.

Cabe destacar asimismo, que como parte de esta sentencia la Corte resaltó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, señalando que “[la] estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas”⁵⁵.

⁵² Corte I.D.H., *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia...* párr. 156; Corte I.D.H., *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia...* párr. 246. Cfr. Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párrs. 82 y 217.

⁵³ Corte I.D.H., *Caso Servellón García y otros vs. Honduras...* párr. 105.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 111.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 112.

Quizá hoy podríamos identificar la expresión de “situación de riesgo social” como aquella que nos remite a los supuestos de pobreza que pueden derivar en el involucramiento de los niños, niñas y adolescentes –y claro está, de sus familias– en situaciones y comportamientos al margen de la ley. Destaco entonces, como lo hizo la Corte en el caso de los “Niños de la calle” “que si los Estados tienen elementos para creer que los niños en situación de riesgo están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito”⁵⁶. Se constata nuevamente que la Corte hace remisión a la continuidad en el cumplimiento de las obligaciones referidas a los derechos de los NNA, en este punto, en términos de prevención.

Así, es interesante resaltar que en el caso *Servellón García y otros*, la Corte declaró la responsabilidad estatal por no dar “acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta privó definitivamente a los menores su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro”⁵⁷.

v. Práctica sistemática de agresiones

En el caso de los “Niños de la calle”, la Corte señaló “como hecho público y notorio... que para la época de los sucesos que constituye[ron] la materia de[l] caso, existía en Guatemala una práctica sistemática de agresiones en contra de los ‘niños de la calle’, ejercida por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que comprendía amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas y homicidios”⁵⁸. De esta manera, el Tribunal estableció que cuando los Estados violan en esos términos los derechos de los NNA como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión.

⁵⁶ Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala...* párr. 197; ONU, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/112 de 4 de diciembre de 1990, Capítulo III, párr. 9.

⁵⁷ Corte I.D.H., *Caso Servellón García y otros vs. Honduras...* párr. 117.

⁵⁸ Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala...* párr. 189.

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 vida⁵⁹.

En el caso de las Hermanas Serrano Cruz respecto del Estado de El Salvador, sobre la detención y desaparición forzada de dos hermanas que tenían 7 y 3 años de edad, por parte de miembros del Ejército durante un operativo militar conocido como “Operación limpieza” o “la guinda de mayo”, si bien la Corte no analizó la desaparición forzada de las niñas, por haber admitido dos excepciones preliminares presentadas por el Estado en relación con su competencia *ratione materiae*, sí se extendió en la determinación de especiales medidas de reparación. La Corte consideró “que la participación activa del Estado y todas sus autoridades e instituciones en [la] búsqueda [de las hermanas Serrano Cruz] será muy importante en la solución del problema de los niños y niñas que desaparecieron durante el conflicto armado”⁶⁰. Para ello, de acuerdo con el Tribunal, el Estado “debe utilizar todos los medios económicos, técnicos, científicos y de otra índole idóneos para determinar el paradero de [las víctimas], solicitando, en caso de ser necesario, la cooperación de otros Estados y organizaciones internacionales”⁶¹.

En el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, la Corte consideró igualmente que “la responsabilidad del Estado se ve agravada por existir en el Perú en la época de los hechos una práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados, realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales”. La Corte agregó que “[d]ichas violaciones graves infringen el *jus cogens* internacional” y que “para la determi-

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 191.

⁶⁰ Corte I.D.H., *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de marzo de 2005*. Serie C No. 120, párr. 179.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 181.

nación de la responsabilidad agravada, se debe tomar en cuenta que las... víctimas de este caso eran niños”⁶². Por tanto, la Corte insistió en que las víctimas, “al ser detenidas, torturadas y ejecutadas extrajudicialmente se encontraban desarmadas, indefensas y eran menores de edad, lo cual constituye un elemento adicional de la gravedad de la detención arbitraria en el... caso”⁶³.

Recientemente, en el caso de “La masacre de las Dos Erres”, la Corte destacó “la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte [de la] Convención [Americana] el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo”⁶⁴.

vi. Por ser migrantes

En el paradigmático caso de las Niñas Yean y Bosico respecto de la República Dominicana, las autoridades del Registro Civil les negó la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que habían nacido en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana establece el principio del *ius soli* para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos. En tal oportunidad, la Corte consideró que

...al haber[se] aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, [ello] constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de [aquéllas]. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos⁶⁵.

En seguida, haciendo mención a las obligaciones estatales sobre el particular, la Corte declaró que por

⁶² Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú...* párr. 76.

⁶³ *Ibidem*, párr. 89.

⁶⁴ Corte I.D.H., *Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala...* párr. 199.

⁶⁵ Corte I.D.H., *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de septiembre de 2005*. Serie C No. 130, párr. 166.

...la situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)⁶⁶.

Finalmente, el Tribunal “consider[ó] que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado”⁶⁷.

Atendiendo a la situación particular de migrantes de las niñas, el Tribunal señaló que “el tratamiento discriminatorio impuesto por el Estado a [éstas], se enmarca dentro de la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenec[ían]”⁶⁸.

Nuevamente, haciendo el nexo con el *corpus juris* de protección a los derechos de la niñez y adolescencia (en este caso, con los derechos económicos, sociales y culturales), el Tribunal resaltó que esta situación de discriminación tuvo implicancias directas en su derecho al nombre y a la educación, señalando que

...de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, 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

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 173.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 167.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 168.

a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.

Asimismo, señaló que “dentro del marco del artículo 18 de la Convención [Americana], [los Estados] tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento”⁶⁹.

vii. Detenciones (*razzia* o captura colectiva)

En este punto el caso de referencia es Bulacio respecto del Estado de Argentina, en el que la Policía Federal de la Ciudad de Buenos Aires realizó una detención masiva, conocida como “*razzia*”, de más de 80 personas en las inmediaciones de un estadio en donde se iba a realizar un concierto de rock. Walter David Bulacio, un joven de 17 años de edad, fue detenido y conducido a la “sala de menores” de una Comisaría de dicha ciudad, donde fue severamente golpeado por los agentes que lo habían detenido. Al día siguiente de la detención, sin que los padres ni el juez fueran informados, Walter Bulacio fue llevado al hospital donde le diagnosticaron un traumatismo craneal. A los pocos días fue trasladado y, poco después, falleció.

Frente a este caso, si bien la Corte “reconoc[ió] la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de ‘garantizar su seguridad y mantener el orden público’”, destacó que “el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho”⁷⁰. En consecuencia, la Corte consideró que las denominadas *razzias*, detenciones por averiguaciones de identidad y detenciones por edictos contravencionales de la policía “son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener –salvo en hipótesis de flagrancia– y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad”⁷¹.

⁶⁹ *Ibidem*, párrs. 164, 183 y 185.

⁷⁰ Corte I.D.H., *Caso Bulacio vs. Argentina...* párr. 124.

⁷¹ *Ibidem*, párr. 137.

En ese sentido, sobre la detención de niños, la Corte señaló que conforme a su jurisprudencia y otros instrumentos internacionales⁷², aquélla “debe ser excepcional y por el período más breve posible”⁷³.

viii. Por encontrarse privados de la libertad

En cuanto a esta particular situación, la Corte ha señalado en reiteradas ocasiones las obligaciones estatales que superan los casos que involucran los derechos de los NNA. En el caso del “Instituto de Reeducción del Menor”, el Tribunal observó que

...[p]or una parte, [el Estado] debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. [Y, p]or otra, [que] la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión⁷⁴.

Nuevamente, remitiéndose a la interpretación del Comité de Derechos del Niño sobre su “desarrollo”, como un concepto holístico, el Tribunal señaló que “un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”⁷⁵. En este sentido, la Corte ha citado las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la

⁷² Cfr., ONU, Artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño y Reglas Mínimas de Naciones para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985, reglas 13 y 19.

⁷³ Corte I.D.H., *Caso Bulacio vs. Argentina*... párr. 135.

⁷⁴ Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*... párr. 160.

⁷⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño*... párrs. 80-81, 84, y 86-88; Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*... párr. 196, y Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*... párr. 161.

Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁷⁶. Verificando entonces una nueva lectura del *corpus juris*, la Corte se ha remitido al artículo 5.5 de la Convención Americana “que obliga a los Estados a mantener a los niños privados de libertad separados de los adultos”, agregando la necesidad de “una especial supervisión periódica en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación, derivadas de una correcta interpretación del artículo 4 de la Convención, a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁷⁷.

Específicamente, en cuanto al tema materia del caso, esto es, la niñez y adolescencia en conflicto con la ley y la justicia penal juvenil, el Tribunal reiteró

...que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal⁷⁸.

Así, la Corte estableció que

[a] la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley... así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales⁷⁹; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas

⁷⁶ Cfr. ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990 y Reglas de Beijing.

⁷⁷ Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay...* párr. 172.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 210. Cfr. Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 109.

⁷⁹ Cfr. ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales⁸⁰.

Teniendo en cuenta lo reseñado respecto a situaciones de vulnerabilidad consideradas por la Corte que agravarían aún más la inherente vulnerabilidad de los NNA en función a la etapa de la vida en la que se encuentran, podríamos tomar como referente la expresión de Mary Beloff sobre “las capas de la cebolla”⁸¹. De esta manera, el niño, niña o adolescente, simplemente por ser tal, tiene un derecho adicional que exige mayores obligaciones por parte del Estado, la familia y la sociedad. Sin embargo, si presenta alguna característica o se encuentra en un situación considerada “vulnerable” deberá esperar mayor protección a su favor. Pensemos por ejemplo, en un niño indígena, detenida arbitrariamente, en un niño migrante en una situación de conflicto armado interno o en un adolescente “en situación de riesgo social” privado de libertad. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, además de su propia niñez o adolescencia, cada situación de vulnerabilidad “adicional” debe ser debidamente considerada en el análisis de un caso para la eventual declaración de responsabilidad estatal y el establecimiento de las reparaciones.

⁸⁰ Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay...* párr. 211.

⁸¹ Beloff, Mary, “Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina” (págs. 359-390), en: *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia*. III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (Buenos Aires, 11, 12 y 13 de junio de 2008), Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2008, pág. 377.

c. Reparaciones ordenadas por el Tribunal en casos de violación a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes

Teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte Interamericana en los citados casos contenciosos, y a modo de referencia, mencionamos indistintamente las reparaciones ordenadas por el Tribunal en los fallos respectivos. Como en la mayoría de los casos sometidos a la Corte, las reparaciones comprenden obligaciones de “acción” y de “abstención” de la más variada naturaleza: legislativa, judicial, administrativa. En algunos casos estas medidas reparatorias determinan la reforma de las políticas públicas del Estado, lo que finalmente favorecerá la conformidad de la actuación estatal con la Convención.

Así tenemos las obligaciones de, *inter alia*, adecuar la legislación en materia de menores de edad (“Niños de la calle”); ordenar la constitución de una instancia de consulta para la adecuación y modernización de la normativa interna en las temáticas relacionadas con los niños, conformada por expertos y organizaciones de la sociedad civil, que formule propuestas normativas ante los órganos correspondientes y diseñar programas de capacitación a servidores públicos relacionados con la atención a menores de edad (Bulacio); crear un sistema de información genética que permita la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y su identificación (Molina Theissen); facilitar estudios (Hermanos Gómez Paquiyaury); declarar una política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley, organizar programas de educación y asistencia vocacional (“Instituto de Reeducación del Menor”); crear una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado, una página web de búsqueda y un sistema de información genética, y designar un día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno (Hermanas Serrano Cruz); adecuar la normativa referente a la inscripción tardía de nacimiento de una persona en el registro civil (Niñas Yean y Bosico); realizar una campaña de sensibilización para la protección de niños y jóvenes (Servellón García); establecer restricciones al reclutamiento de niños en las fuerzas armadas (Vargas Areco); implementar programas

y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos (Campo algodónero), y crear una página web de búsqueda de niños sustraídos y retenidos ilegalmente (Masacre de las Dos Erres).

Ello además de las habituales órdenes de investigación de los hechos, juzgamiento y, en su caso, sanción a los responsables de las violaciones de los derechos humanos de los NNA; la construcción de monumentos; denominación de calles y edificios públicos; colocación de placas; la publicación de determinados apartados de las sentencias en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional, y el pago de las indemnizaciones por daño material e inmaterial, así como el reintegro de las costas y gastos.

En el caso *Aloeboetoe y otros* respecto del Estado de Suriname, donde siete miembros del pueblo Saramaca, entre ellos un niño de 15 años, habrían sido atacados, vejados, golpeados y asesinados por un grupo de militares bajo la sospecha de que eran miembros del grupo subversivo Comando de la Selva, el Estado reconoció su responsabilidad y, en esa medida, el Tribunal se enfocó en la determinación de las reparaciones. Si bien ni en la demanda presentada por la Comisión ni en el reconocimiento de responsabilidad se hizo referencia a la violación del artículo 19 de la Convención, el Tribunal estableció como indemnización “que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica”. Igualmente ordenó que Suriname “reabr[a] la escuela de Gujaba y [que la] dot[e] de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994”⁸².

⁸² Corte I.D.H., *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, reparaciones y costas, sentencia de 10 de septiembre de 1993*. Serie C No. 15, párr. 96. Cfr. Corte I.D.H., *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, fondo, sentencia de 4 de diciembre de 1991*. Serie C No. 11.

2. La competencia tutelar-cautelar de la Corte

De acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención Americana “[en] casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas”, la Corte podrá, en los asuntos que esté conociendo, “tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no est[á]n sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

El Tribunal ha señalado que las medidas provisionales tienen dos caracteres: uno cautelar y otro tutelar⁸³. El carácter cautelar de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia, y así asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, evitando que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten así que el Estado en cuestión cumpla la decisión final y, en su caso, proceda a las reparaciones ordenadas⁸⁴. En cuanto al carácter tutelar de las medidas provisionales, la Corte ha señalado que se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, ya que protegen derechos humanos, en el sentido que buscan evitar daños irreparables a las personas⁸⁵.

⁸³ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, medidas provisionales respecto de Costa Rica, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001*, considerando cuarto; Corte I.D.H., *Asunto cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros, solicitud de medidas provisionales respecto de Panamá, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010*, considerando tercero, y Corte I.D.H., *Asunto Belfort Istúriz y otros, medidas provisionales respecto de Venezuela, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de abril de 2010*, considerando sexto.

⁸⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Carpio Nicolle y otros, medidas provisionales respecto de Guatemala, resolución de la Corte de 6 de julio de 2009*, considerando decimocuarto; Corte I.D.H., *Asunto cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros...* considerando tercero, y Corte I.D.H., *Asunto Belfort Istúriz y otros...* considerando sexto.

⁸⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica...* considerando cuarto; Corte I.D.H., *Asunto cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros...* considerando tercero, y Corte I.D.H., *Asunto Alvarado Reyes y otros, medidas provisionales respecto de México, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010*, considerando cuarto.

Como parte de la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a su competencia tutelar-cautelar, referida a la adopción de medidas provisionales, corresponde citar el Asunto de los haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, referido al riesgo que corren aquéllos de ser expulsados o deportados colectivamente del país. En dicho asunto, el Tribunal ordenó la adopción de medidas provisionales frente a la extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño respecto a los derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños en la familia y derecho de circulación y residencia de las personas identificadas como beneficiarias⁸⁶.

Por otro lado, en el asunto de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto del Estado de Brasil, en el que los referidos internos eran sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre ellos encierros prolongados y maltratos físicos, el Tribunal nuevamente resaltó “[q]ue la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su detención o prisión”. En ese sentido, y para el asunto concreto, ordenó medidas vinculadas a la infraestructura y condiciones de hacinamiento, señalando que “para proteger la vida e integridad personal de los niños residentes en el ‘Complejo do Tatuapé’, debe existir, como mínimo, una separación por categorías de edad, naturaleza de la infracción cometida y entre jóvenes procesados y aquellos cuya situación ya ha sido resuelta”⁸⁷.

⁸⁶ Corte I.D.H., *Asunto de haitianos y dominicanos de origen haitiano, medidas provisionales respecto de la República Dominicana*, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009, 2 de febrero de 2006, 26 de mayo de 2001, 12 de noviembre de 2000, 18 de agosto de 2000 y de 7 de agosto de 2000, y resolución del Presidente de la Corte de 14 de septiembre de 2000.

⁸⁷ Corte I.D.H., *Asunto de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM, medidas provisionales respecto de Brasil*, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2008, 3 de julio de 2007, 4 de julio de 2006, 30 de noviembre de 2005 y de 17 de noviembre de 2005, y resolución de la Presidenta de la Corte de 10 de junio de 2008.

Cabe destacar que mediante Resolución de la Corte de 25 de noviembre de 2008, el Tribunal “[I]levant[ó] las medidas provisionales ordenadas... en sus Resoluciones de 30 de noviembre de 2005, 4 de julio de 2006 y 3 de julio de 2007, [en dicho asunto]”. Ello, como consecuencia de “valora[r] el esfuerzo realizado por el Estado y considera[r] que los hechos que motivaron la adopción de las... medidas en favor de determinadas personas que en ese entonces se encontraban privadas de libertad en el Complejo do Tatuapé ya no subsisten”⁸⁸.

Por otro lado, en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros respecto del Estado de Ecuador, referido a acciones y omisiones del Estado en perjuicio de aquellos al permitir que una empresa petrolera privada realice actividades en su alegado territorio ancestral, sin consultarlo previamente, la Corte también ordenó la adopción de medidas provisionales, sin dilación, para proteger la vida e integridad personal y el derecho a la libre circulación de los miembros del pueblo indígena kichwa de Sarayaku –entre ellos, niños, niñas y adolescentes– y de quienes ejercen su defensa en los procedimientos requeridos ante las autoridades⁸⁹. Cabe destacar que el 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana sometió a la Corte la demanda correspondiente al caso objeto de dichas medidas provisionales.

3. La competencia consultiva de la Corte

De acuerdo con el artículo 64 de la Convención Americana, “[l]os Estados miembros de la [OEA] podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de [la] Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. “Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

⁸⁸ Corte I.D.H., *Asunto de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM, medidas provisionales respecto de Brasil*, resolución de 25 de noviembre de 2008, considerando vigésimo primero.

⁸⁹ Corte I.D.H., *Asunto pueblo indígena Sarayaku, medidas provisionales respecto de Ecuador*, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de febrero de 2010, 17 de junio de 2005 y de 6 de julio de 2004, y resolución de la Presidenta de la Corte de 18 de diciembre de 2009.

Adicionalmente, “a solicitud de un Estado miembro de la [OEA], podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

De acuerdo con los artículos 70 al 75 del Reglamento de la Corte, para la presentación de una solicitud de opinión consultiva ante el Tribunal se debe cumplir con los siguientes requisitos: formulación precisa de las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte; indicación de las disposiciones cuya interpretación se solicita; indicación de las normas internacionales de derechos humanos diferentes a las de la Convención Americana que también se requiere interpretar; presentación de las consideraciones que originan la consulta, y señalamiento del nombre de los delegados. Sin embargo, la Corte ha señalado que el cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que el Tribunal esté obligado a responderla.

En cuanto a la competencia consultiva del Tribunal cabe hacer referencia a cinco de las veinte opiniones consultivas emitidas hasta la fecha, en las cuales se hace una mención o desarrollo especial a la protección de los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

Así, la opinión consultiva *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, solicitada por la Comisión Interamericana, recuerda que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte, la Convención Americana no autoriza la suspensión, *inter alia*, de los derechos del niño, reconocidos en el artículo 19 de dicho tratado.

De esta manera, citando el artículo 27.2 de la Convención, el Tribunal destaca que éste “dispone... límites al poder del Estado Parte para suspender derechos y libertades, al establecer que hay algunos cuya suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia y al incluir ‘las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos’”⁹⁰.

⁹⁰ Corte I.D.H., *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 23.

En la misma línea, en la opinión consultiva *Garantías judiciales en estados de emergencia*, solicitada por el Estado de Uruguay, la Corte reiteró lo ya expuesto en la opinión consultiva precedente, en el sentido de que en estados de emergencia, la Convención Americana no autoriza la suspensión, *inter alia*, de los derechos del niño.

Específicamente sobre las garantías, el Tribunal concluyó “[q]ue deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención”. Además señaló que

[t]ambién deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos⁹¹.

Por otro lado, es pertinente citar la opinión consultiva *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, solicitada por el Estado de México. Si bien dicha opinión no tiene una referencia específica a los derechos de los NNA, su inclusión en este listado responde a que los menores en una situación especial podrían requerir de esa asistencia, es decir, del acceso a la embajada o consulado del cual son nacionales⁹². Naturalmente, esta posibilidad se vincula con el derecho al debido proceso legal de todo individuo, el cual debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se le deben brindar, sin discriminación alguna.

⁹¹ Corte I.D.H., *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, punto de opinión segundo.

⁹² Corte I.D.H., *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

En esa medida, resulta fundamental destacar lo expuesto en esa opinión en el sentido de que “[p]ara alcanzar sus objetivos, [un] proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación”. En efecto, de acuerdo con el Tribunal,

[l]a presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas⁹³.

Seguidamente, la opinión consultiva *La condición jurídica y derechos humanos del niño*, como su propio nombre lo indica, es la que específicamente se refiere al tema de los derechos de los NNA. Para efectos de esa opinión, la Comisión Interamericana requirió a la Corte que interpretara si los artículos 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana presentan límites al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas especiales de protección, de acuerdo al artículo 19 de la misma.

Como respuesta, la Corte se refirió a la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación precisando que “la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”⁹⁴. En esa misma línea, la Corte concluyó “que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño”⁹⁵.

⁹³ *Ibidem*, párr. 119.

⁹⁴ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 53.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 55.

La Corte indicó que

[p]ueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran⁹⁶. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser reclusos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía⁹⁷.

Si bien se ha hecho notar que se trata de la única opinión consultiva referida de manera específica a los derechos humanos de la niñez y adolescencia, es preciso observar que, por el propio objeto de la consulta, en su desarrollo se pone especial énfasis en la preocupante y vigente situación de la justicia penal juvenil.

Consecuentemente, en respuesta específica a la consulta planteada por la Comisión Interamericana con relación a los artículos 8 y 25 de la Convención, el Tribunal opinó, *inter alia*, que:

- ...en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos[;]
- ...los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el

96 *Ibidem*, párr. 46.

97 *Ibidem*, párr. 89.

funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar[;]

- ...la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños[, y]
- ...es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos⁹⁸.

Asimismo, cabe citar la opinión consultiva *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, solicitada por el Estado de México, en la que la Corte se refirió de manera general al tema de los migrantes indocumentados, haciendo un par de reflexiones puntuales sobre los NNA, nuevamente asimilados como grupos *per se* vulnerables, en función a su condición física, psicológica y emocional.

De esta manera, el Tribunal mencionó dos conclusiones importantes de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución sobre “Protección de los migrantes”⁹⁹. La primera, que se debe tener presente

...la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular.

⁹⁸ *Ibidem*, puntos de opinión décimo al decimotercero.

⁹⁹ ONU, Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

La segunda, la preocupación “por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente... los niños, en diferentes partes del mundo”¹⁰⁰.

Finalmente, es preciso mencionar la resolución de la Corte Interamericana de 27 de enero de 2009, mediante la cual no dio respuesta a la solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana respecto al uso del castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes y su compatibilidad con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 5.1, 5.2 (Derecho a la integridad personal) y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en concordancia con las disposiciones relevantes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto, el Tribunal concluyó que “de la jurisprudencia del Tribunal se desprenden los criterios en relación con los puntos expuestos en dicha consulta”.

En ese sentido, la Corte consideró que “las respuestas a las preguntas planteadas por la Comisión pueden extraerse del análisis e interpretación integral del *corpus* jurisprudencial del Tribunal sobre los derechos del niño en relación con otros criterios establecidos por éste, así como de las obligaciones emanadas por otros instrumentos internacionales, ratificados por los Estados de la región”¹⁰¹. De esta manera, a lo largo de la citada resolución, la Corte se refirió a los instrumentos más destacados de protección de los derechos de los NNA, sistematizando y resaltando aquellos extractos de su jurisprudencia que, de alguna forma, permiten esclarecer los cuestionamientos que llevaron a la presentación de esa solicitud por parte de la Comisión Interamericana. Asimismo, el Tribunal cita de manera reiterada la jurisprudencia emitida por el Comité de los

¹⁰⁰ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Serie A No. 18, párr. 114.

¹⁰¹ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando decimoquinto.

Derechos del Niño, particularmente la Observación General No. 8 que interpreta las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño a fin de eliminar la violencia contra los niños¹⁰².

Para finalizar, cito nuevamente a Mary Beloff quien en uno de sus escritos concluyó que “los niños no están como estaban; [ya que] algo ha cambiado, para mejor: su condición jurídica”¹⁰³.

En efecto, a partir del mayor reconocimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia y del carácter vinculante de las correspondientes obligaciones estatales orientadas al ejercicio efectivo de los mismos, éstos tienen hoy una situación jurídica dirigida a la progresiva consolidación del pleno respeto y garantía de sus derechos, a nivel nacional e internacional, de manera continua y respecto del Estado, la familia y la sociedad en su conjunto. Se trata en definitiva del estado de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y de los individuos en general, en el camino hacia el escenario ideal de inexistencia de violaciones o afectaciones a los mismos.

Los retos pendientes para el Tribunal no son pocos. Las realidades de pobreza, violencia e indiferencia respecto de la niñez y adolescencia se mantienen en los Estados Parte de la Convención y en los que sin serlo, son miembros de la OEA. En algunos casos, curiosamente, la “evolución” de las sociedades ha creado nuevos escenarios aún más negativos para el ejercicio de los derechos de los NNA. Por tanto, la Corte tiene ante sí nuevos actores y nuevas realidades al interior de los Estados que no puede evadir en el análisis de solución de los asuntos y casos sometidos a su competencia, porque la interpretación dinámica del contenido de los derechos humanos y la propia rigurosidad jurídica en la solución de aquellos, demandan esa mirada con proyección y estrategia en términos de prevención y de cumplimiento de las reparaciones ordenadas.

¹⁰² ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8. *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*, 42o. período de sesiones, Ginebra, 15 de mayo a 2 de junio de 2006. U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (2006).

¹⁰³ Beloff, Mary, “Protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular”..., pág. 93.

Para ello será necesario determinar con mayor profundidad los alcances del denominado “interés superior del niño”, ya que en palabras del propio Tribunal ese principio “implica que el desarrollo de [los niños, niñas y adolescentes] y el ejercicio pleno de sus derechos... se[an] considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”¹⁰⁴. A ello debemos agregar la importancia de promover un sólido y permanente diálogo, en principio, entre los Sistemas Universal e Interamericano.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana representa un importante aporte en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, teniendo en cuenta el valor trascendental de la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones nacionales e internacionales, resulta evidente que el avance en este sentido depende en gran medida del acatamiento de los deberes respecto de los cuales los propios Estados consintieron en ejercicio de su soberanía.

Como parte de la supervisión o seguimiento con relación al contenido de sus sentencias, resoluciones y opiniones consultivas, la Corte busca que se materialice la auténtica reparación de las víctimas en los casos donde las violaciones a los derechos humanos se consumaron; que se proteja a los individuos en situaciones de extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño que pongan en grave riesgo sus derechos más elementales; que se conozca el sentido y alcance de la Convención Americana y sus tratados vinculados, así como que se armonice la legislación interna de los Estados con el objeto y fin de la Convención y otros tratados. En suma, la jurisprudencia de la Corte pretende tener una naturaleza preventiva para que las violaciones de derechos humanos no se repitan o para que, sencillamente, no tengan lugar en los Estados y así, más temprano que tarde, sea posible “alcanzar la felicidad”.

¹⁰⁴Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* punto de opinión segundo.

Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Joaquín A. Mejía R.*

1. La indivisibilidad práctica de los derechos humanos: un desafío impostergable

A pesar del avance en la reducción de la pobreza, en la disminución del desempleo y en la distribución del ingreso, América Latina y el Caribe continúa siendo la región de mayor desigualdad en el mundo¹, lo cual constituye una situación sin precedentes en tanto el triángulo de la democracia, la pobreza y la desigualdad sigue presentando un escenario en el que cohabitan las libertades políticas junto con las severas privaciones materiales de más de 200 millones de personas en Latinoamérica. En otras palabras, la democracia en nuestro Continente convive con niveles extensamente difundidos de pobreza y de desigualdad extremas, generando el binomio democracia/pobreza con graves consecuencias para la gobernabilidad democrática², dado que la pobreza extrema, al constituir una violación generalizada de todos los derechos humanos (DDHH), desnaturaliza

* Abogado hondureño, Doctor y Maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid) y candidato a Doctor y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Universidad Complutense de Madrid). Investigador del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación de la Compañía de Jesús en Honduras.

¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Panorama Social de América Latina 2006*. Naciones Unidas, Santiago de Chile, febrero de 2007, págs. 19-30.

² Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2ª ed. Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, Argentina, diciembre de 2004, págs. 39-40.