



9 789507 411045

Concepto
y diagramación de
Fernando Lucas Depalma



www.hammurabi.com.ar

Derechos del niño



Derechos del niño

**Su protección especial
en el Sistema Interamericano**

Análisis sistemático de fallos fundamentales

**2ª EDICIÓN
ACTUALIZADA
Y AMPLIADA**


hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA EDITOR



© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 481 - 4º piso
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4382-3586 —líneas rotativas—
E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

- twitter.com/hammurabi_srl
- facebook.com/libreriahammurabi
- youtube.com/libreriahammurabi

Producción integral



concept design

de **Fernando Lucas Depalma**

Tel.: 4382-2080 —líneas rotativas—

Esta edición se terminó de imprimir
en el mes de julio de 2019
en «Docuprint S.A.»
Tacuarí 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

ISBN: 978-950-741-104-5 (rústica)

Este libro no habría sido posible sin la dedicación,
rigurosidad y compromiso de **Virginia Deymonnaz**.
A ella van mi reconocimiento y agradecimiento profundos.

MARY BELOFF

DERECHOS DEL NIÑO

2ª edición, Buenos Aires, **Hammurabi**, 2019

724 ps., 23 x 16 cm.

ISBN: 978-950-741-104-5

1. Derechos del niño. I. Título

CDD 341.48572

Fecha de catalogación: 12/7/2019

PRIMERA EDICIÓN
MAYO DE 2018

SEGUNDA EDICIÓN
AGOSTO DE 2019

MARY BELOFF

Derechos del niño

Su protección especial
en el Sistema Interamericano

Análisis sistemático de fallos fundamentales

2ª EDICIÓN
ACTUALIZADA
Y AMPLIADA



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA EDITOR

A mi mamá
por su coraje,
por su generosidad sin límites,
por su tolerancia, a prueba del mundo,
y por preferir siempre la alegría,
in memoriam

CAPÍTULO III

LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE LOS NIÑOS A SU PROTECCIÓN ESPECIAL EN LAS NORMAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

§ 8. La introducción del derecho de los niños a su protección especial en las normas del sistema interamericano

En esta sección se describirá el proceso histórico que condujo a la introducción del derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano de protección de derechos humanos¹. Como se verá, este proceso también evidencia la "traducción latinoamericana" del *corpus juris* analizada en el Capítulo II.

A comienzos de la década de 1990, todavía era posible en América Latina distinguir entre los movimientos que involucraban a actores gubernamentales y de la sociedad civil, dos sectores o grupos claramente diferenciados: por un lado, el de las organizaciones de derechos humanos concentradas en el trabajo ante el sistema interamericano, con una agenda muy marcada por la tragedia política de América Latina vinculada con el terrorismo de Estado de la década de 1970 y con un interés

¹ En el orden africano, dos normas contienen referencias expresas al derecho de los niños a su protección especial: la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ("Carta de Banjul", aprobada durante la "XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana", reunida en Nairobi, Kenya, el 27 de julio de 1981), y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (adoptada por la Organización de la Unidad Africana —hoy, Unión Africana— el 11 de julio de 1990; y entró en vigencia el 29 de noviembre de 1999). El art. 18.3 de la primera —"The State shall ensure (...) the protection of the rights of women and the child stipulated in international declarations and conventions"—es considerada la referencia expresa más breve a los derechos del niño. Cfr. NALDI, "Future Trends in Human Rights in Africa: The Increased Role of the OAU?", en EVANS - MURRAY, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2000*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, nota al pie 66. Los problemas de interpretación que una norma tan vaga podía plantear fueron rápidamente resueltos con la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño. Basada en un borrador de la Convención sobre los Derechos del Niño, contiene varias provisiones de mayor garantía que su fuente. Cfr. ALSTON - TOBIN, *Laying the foundations for children's rights*, op. cit. supra, Cap. I, nota 4, p. 13.

profesional centrado en el llamado "litigio estratégico"; y, por otra parte, un grupo de entidades e instituciones que trabajaban con la niñez vulnerable desde diferentes enfoques e intentaban introducir una mirada renovadora de las prácticas a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño². Por décadas, este conjunto de instituciones dedicadas a la protección de los niños, de alguna forma, también expresaban lo que llamé en alguna ocasión el "autismo auto-inducido"³ del derecho tutelar de menores clásico dado que trabajaban de manera aislada, sin conectar sus esfuerzos por mejorar la situación de los niños con los reclamos realizados por otros actores respecto del avance social de otros grupos vulnerables.

La Convención sobre los Derechos del Niño en particular (y el *corpus juris* en general), cumplieron un rol decisivo para acercar ambos ámbitos. El tratado fue ratificado en un momento en el que tenía lugar una discusión importante sobre los alcances, características y potencialidades de las nuevas democracias latinoamericanas. Entonces se presentó la incorporación de los instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los niños al derecho interno en conexión directa con el proceso de ampliación y fortalecimiento del Estado de derecho y de la ciudadanía⁴, estrategia que intentó sacar al tema de los derechos de los niños de la perife-

² La cooperación internacional fue crítica en ese período para posibilitar la difusión de las normas internacionales y de las experiencias de otras partes del mundo, a las que se consideraba buenos ejemplos del cumplimiento de las primeras. La cooperación europea, sobre todo italiana, incidió a principios de la década de 1990 en los intentos por transformar los sistemas de protección de los derechos de la niñez a través de los programas de apoyo a los que entonces se llamaba "niños en circunstancias especialmente difíciles".

³ Véase BELOFF, "Constitución y derechos del niño", en *La protección a la infancia como derecho público provincial*, BELOFF (coord.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, ps. 176/9.

⁴ Un artículo del profesor italiano Alessandro BARATTA muy difundido en la región fue clave en este proceso. Basado sobre la inversión de una popularizada frase atribuida a quien fuera Director Ejecutivo del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, James GRANT ("La democracia es buena para los niños"), el texto proponía interpretar la reconstrucción de las políticas y legislaciones de niñez a partir de un enfoque vinculado con el fortalecimiento del Estado de derecho, la democracia y la ciudadanía, proceso que tenía lugar en América Latina en ese momento. Cfr. BARATTA, "Infancia y democracia", en *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis - Depalma, Bogotá, 1998, ps. 31/57. Una lectura similar del proceso en GRUGEL - PERUZZOTTI, *The Domestic Politics of International Human Rights Law: Implementing the Convention on the Rights of the Child in Ecuador, Chile and Argentina*, en "Human Rights Quarterly", vol. 34, n° 1, feb. 2012, ps. 178/198: "The driving force behind ratification, then, was democratization rather than a commitment to children's rights per se. But the introduction of democracy ultimately signified that ratification would not be a completely 'costless signal'. Democratization legitimized social activism and contributed to the emergence of a more dynamic public sphere, while the introduction of electoral politics created a political environment in which rights could be claimed", p. 186.

ria de las preocupaciones públicas, para ingresar a los grandes asuntos de debate político de los renovados Estados latinoamericanos.

Al mismo tiempo, tanto las organizaciones de la sociedad civil como el sistema Interamericano de protección de derechos humanos requerían una renovación de su agenda tradicional por diversos motivos, entre los cuales el relacionado con el financiamiento no fue menor. El propio sistema burocrático y de cooperación Internacional también necesitaba renovarse, sin que ello significara que los reclamos de justicia por las atrocidades del pasado se hubieran extinguido.

Esta necesidad burocrático-institucional de renovación coincidió con la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño en la región (y con la traducción del derecho de los niños a su protección especial en términos de derechos humanos). Los actores de uno y otro ámbito tenían necesidades complementarias. Ello explica que se celebrara una alianza exitosa entre el movimiento de derechos humanos y quienes tradicionalmente se habían dedicado a la protección de la niñez, de alguna manera, como subproducto de los procesos de modernización del Estado y de reformas legales que, en otras áreas, ya venían dándose en el continente (sobre todo en el tema de la justicia penal).

Hay algunos ejemplos evidentes de esta confluencia. Mencionaré dos de ellos. Por un lado, en el año 1999, luego del tradicional Curso Interamericano de Derechos Humanos organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), se realizó otro curso apoyado por UNICEF centrado en temas de protección de derechos humanos a la niñez. Tuvo un formato similar al del curso anual del IIDH pero, por primera vez, estuvo focalizado en los derechos del niño. Por otro lado, las sentencias emitidas en el caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala"⁵ que se analizan más adelante, también pueden ser interpretadas como un producto de esa confluencia de actores sociales, que hasta entonces tenían agendas disímiles y habían trabajado de forma separada.

Una vez que se sentaron las bases políticas del tema en el sentido de que la protección a la niñez debía plantearse a partir de un enfoque de dudadania y de protección de derechos humanos de los niños, y cuando las instituciones encargadas de defender los derechos humanos y los derechos de los niños en el continente se pusieron de acuerdo para trabajar en forma conjunta, se comenzó a percibir la riqueza del uso del sistema Interamericano de protección de derechos humanos para avanzar en esta agenda común.

⁵ Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Excepciones Preliminares, Sentencia de 11 de septiembre de 1997, Serie C, n° 32; "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, cit. *supra*, Cap. I, nota 11; y "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C, n° 77.

A partir de entonces, el sistema interamericano ha resuelto una serie creciente de casos que consolidaron lo que hoy es posible denominar en un sentido más abarcativo que el utilizado por la Corte IDH en el caso "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala"⁶, el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de la niñez en el continente. Todos estos casos son analizados *infra* en el Capítulo IV.

§ 9. El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las medidas de protección especial a los niños

El derecho de los niños a su protección especial existe desde los orígenes del sistema Interamericano.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 lo regula en dos artículos:

"Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Art. VII. — Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales".

"Deberes para con los hijos y los padres.

Art. XXX. — Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten".

Sin embargo, es en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde se encuentra la regla fundamental:

"Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"⁷.

Con ella, la Convención Americana reconoció el derecho de los niños a su protección especial de modo amplio, por lo que su contenido y alcances en el sistema Interamericano de protección de derechos humanos dependen de la jurisprudencia.

Más adelante se demostrará la coincidencia que la jurisprudencia de la Corte IDH asigna al contenido de este derecho con el de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, sobre todo a partir del desarrollo del estándar de "condiciones de vida digna"; y, en ocasiones, con la categoría del *Interés superior del niño*.

⁶ Cfr. Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, cit. *supra*, Cap. I, nota 11, párr. 194.

⁷ Destacado agregado. En el sistema universal, como se indicó, se encuentra una regla similar, *supra*, Cap. I, nota 2.

El Tribunal clausuró también el debate de la narrativa latinoamericana respecto de los alcances del reconocimiento de los niños como *sujetos de derecho*, en tanto pueden y (sobre todo) *deben* ser destinatarios de medidas de protección especial⁸.

En el mismo tratado, como expresión del derecho a la protección especial respecto de una imputación penal, el art. 5° establece en su inc. 5° garantías mínimas para los menores de edad penalmente responsables (con ese alcance debe interpretarse la fórmula "puedan ser procesados"), sometidos a procesos penales:

"Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento".

En resumen, tal artículo exige: 1) la separación de los adultos; 2) la existencia de tribunales especializados; 3) la mayor celeridad posible del proceso; y 4) finalidad resocializadora de la intervención estatal respecto del adolescente infractor ("para su tratamiento").

También dentro del ámbito penal (en relación con el derecho a la vida), se prohíbe la pena de muerte a personas que cometieron el delito cuando eran menores de dieciocho años de edad (art. 4.5):

"No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez".

El tratado habilita una restricción al derecho de libertad de pensamiento y de expresión vinculada con la protección especial a los niños (art. 13.4):

"Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2°".

⁸ Cfr. BURGORGUE-LARSEN - ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme*, Établissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008, p. 446. Esta afirmación se limita a la forma como fue planteado discursivamente el tema en la región, pero no pretende explicar la estructura normativa de los derechos del niño. De hecho, de aceptarse una estructura triádica, el sujeto del derecho sería el portador (el niño), el objeto sería el contenido del derecho (por ejemplo, la educación) y el destinatario sería el obligado (por ejemplo, el Estado). Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. de BERNAL PULIDO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, ps. 163 y 164. Mariano KIERSZENBAUM ha desarrollado esta cuestión de forma exhaustiva en sus investigaciones más recientes. Le agradezco sus aportes significativos sobre este tema y, en general, su minuciosa lectura y agudos comentarios al texto original.

Incluye asimismo dos normas específicas dentro del derecho de protección a la familia (art. 17):

"... 4. (...) En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

Por último, debe tenerse presente que los arts. 4°, 5°, 17 y 19 no pueden ser suspendidos, de acuerdo con el art. 27.

Posteriormente, la regla del art. 19 se reafirma y desarrolla en el art. XVI del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") que prescribe:

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

En la primera oportunidad en la que interpretó el artículo en cuestión, la Corte IDH entendió que⁹:

"Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los ni-

⁹ El amplio sentido que ha otorgado la Corte IDH a la expresión "amplio *corpus juris* internacional de protección de derechos humanos de los niños" ha sido celebrado a la vez que criticado. Mientras en general se interpreta que esta amplitud aseguraría mayor protección a los derechos de los niños, se objeta fundamentalmente que incorpora como idénticas normas convencionales y no convencionales, lo que plantea enormes dificultades a la hora de determinar cuáles son las fuentes del Derecho Internacional de aplicación obligatoria en la materia, sobre todo en ausencia de consensos regionales sobre el tema. «The rapid incorporation of blocks of global hard and soft law into the regional convention spares the Court considerable effort in working out and justifying the consequences of Article 19, and demands major improvements in the conditions suffered by impoverished children in the Americas. In part, this advance may be supported on the ground that all parties to the American Convention have also ratified the Convention on the Rights of the Child. However, that consensual argument would not extend further to the incorporation of non-binding elaborations of CRC provisions or to other soft law instruments concerning children. The formulations contained in soft law might turn out to coincide with the most convincing suprapositive analysis of children's human rights, but the bare appearance of a proposition in a UN resolution or an expert body's recommendation does not ipso facto carry conclusive normative force.

ños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana¹⁰.

Thus, the importation of soft law standards more likely results from pragmatic, institutional considerations...», p. 114. Cfr. NEUMAN, Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights, en "The European Journal of International Law", vol. 19, n° 1, 2008, p. 114.

¹⁰ Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, dt. *supra*, Cap. I, nota 11, párr. 194, analizado en el Capítulo IV, § 12, a), 1. En este sentido, sostuvo: "El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)", Corte IDH, Opinión Consultiva n° 16, "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal", cit. *supra* Introducción, nota 10, párr. 115. De esta forma, la expresión *corpus juris* se utiliza para aludir no solo a las normas, a los tratados y declaraciones, sino también a las interpretaciones que se han hecho sobre esas normas.

"Las decisiones de la Corte Interamericana, consideradas de manera amplia, tienen varios propósitos. Entre ellos se puede destacar de manera indicativa los siguientes: i) la declaración y condena de los Estados por la existencia de violaciones a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana; ii) la construcción de lógicas de comprensión de los derechos humanos y de actuación (expresadas como garantías de no repetición) para la Corte y para los Estados, así como la creación y el perfeccionamiento de los estándares o líneas jurisprudenciales que contribuyen a construir el *corpus juris* interamericano (entendido como unos elementos mínimos o básicos relativos al alcance de los derechos contenidos en la Convención); iii) la procuración de justicia mediante la toma de decisiones que sean equitativas con las partes en el litigio y, de manera indirecta, con los demás ciudadanos; y iv) la resolución y la prevención de conflictos, o por lo menos la contribución a ello (las Sentencias no pueden perpetuar, ni crear nuevos conflictos sociales).", "Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras", dt. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 3 del voto concurrente del Juez SIERRA PORTO, destacado agregado.

En esta línea sostuvo: "Es deseable que los instrumentos del *corpus juris* americano contengan mandamientos inequívocos, meridianamente claros, cuya interpretación no requiera mayor esfuerzo para el aplicador de la norma, e inclusive para cualquier lector. Se trata, en fin de cuentas, de la transparencia del significado de la norma, en bien de quantos se hallan obligados o favorecidos por ella, transparencia conveniente en todos los planos de la regulación jurídica. Sin embargo, en nuestro *corpus juris* específico hay diversidad de fórmulas para aludir a la responsabilidad internacional de los Estados y al correspondiente control cuando existe incumplimiento de los deberes asumidos. Cada tratado emplea su propio giro; cada uno requiere, por lo tanto, un esfuerzo autónomo de interpretación, que no puede aplicarse sencillamente los razonamientos y las conclusiones que sustentaron, en este punto, el entendimiento de otros textos depositados en previos instrumentos", "Penal Miguel Castro vs. Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, dt. *supra* Introducción, nota 10, párr. 18 del voto razonado del Juez GARCÍA RAMÍREZ. Para fundamentar la aplicabilidad y aplicación del Convenio de Belém do Pará sostuvo que: "(...) a) el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos opera a partir de un *corpus juris* en expansión, que se propone abarcar la más amplia protección de las personas, tanto a través de normas de alcance ordinario y general, como mediante disposiciones cuyo ámbito de validez subjetiva comprende grupos humanos específicos a los que se destinan declaraciones o medidas de tutela indispensables para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos y libertades; b) la atribución de facultades a

Esta interpretación no fue novedosa en el sistema interamericano, aunque sí lo fue para la Corte IDH. En efecto, en relación con los derechos de los niños y la correlativa obligación de los Estados, algunos meses antes de establecerse la interpretación del párrafo anterior la Com. IDH ya había entendido que

"... Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia"¹¹.

los órganos de protección internacionales—como a cualesquiera instancias decisorias, de las que depende la definición de derechos y obligaciones—no se sustenta en la simple voluntad de los órganos llamados a ejercerlas, sino en un marco normativo suficiente que constituye sustento de la función pública, garantía de seguridad para los participantes y límite al arbitrio de las autoridades; c) para atribuir facultades de conocimiento a los órganos internacionales de control y supervisión, ese *corpus juris* no se ha valido de una sola fórmula, que clausula todos los supuestos prácticos, sino ha utilizado textos diferentes (...) que deben ser analizados a la luz del conjunto en el que se inscriben y del ordenamiento en el que figuran, tomando en cuenta el objeto y fin de aquél y de éste (...)", párr. 32.

"(...) en el desarrollo del *Corpus Juris* interamericano sobre derechos humanos (...) deben contemplarse ciertos temas de suma trascendencia y actualidad (o de antigua vigencia) sobre los que aún no existen declaraciones regionales y mucho menos tratados vinculantes. Entre ellos figuran las conexiones entre la bioética y los derechos humanos (...). La armonización del ordenamiento continental sobre derechos humanos, en defensa de éstos, debiera ser el fruto de un diálogo con signo tutelar hacia el que fluyen las aportaciones de la jurisdicción internacional y de la jurisdicción nacional. La construcción del *corpus juris* y sus aplicaciones es el producto del pensamiento colectivo, expresión, a su vez, de convicciones, valores, principios y trabajos compartidos. Todos concurren a definir y consolidar las definiciones de la cultura común en materia de derechos humanos. De ahí que sean altamente bienvenidas, por parte de un tribunal internacional, las reflexiones de un tribunal interno", caso "Albán Cornejo y otros vs. Ecuador", Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 171, párrs. 23 y 26 del voto razonado GARCÍA RAMÍREZ.

¹¹ Com. IDH, Informe n° 41/99, caso 11.491 "Menores detenidos vs. Honduras", de 10 de marzo de 1999, párr. 72. En el mismo sentido ha sostenido más recientemente: "[l]a Corte ha subrayado que el *corpus juris* en materia de los derechos de la niñez es el resultado de los importantes desarrollos que ha experimentado el Derecho Internacional de los derechos humanos en este campo y que tuvo como hito destacado la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (...). Adicionalmente, el marco del *corpus juris* incluye también, a los efectos interpretativos, las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en cumplimiento de su mandato, así como las decisiones de otros órganos de derechos humanos y

De esta forma, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños en el ámbito regional no se limita a la disposición del art. 19 (cuyo contenido califica e influye sobre todos los derechos de la Convención Americana en tanto incrementa las obligaciones estatales al respecto por tratarse de niños), sino que incluye, a los fines de su interpretación, las disposiciones comprendidas en las Declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, así como en la propia Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres Protocolos Facultativos, dos sustantivos (el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados) y otro procesal (el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones), junto con el resto de las normas del sistema universal de aplicación en la materia.

Asimismo, también conforme la jurisprudencia del Tribunal, deben considerarse incluidos en el amplio *corpus juris* de protección jurídica de la infancia, en lo que se refiere específicamente a la justicia juvenil, las ya mencionadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing, de 1985), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (conocidas como Directrices de Riad, de 1990); en lo relacionado con el género, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

El Tribunal ha aplicado, respecto de la población migrante, la Convención relativa al estatuto de los Apátridas¹² y la Convención para reducir los casos de apatridia¹³;

mecanismos especiales del sistema universal. Lo anterior evidencia no solo la existencia de un marco jurídico común en el Derecho Internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños, y que ha sido puesto de manifiesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁴, Com. IDH, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 54/13, 17 de octubre de 2013, párrs. 33 y 38.

¹² Convención relativa al Estatuto de los Apátridas, adoptada por una Conferencia de Ministros Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en Nueva York, el 28 de septiembre de 1954 en su Res. 526 A XVII de 26 de abril de 1954. Esta Convención entró en vigencia el 6 de junio de 1960, de conformidad con el art. 39.

¹³ Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada en Nueva York, el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Ministros Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente

en lo referido a personas con discapacidad, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁴ y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁵; y en relación con los conflictos armados, el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional¹⁶. No debe confundirse, sin embargo, el hecho de que la Corte IDH aplique otros tratados a un caso, con que considere que ellos forman parte del mencionado "amplio *corpus juris* de protección internacional de derechos humanos de los niños". Ello surge claramente, por ejemplo, del caso "Furlan vs. Argentina", donde el Tribunal distinguió dos *corpus juris*: el de los niños y el de las personas con discapacidad¹⁷.

en 1961, en cumplimiento de la Res. 896 IX de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954. Esta Convención entró en vigencia el 13 de diciembre de 1975, de conformidad con el art. 18. Véase Introducción, *supra*, nota 10.

¹⁴ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos durante el vigésimo noveno período ordinario de sesiones el 7 de junio de 1999. Esta Convención entró en vigencia el 14 de septiembre de 2001.

¹⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 61/106 de 13 de diciembre de 2006. Esta Convención entró en vigencia el 3 de mayo de 2008.

¹⁶ Cfr. Corte IDH, casos "Contreras y otros vs. El Salvador", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C, n° 232, párr. 107; "Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 191; "Rochac Hernández y otros vs. El Salvador", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, n° 285, párrs. 109/110; "Masacre de Santo Domingo vs. Colombia", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, n° 258, párr. 238, entre otros.

¹⁷ "... la Corte resalta que en el presente caso las alegadas violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana se enmarcan en el hecho que Sebastián Furlan era un niño al momento del accidente y que, posteriormente, dicho accidente desencadenó que fuera un adulto con discapacidad. Teniendo en cuenta estos dos hechos, el Tribunal considera que las presuntas vulneraciones deben ser analizadas a la luz: i) del *corpus juris* internacional de protección de los niños y las niñas, y ii) los estándares internacionales sobre la protección y garantía de los derechos de personas con discapacidad. Estos dos marcos jurídicos deberán tenerse en cuenta de manera transversal en el análisis del presente caso", Corte IDH, caso "Furlan y Familiares vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, destacado agregado. En el caso "Rochac Hernández y otros vs. El Salvador" consideró el Protocolo II de Ginebra.

Puntualmente reiteró que a fin de definir el contenido y los alcances de las obligaciones del Estado en relación con los derechos de los niños recurriría al *corpus juris* internacional de protección de niños, entre ellas las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño "las cuales integran el *corpus juris* de los derechos de la niñez" y a los arts. 17 y 19 de la Convención Americana "parte constitutiva del núcleo inderogable, no susceptible de suspensión, de conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana". Seguidamente sostuvo que consideraba "útil y apropiado, tal como lo ha hecho en otras oportunidades, al analizar e interpretar el alcance de las normas de la Convención Americana en el presente caso en que los hechos ocurrieron en el contexto de un conflicto armado no internacional y de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana, recurrir a otros tratados internacionales, tales como los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en particular el artículo 3° común a los cuatro convenios, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977 (...) del cual el Estado es parte, y el Derecho Internacional humanitario consuetudinario, como *instrumentos complementarios y habida consideración de su especificidad en la materia*", párr. 109, destacado agregado. "El Derecho Internacional humanitario salvaguarda de forma general a las niñas y niños como parte de la población civil, esto es, de las personas que no participan activamente en las hostilidades, quienes debentrecer un trato humano y no ser objeto de ataque. En forma complementaria, las niñas y los niños, quienes son más vulnerables a sufrir violaciones de sus derechos durante los conflictos armados, son beneficiarios de una protección especial en función de su edad, razón por la cual los Estados deberán proporcionarles los cuidados y la ayuda que necesiten ...", párr. 110. Por otro lado, en el caso "Masacre de Santo Domingo vs. Colombia" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 16) sostuvo que: "... tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir (...) para fijar el contenido y los alcances de la disposición general del artículo 19 de la Convención Americana". Aun más, en el contexto de conflictos armados no internacionales, las obligaciones del Estado a favor de los niños se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra..., párr. 238. Agregó que: "... respecto a la aplicación del Derecho Internacional humanitario, el Tribunal señaló en otras oportunidades que si bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3° común (...). Las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra podían ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana (...) al utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso solo implica que la Corte puede observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales", párrs. 23 y 24. En resumen, en el caso la Corte IDH consideró "útil y apropiado interpretar los alcances del artículo 21 de la Convención utilizando otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter interno o las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario...", párr. 270, también párr. 187.

Eventualmente, en lo que se refiere específicamente al derecho del niño a la familia, podrían considerarse incluidos dentro del mencionado *corpus juris*, a la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, y el Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general¹⁸ relacionados con la materia.

El amplio alcance que el Tribunal ha asignado a la expresión "*corpus juris* internacional de protección de derechos humanos de niños" plantea, por otro lado, una considerable cantidad de dificultades hermenéuticas que no resulta posible analizar en esta ocasión.

El hecho de que el art. 19, a pesar de haber sido sancionado en 1969, fuera interpretado por la Corte IDH hace relativamente poco tiempo, es otra expresión del proceso señalado en el Capítulo II, en tanto evidencia el impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en términos de visibilización de la problemática y de renovación del enfoque, a la vez que demuestra la prevalencia de los temas vinculados con la violencia institucional por sobre otros derechos de los niños.

De acuerdo con la Corte IDH, el art. 19 define una esfera de protección de los derechos humanos de los niños que reconoce la existencia de obligaciones adicionales de protección a cargo de los Estados, derivadas de la particular situación evolutiva que caracteriza a la infancia:

"... esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial"¹⁹.

En la Opinión Consultiva n° 17, en su voto concurrente razonado, el juez GARCÍA RAMÍREZ caracterizó esta particular situación como generadora de un rango

¹⁸ Complementariamente y como se señaló, este *corpus juris* no solo está integrado por las referidas normas convencionales y de *soft law* enunciadas, sino también —a los fines de la interpretación—, por las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato específico (Cfr. CDN, arts. 43, 44 y 45). Creado como mecanismo de control internacional de la Convención, está integrado por dieciocho expertos independientes. Se reúne en Ginebra, normalmente celebra tres períodos de sesiones al año que constan de una sesión plenaria de tres semanas y un grupo de trabajo anterior al período de sesiones que se reúne durante una semana. Para que el Comité pueda ejercer su monitoreo, los Estados-Parte deben presentar informes en el plazo de dos años a partir de la fecha en la que la Convención haya entrado en vigencia y cada cinco años en lo sucesivo. El Comité puede formular observaciones y recomendaciones a los países respecto del cumplimiento del tratado.

¹⁹ Corte IDH, caso "Instituto de Reeducação del Menor vs. Paraguay", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párr. 147.

de incompetencia o, en otras palabras, como limitadora de la autonomía en los niños respecto del ejercicio de los derechos de los que son titulares, con el siguiente alcance:

"... vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos..."²⁰

De acuerdo con el Tribunal, el derecho de los niños a su protección especial se funda sobre el reconocimiento de que los Estados deben tomar, de acuerdo con la particular circunstancia vital de los niños que determina su mayor vulnerabilidad, medidas especiales adicionales a las que, en un caso equivalente, correspondería adoptar con adultos.

Para determinar el contenido, alcance y modalidades de dichas medidas, la Corte IDH utiliza una hermenéutica contextual, caso por caso, no una regla general:

"Los niños y niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto..."²¹

También ha señalado, de manera sistemática, que revisten especial gravedad los casos en los que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños por su condición de tales y, además, debido a la cantidad de normas internacionales que involucra su protección²²; así como que la responsabilidad de adoptar las me-

²⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, del voto concurrente razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ.

²¹ Corte IDH, caso "Fornerón e Hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C, n° 242, párr. 45. En sentido similar, Corte IDH, casos "Gelman vs. Uruguay", cit. *supra*, introducción, nota 10, párr. 121; y "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, introducción, nota 10, párr. 196.

²² Corte IDH, casos "Bulacio vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párr. 133; "Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, n° 110; entre otros. En este sentido, "La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del art. 4° de la Convención Americana [Derecho a la vida], sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción", Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, cit. *supra*, Cap. I, nota 11, párr. 146.

didas especiales de protección del art. 19 corresponde no solo al Estado sino también a la comunidad y a la familia del niño²³.

De ahí que pueda concluirse que la especial gravedad que el Tribunal asigna a los casos en los que las víctimas son niños, expresa también la regla de protección especial a la niñez, traducida en muchas legislaciones como el principio de prioridad a la infancia²⁴.

²³ Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párr. 62; en similar sentido, Corte IDH, casos "Gelman vs. Uruguay", cit. *supra*, introducción, nota 10, párr. 121; y "Fornerón e Hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 21, párr. 45, entre otros.

²⁴ Entre otros, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, cit. *supra*, Cap. I, nota 3, art. 7°: "Es deber de la familia, la comunidad, la escuela, el Estado y la sociedad en general asegurar, con absoluta prioridad, el cumplimiento de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes referentes a la vida, la convivencia familiar y comunitaria, identidad, nacionalidad, salud, alimentación, vivienda, educación, medio ambiente, deporte, recreación, profesionalización, cultura, dignidad, respeto y libertad. La garantía de absoluta prioridad comprende: a) Primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia. b) Precedencia en la atención de los servicios públicos y privados. c) Especial preferencia en la formulación y ejecución de las políticas públicas encaminadas a crear las condiciones de vida que garanticen el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes. d) Asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección y promoción de la niñez y la adolescencia"; el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, cit. *supra*, Cap. I, nota 3, art. 4°: "Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del poder público asegurar, con absoluta prioridad, la realización de los derechos referentes a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la recreación, a la capacitación profesional, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria. Párrafo único. La garantía de prioridad comprende: a) primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia; b) precedencia de atención en los servicios públicos o de relevancia pública; c) preferencia en la formulación y en la ejecución de las políticas sociales públicas; d) asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la infancia y a la juventud"; el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, cit. *supra*, Cap. I, nota 3, art. 12: "Prioridad absoluta. En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran. Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años. En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás"; Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, decr. n° 27-03 (aprobada el 4/6/03, emitida el 15/7/03, y publicada el 18/7/03, modificado por el decr. n° 2-2004), art. 6°: "Tutelaridad. El derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de carácter irrenunciable. El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros: a) Protección y socorro especial en caso de desastres. b) Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública. c) Formulación y ejecución de políticas públicas específicas. d) Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y juventud adolescencia"; la ley n° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la República Argentina, cit.

La Corte IDH también ha reconocido la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las niñas "... como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable"²⁵.

Las primeras decisiones del Tribunal parecen orientarse a asignar al art. 19 un contenido en sí mismo, como derecho autónomo de los niños. Más adelante, el enfoque parece encaminado hacia la interpretación de que el derecho de los niños a su protección especial no es autónomo, sino que modula el resto de los otros derechos, al intensificar el deber estatal de protección en los casos que involucren a personas menores de dieciocho años de edad.

Como se indicó en la Introducción, la dispar metodología empleada por la Corte IDH en la elaboración de las sentencias (condenar de forma independiente por una vulneración al art. 19 o condenar por la vulneración a otros derechos "en rela-

supra, Introducción, nota 9, art. 5°: "Responsabilidad Gubernamental. Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prescripción, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garantizan. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica: 1. Protección y auxilio en cualquier circunstancia; 2. Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas; 3. Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; 4. Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice; 5. Preferencia de atención en los servicios esenciales"; y el Código de Niñez e Infancia de Colombia, ley n° 1098 (sanccionado y publicado en Diario Oficial n° 46.446 del 8/11/06), art. 9°: "Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente".

²⁵ Corte IDH, caso de las "Niñas Yean y Boskova. República Dominicana", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, n° 130, párr. 134. En sentido similar, Corte IDH, casos "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 408; y "Véliz Franco y otros vs. Guatemala", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Serie C, n° 277, párr. 134. Sobre la vulnerabilidad de las niñas en la justicia puede consultarse BELOFF, *La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil*, en Dossier sobre Género y Derecho de la "Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja", Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n° 19, 2017, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/revistas/digitales/index.php/revista-electronica-gioja/articelview/334/258>.

ción con el art. 19") tampoco ha contribuido a clarificar, en lo sustantivo, si el Tribunal asigna a este artículo un contenido específico, o bien considera que refuerza las obligaciones estatales generales cuando se trata de niños.

§ 10. El concepto de niño en el sistema Interamericano (artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en función del artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Entre las normas del sistema Interamericano no aparece una definición del concepto "niño"²⁶.

Por un lado, la Convención Americana no lo define; por el otro, tres Convenciones de las cuatro específicas sobre la materia se refieren a las personas menores de edad como "menores", aun cuando fueron aprobadas en el mismo año o con posterioridad a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así, salvo la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (1984) que no contiene definición alguna sobre el punto, el art. 2° de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1989) define como menor a quien no haya cumplido dieciocho años; el art. 2° de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989) lo define como aquella persona que no haya cumplido dieciséis años; y el art. 2°, a) de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994), como todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años²⁷.

La Corte IDH no interpretó estas normas del sistema Interamericano para determinar el destinatario de las medidas reguladas por el art. 19 de la CADH, si bien válidamente podría haberlo hecho no solo por una cuestión fenomenológica referida a las edades concretas de los sujetos sino, además —y aún desde el punto de vista estrictamente terminológico—, porque el propio art. 19 alude a la condición de menor de los sujetos protegidos.

Aplicó en cambio la definición contenida en el Instrumento convencional específico del Derecho Internacional de los derechos humanos: la Convención sobre los Derechos del Niño, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁸.

²⁶ El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, art. 1 establece que: "El presente Convenio se aplicará a los niños que no hayan alcanzado la edad de 18 años.", en tanto la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, en el artículo 11, dispone: "Definición de niño. A los efectos de la presente Carta, se entenderá por niño todo ser humano menor de dieciocho años".

²⁷ Loc. cit. *supra*, Capítulo I, § 1, b).

²⁸ Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.

En el art. 1º, este instrumento define como niño a:

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

La Corte IDH utilizó esta regla, por primera vez, en su competencia contenciosa ejercida en el caso "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala":

"El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como 'niño'. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1º) 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'..."²⁹.

También lo hizo en ejercicio de su competencia consultiva en la Opinión Consultiva n° 17 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño". Allí sostuvo, además, que el término niño "abarca, evidentemente, los niños, niñas y adolescentes"³⁰. Luego de identificar las diferentes definiciones contenidas en instrumentos internacionales (no regionales), sostuvo que no indagaría si las variadas expresiones con las que se denomina a las personas menores de dieciocho años de edad acarrearán alguna consecuencia particular. Así, cerró el debate que había planteado la *traducción latinoamericana* respecto de la cuestión terminológica en el tema³¹:

"... Para los fines que persigue esta Opinión Consultiva, es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de dieciocho años"³².

²⁹ En el caso, "... De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los dieciocho años de edad. Según esos criterios solo tres de las víctimas (...), tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emplea, en esta sentencia, la expresión coloquial 'niños de la calle', para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo", Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, cit. *supra*, Cap. I, nota 11, párr. 188.

³⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. *supra*, Cap. II, nota 27. Agregó que: "En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por 'niño' a toda persona que no ha cumplido dieciocho años de edad", párr. 42. El TEDH también ha tomado la definición de niño establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, como el menor de dieciocho años de edad (entre otros, en TEDH, caso "Güveç vs. Turkey", Sentencia n° 70337/01, de 20 de enero de 2009, párr. 58; y caso "Çoşgelav vs. Turkey", Sentencia n° 14137/07, de 9 de octubre de 2012, párr. 36).

³¹ Cfr. *supra* Capítulo II, e *infra* Capítulo VI, § 18, c). Un análisis más detallado del tema de las diferentes denominaciones tal como fue planteado en el debate latinoamericano se encuentra en el voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ en la Opinión Consultiva n° 17, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párrs. 37/0.

³² Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párr. 40.

Asumió correctamente una definición normativa de niño: la contenida en el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño (niño es todo ser humano menor de dieciocho años), si bien no ahondó en las dificultades que la parte final del mismo artículo introduce, al establecer "... salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"³³.

Esta definición plantea, al menos, dos problemas.

Por un lado, la Convención sobre los Derechos del Niño no define cuándo se comienza a ser niño, circunstancia que fue considerada intencional ya que en el Grupo de Trabajo de Expertos no hubo consenso entre las dos alternativas planteadas: la que proponía la concepción y la que consideraba el nacimiento como respuesta a este interrogante³⁴; por otro lado, esta definición extiende la noción de niño hasta una edad donde resulta casi contra-intuitiva: la etapa de la adolescencia. Los problemas relacionados con la extensión de la definición de niño se advierten, principalmente, en tres áreas sensibles de los derechos humanos de los niños: el tema de la responsabilidad penal, el del trabajo y el de sus derechos sexuales y reproductivos.

Estos tres temas han sido objeto de regulaciones específicas por el derecho interno de cada país latinoamericano. En todos los casos, se ha legislado sobre ellos mediante la creación de categorías etarias con derechos y deberes claramente establecidos dentro de cada grupo: la de los niños y la de los adolescentes³⁵, no sin al-

³³ *Idem*, párr. 38.

³⁴ De esta forma, "La definición contenida en la versión inicial propuesta por Polonia en 1978 del entonces proyecto de Convención, define al niño como toda persona, humana, desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad. Como vimos, algunos países propusieron una redacción sustitutiva al artículo primero definiendo al niño como persona desde la concepción. La imposibilidad de lograr un consenso sobre una u otra alternativa —o sea, la que proponía la concepción como elemento de la definición y la que empleaba el nacimiento para este efecto— llevó al Grupo de Trabajo a adoptar un texto de compromiso, eliminando la referencia al nacimiento contenida en el texto original. En consecuencia, la Convención no se pronuncia sobre el particular, y los trabajos preparatorios dejan constancia que el texto final del artículo primero tiene el propósito expreso de evitar la incompatibilidad entre la Convención y la legislación nacional, en cuanto a los eventuales derechos del niño antes del nacimiento", en O'DONNELL, *La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido*, en "Infancia", Boletín del Instituto Interamericano del Niño, n° 230, t. 63, p. 4.

³⁵ Entre las leyes latinoamericanas, la República Argentina a través de la ley n° 23.849 (ley aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, sancionada el 27/9/90, promulgada el 16/10/90, y publicada en el BO del 22/10/90), declara que se entenderá por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad (art. 1º), en cuanto a la regulación de la responsabilidad penal especial la ley n° 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad (sancionada el 25/8/80 y publicada en el BO del 28/8/80) fija como edad mínima de responsabilidad penal juvenil los dieciséis años de edad (art. 1º); la ley n° 20.084 de Responsabilidad Penal Juvenil de Chile (promulgada el 28/11/05, publicada el 7/12/05, y entró en vigencia el 8/6/07)

gunas contradicciones respecto de lo que en otra ocasión hemos llamado "protecciones cruzadas"³⁶.

establece que, a efecto de la citada ley, se considera adolescente a toda persona que al momento de la ejecución del delito sean mayores de catorce años y menores de dieciocho; el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, cit. *supra*, Cap. I, nota 3, define a todo niño/a como aquella persona que no ha cumplido los doce años de edad, y al adolescente como aquella persona entre los doce y dieciocho años (art. 4°); la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, cit. *supra*, nota 24, considera niño a toda persona desde su concepción hasta los trece años, y adolescente a toda persona desde los trece hasta los dieciocho años de edad (art. 2°); el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, cit. *supra*, Cap. I, nota 3, considera niño a aquella persona que no hubiese cumplido los trece años y adolescente a aquel que se encuentre entre los trece y dieciocho años de edad no cumplidos (art. 2°); la ley n° 1702 de Paraguay (aprobada el 3/5/01, sancionada el 8/5/01 y publicada el 24/5/01) dispone que se entenderá por niño a toda persona desde la concepción hasta los trece años, adolescente desde los catorce hasta los diecisiete y menor adulto desde los dieciocho hasta alcanzar la mayoría de edad (art. 1°); y el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay (ley n° 17.823, promulgada el 14/9/04 y publicada el 7/9/04) entiende por niño a toda persona hasta los trece años y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad (art. 1°), entre otras. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño reconoció que: "(...) la adolescencia no es fácil de definir y que los niños alcanzan la madurez a diferentes edades. Los niños y las niñas entran en la pubertad a distintas edades, y diversas funciones del cerebro se desarrollan en diferentes momentos. El proceso de transición de la infancia a la edad adulta está influenciado por el contexto y el entorno, como se observa en la gran diversidad de expectativas culturales que hay en relación con los adolescentes en las legislaciones nacionales, que prevén distintos umbrales para comenzar a desempeñar actividades de la vida adulta, y en los diferentes órganos internacionales, que definen la adolescencia en función de diferentes franjas etarias (...)", Observación General n° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016, párr. 5.

³⁶ Cfr. BELOFF-FREEDMAN-KIERSZENBAUM-TERRAGNI, "La justicia juvenil y el juicio abreviado", en *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Mary BELOFF (dir.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, ps. 139/185. El Comité de los Derechos del Niño recomendó "(...) a los Estados que adopten límites mínimos de edad legal, compatibles con el derecho a la protección, el principio de interés superior y el respeto del desarrollo evolutivo del adolescente. Por ejemplo, los límites de edad deben reconocer el derecho a adoptar decisiones en relación con los servicios y tratamientos sanitarios, el asentimiento a la adopción, el cambio de nombre y las solicitudes presentadas a los tribunales de familia. En todos los casos debe también reconocerse el derecho a asentir y denegar consentimiento que asiste a un niño que, sin haber alcanzado esa edad mínima, muestre discernimiento suficiente. Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se elija o no también el de un progenitor o representante legal. También debe considerarse la posibilidad de que se presuma la capacidad jurídica del adolescente para solicitar servicios y productos urgentes o preventivos de salud sexual y reproductiva, y para tener acceso a ellos. El Comité subraya que, si lo desean, todos los adolescentes tienen derecho con independencia de su edad a acceder de forma confidencial a orientación y asesoramiento médicos sin el consentimiento de un progenitor o tutor legal. Este derecho es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad", Observación General n° 20 (2016), cit. *supra* nota 35, párr. 39.

Una dificultad diferente es la de saber cuándo un adolescente se convierte en adulto y, por ello, pierde el derecho a ser titular de medidas especiales de protección derivadas de su condición de niño³⁷. La propia Convención sobre los Derechos del Niño establece una excepción a la regla de los dieciocho años que es el supuesto en que el menor haya adquirido antes la mayoría de edad³⁸. La Corte IDH no se ha pronunciado aún sobre el tema en general. Solo ha sostenido una posición es-

³⁷ El Código Civil y Comercial aprobado por la ley n° 26.994 (material) de la República Argentina, cit. *supra*, Introducción, nota 9, dispone en el art. 25 que "*Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años*" (destacado agregado). A continuación en el art. 26 establece que: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le condene así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo" (destacado agregado). Por otro lado, en relación con las obligaciones alimentarias, establece en el art. 658 que: "Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintinueve años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo". Finalmente, el art. 663 dispone que: "La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que este alcance la edad de veintinueve años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente.

Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido". Como se advierte de la lectura de todos estos artículos, el nuevo Código Civil y Comercial argentino parece estar basado, al mismo tiempo, sobre teorías opuestas: por un lado contiene reglas claramente paternalistas justificadas y, por el otro, adopta regulaciones propias de los enfoques liberalistas que equiparan a los niños con los adultos.

³⁸ No solo el derecho interno de los países latinoamericanos ha regulado la cuestión. En el Derecho Internacional existen algunas reglas que fijan edades mínimas respecto de algunos temas. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe el reclutamiento por las fuerzas armadas y la participación en conflictos armados de niños menores de quince años, prohibición reglamentada por los arts. 1° y 2° del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados que establece la edad mínima de dieciocho años para participar en hostilidades y para hacer el servicio militar obligatorio. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha tipificado como crimen de guerra (el que trae aparejada la res-

tricta respecto del límite de los dieciocho años como límite a un tratamiento penal diferenciado (respecto de niños condenados que deben cumplir parte de su sanción privativa de libertad ya como adultos), curiosamente en un caso en el que la propia legislación interna del país (Argentina) habilitaba la extensión de la protección especial hasta los veintidós años³⁹.

§ 11. El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Interés superior del niño

Para interpretar los alcances del art. 19 de la CADH en el marco del amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños reconocido por la Corte IDH, el Tribunal ha utilizado sistemáticamente el principio del "Interés superior del niño".

Este principio está contenido en normas del sistema universal y, de forma más indirecta, en las del sistema regional.

La norma principal se encuentra en el art. 3° de la CDN⁴⁰ que manda que:

"... En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los

ponibilidad penal internacional del perpetrador), el "reclutar o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades", sea por fuerzas armadas estatales, paramilitares o por grupos armados disidentes (art. 8°). Asimismo, el Protocolo Adicional I relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, dispone que las Partes signatarias deben adoptar todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades y que deben abstenerse de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Por otro lado, la aplicación de la pena de muerte a menores de dieciocho años está prohibida por varios instrumentos internacionales; también lo está el casamiento antes de los quince años, de acuerdo con la Recomendación sobre la edad mínima para el matrimonio —aprobada por la Asamblea General en su Res. 2018 (XX) de 1° de noviembre de 1965, Principio II—; y, finalmente, el Derecho Internacional prohíbe desde hace años realizar trabajos de tiempo completo antes de los quince años así como llevar a cabo trabajos peligrosos antes de los dieciocho años, de acuerdo con el Convenio 138 de la OIT (arts. 2.3 y 3.1).

³⁹ Corte IDH, caso "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, n° 260, párr. 67.

⁴⁰ En similar sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (aprobada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo; y entró en vigencia el 1° de diciembre de 2009), en el art. 24 dispone: "Derechos del Niño. 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el *Interés superior del niño* constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses" (destacado agregado).

órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *Interés superior del niño*"⁴¹.

En sentido similar, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en el Principio II, ya había establecido que:

"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin la consideración fundamental a que se atenderá será el *interés superior del niño*"⁴².

En esta línea, el Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, en el art. 8° establece que:

"... Los Estados Partes garantizarán que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, la consideración primordial a que se atienda sea el *interés superior del niño*"⁴³.

En el art. 3° dispone que:

"El Comité incluirá en su reglamento salvaguardias para evitar que quienes actúan en nombre de los niños los manipulen, y podrá negarse a examinar toda comunicación que en su opinión no redunde en el *interés superior del niño*"⁴⁴.

El Protocolo Facultativo de la Convención relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, en el art. 2° dispone que:

"Al ejercer las funciones que le confiere el presente Protocolo, el Comité seguirá por el principio del *interés superior del niño*. También tendrá en cuenta los derechos y las opiniones del niño, y dará a esas opiniones el debido peso, en consonancia con la edad y la madurez del niño".

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el art. 5° b) dispone que:

"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en

⁴¹ Destacado agregado.

⁴² Destacado agregado.

⁴³ Destacado agregado.

⁴⁴ Destacado agregado.

cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos"⁴⁵.

En el art. 16.1.d) establece que:

"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial..."⁴⁶.

En el orden regional, algunas normas se refieren al tema, como *interés superior* o bien como *interés* o *conveniencia* a secas. Así, por ejemplo, la Convención Americana, en el art. 17.4, establece que en caso de disolución del matrimonio "se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos..."

La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, en el art. 14, dispone que: "La anulación [de la adopción] solo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor..."

En tanto la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, en el art. 1°, señala que "tiene en miras" el *interés superior* del menor, por lo que los Estados se obligan a "... a) asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior; (...) c) asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor". En tanto en el art. 6° establece que: "Los Estados Parte velarán por el interés del menor, procurando que los procedimientos de aplicación de la Convención permanezcan confidenciales en todo momento"; y en el art. 11 dispone que: "Las acciones instauradas conforme a lo dispuesto en este capítulo no impiden que las autoridades competentes del Estado Parte donde el menor se encontrare ordenen en cualquier momento su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual, considerando el interés superior del menor"; en el art. 4° prescribe que "... las autoridades del Estado Parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del mismo conforme al interés superior de dicho menor"; y en el art. 18 determina que en la acción de anulación de las adopciones y en otras instituciones afines "... se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor..."

El principio de *interés superior* o *mejor interés* del niño (*best interest of the child*), originalmente acuñado por la jurisprudencia anglosajona, ha sido largamente ana-

⁴⁵ Destacado agregado.

⁴⁶ Destacado agregado.

lizado por la doctrina y aplicado por los tribunales⁴⁷. Definido por la doctrina de muchas maneras e incorporado a las legislaciones latinoamericanas⁴⁸ a partir de su

⁴⁷ Sobre el tema pueden consultarse, entre otros, los siguientes libros: ALSTON, *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994; DETRICK (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: a Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992; e *Idem*, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague - Boston - London, 1999; GOLDSTEIN - FREUD - SOLNIT, *Beyond the Best Interests of the Child*, Free Press, New York, 1973; *Idem*, *Before the best interest of the child*, Free Press, New York, 1979; e *Idem*, *In the best interest of the child*, Free Press, New York, 1986; y VANBUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague - Boston - London, 1995.

⁴⁸ Entre otras, el Código Niña, Niño y Adolescente de Bolivia (Ley n° 548, aprobada el 17/7/14) art. 11.a): "Interés Superior. Por el cual se entiende toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta, se debe apreciar su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora o guardador, tutora o tutor; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas (...)" e el Código de la Niñez e Infancia de Colombia, Ley n° 1098, cit. *supra* Cap. III, nota 24, art. 8°: "INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes"; el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, cit. *supra* Cap. I, nota 3, art. 11°: "El interés superior del niño. El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla"; la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, cit. *supra* Cap. III, nota 24, art. 5°: "Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley. Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia"; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, cit. *supra* Cap. I, nota 3, art. 10°: "Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente todo aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultu-

Inclusión en la Convención sobre los Derechos del Niño, se lo comenzó a considerar una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos⁴⁹.

ral, social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficie en su máximo grado"; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay (Ley n° 1.680, aprobada el 8/9/00), art. 3°: "Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo"; el Código para el Sistema de Protección de los Derechos Fundamentales de niños, niñas y adolescentes de la República Dominicana (Ley n° 136, aprobada el 7/8/03), Principio V: "INTERÉS SUPERIOR DE NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. El principio del interés superior del niño, niña o adolescente debe tomarse en cuenta siempre en la interpretación y aplicación de este Código y es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les sean concernientes. Busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales. Para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente, en una situación concreta, se debe apreciar: La opinión del niño, niña y adolescente; La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y las exigencias del bien común; La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo; La indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños, niñas y adolescentes y los principios en los que están basados, de acuerdo a lo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas"; la Ley n° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la República Argentina, cit. *supra* Introducción, nota 9, art. 3°: "Interés superior del niño. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros"; y el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, cit. *supra* Cap. III, nota 35, art. 6°: "(Criterio específico de interpretación e integración; el interés superior del niño y adolescente). Para la interpretación e integración de este Código se debe tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos".

⁴⁹ La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha aportado algunas precisiones al momento de definir el contenido de este principio al sostener que: "... apunta a dos finalidades

Pese a las críticas de las que ha sido objeto, este principio constituye una referencia insoslayable en el largo y gradual proceso de reconocimiento de los derechos de los niños y presenta una actualidad hermenéutica que está fuera de discusión debido a su presencia en todas las normas convencionales y no convencionales de derechos humanos de los niños⁵⁰.

básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (...). El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto", CSJN-Fallos, 328:2870, del voto de los jueces FAYT, ZAFFARONI Y ARGIBAY. En sentido similar, "... la 'protección especial' enunciada en el preámbulo de la Convención, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3°—dirigida a los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos—, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulta de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes", CSJN-Fallos, 324:975, del voto de los jueces BOGGIANO Y VÁSQUEZ. Por otro lado, en Colombia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, sostuvo que: "... la más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: 1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; 3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; 4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor", Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia n° T-408/95, 12 de septiembre de 1995, párr. 6°. Otra Sala del mismo Tribunal reiteró que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado "el concepto constitucional de interés superior del menor, que consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el 'desarrollo normal y sano' del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad", Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-514/98, de 21 de septiembre de 1998; también Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-591/99, 17 de agosto de 1999, entre otros.

⁵⁰ Una de las primeras referencias al interés superior del niño puede encontrarse en el Informe Anual de la Com. IDH del año 1997: "5. La Comisión recomienda a los Estados Miembros que pongan especial atención en la protección integral de los derechos del niño. La Declaración Americana, la Convención Americana y otros instrumentos de carácter universal, recogen el consenso de que los niños tienen derecho a medidas especiales de atención y protección. Consecuentemente,

Se ha afirmado que, a diferencia de su empleo en la cultura jurídica anglosajona donde, por regla, se lo ha utilizado para resolver conflictos intrafamiliares, en el ámbito latinoamericano se lo ha considerado principalmente como principio rector de las actividades estatales respecto de los niños⁵¹; pero, en rigor, en el ámbito regional también ocupa un lugar central en la adjudicación de casos vinculados con el derecho de familia. Si bien su naturaleza normativa no ha sido determinada por la doctrina, el análisis de la jurisprudencia⁵² y de las resoluciones de organismos

debe asignarse los recursos necesarios para el cuidado y desarrollo de la niñez; y deben tomarse las medidas legislativas y de otra naturaleza necesarias para proteger sus derechos. En este sentido, la Comisión recomienda a los Estados Miembros que en todos los casos que involucren decisiones que afecten la vida, la libertad, la integridad física o moral, el desarrollo, la educación, la salud u otros derechos de los menores de edad, dichas decisiones sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño...". Informe Anual de la Com. IDH 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, 17 de febrero de 1998, Capítulo VII, destacado agregado, disponible en www.cidh.oas.org/annualrep/97span/cap.7.htm.

⁵¹ En el derecho español se ha considerado que el interés superior del niño "... determina que cuando esté en juego un interés de un menor habrá de imponerse este sobre otros y frente a otra solución, a menos que razones suficientes exijan otra cosa, lo que habrá que justificar, y demostrar la necesidad e idoneidad de la medida restrictiva, y de ser proporcionada al caso", en RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, ps. 34 y 35. Puede consultarse también el interesante artículo de FREEDMAN, *Funciones normativas del interés superior del niño*, en "¿Más Derecho?", año 4, 2004, Buenos Aires.

⁵² La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina sostuvo que el interés del niño es un concepto abierto, por lo que corresponde a los jueces precisarlo al momento de resolver. Ello implica valorar las circunstancias del caso concreto con parámetros aceptados por la jurisprudencia y la doctrina así como tener en cuenta la información suministrada por otras disciplinas (cfr. CSJN-Fallos, 331:941, del dictamen del Procurador General que el voto de la mayoría hizo propio). En este sentido, "... esta Corte estima prudente recordar que en procesos como el de autos resulta vital que la mesura y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación (...), de modo que se evalúe condenadamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, más en forma ineludible, sobre la integridad del menor que se intenta proteger. Ello, con el fin de hacer real y efectiva la preservación de sus tantas veces citado 'interés superior' que, como principio rector, enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional...". CSJN, "Martínez, Marcela María de Luján y otros s/Guarda judicial con fines de adopción del menor L. E. - cuad. de apelación de medida cautelar", M. 14. XLIII; REX: 4/9/07, del consid. 6° del voto de los jueces FAYT y MAQUEDA, destacado del original. En esta línea, el TEDH, en el caso "Sahin vs. Germany" (Sentencia n° 30943/96, de 8 de julio de 2003) sostuvo que: "The margin of appreciation to be accorded to the competent national authorities will vary in accordance with the nature of the issues and the importance of the interests at stake. Thus, the Court has recognised that the authorities enjoy a wide margin of appreciation when deciding on custody matters. However, a stricter scrutiny is called for as regards any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights of access, and as regards any legal safeguards designed to secure the effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such

internacionales⁵³ permite concluir que contiene un contenido normativo específico consistente en un mandato a los poderes del Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deban restringir o limitar derechos o libertades del niño en relación con terceros adultos.

Es ese el alcance que, en alguna ocasión, le ha asignado el Comité de los Derechos del Niño:

"... Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente"⁵⁴.

Este organismo ha desarrollado el tema extensamente en su Observación General n° 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial"⁵⁵, con diferentes alcances y de forma algo contradictoria. En principio, reconoce dos aspectos fundamentales: que se trata de un concepto complejo, y que su contenido debe determinarse caso por caso, de donde deriva que es un concepto "flexible" y "adaptable"⁵⁶. Advierte no obstante las dificultades que plan-

further limitations entail the danger that the family relations between a young child and one or both parents would be effectively curtailed ..., párr. 65. Agregó que: "Article 8 requires that the domestic authorities should strike a fair balance between the interests of the child and those of the parents and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents. In particular, a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development ...", párr. 66.

⁵³ Por ejemplo, la Corte IDH tuvo en consideración el interés superior del niño para determinar las reparaciones a las cuales tienen derecho los hijos de víctimas de violaciones de derechos humanos (cfr. Corte IDH, caso "Suárez Rosero vs. Ecuador", Interpretación de la Sentencia de Reparaciones, Sentencia del 29 de mayo de 1999, Serie C, n° 51, párr. 31).

⁵⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General n° 5 (2003) "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4° y 42 y párr. 6° del art. 44)", párr. 12.

⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3°, párrafo 1°)", CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

⁵⁶ "El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá adaptar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3°, párrafo 1°, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse

tean estas características⁵⁷ y quizás por ello no aplica este mismo criterio en diferentes secciones del texto de la mencionada Observación General, como se indicará a continuación.

Por un lado, sostuvo que se trata de un "concepto triple" conforme el cual el interés superior del niño sería, a la vez:

- I. *Un derecho sustantivo*: "... el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3º, párrafo 1º, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales ...";
- II. *Un principio jurídico-hermenéutico*: "... si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño ...";
- III. *Una regla procesal*: "... siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho"⁵⁸.

se de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos", párr. 32.

⁵⁷ "La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdén en la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia", párr. 34.

⁵⁸ "En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué cri-

Por otro lado, repitió una fórmula redundante de equiparación del concepto de interés superior del niño, con la satisfacción de todos los derechos del niño:

"El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño"⁵⁹.

Ello condujo al Comité a afirmar algo contrario al propio texto convencional:

"... que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al 'interés superior del niño' y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño"⁶⁰.

De acuerdo con este párrafo, todos los derechos tendrían en el tratado el mismo rango, cuando de su simple lectura surge palmariamente la diferencia de alcance entre algunos derechos y otros. En concreto, los derechos fundamentales de protección, que podrían ser asimilados a lo que GARZÓN VALDÉS denomina el "cotovadado"⁶¹ (como los derechos a la vida—art. 6.1—, a la nacionalidad y a la identidad—arts. 7º y 8º—, a la salud—arts. 24 y 25—, a un nivel de vida adecuado—art. 27.1—, a realizar las actividades propias de su edad recreativas, culturales, entre otras—art. 31—, a la protección especial—arts. 19 y 20— y las garantías del derecho penal y procesal penal—arts. 37 y 40—), no se hallan supeditados a otros derechos, posibilidades o intereses individuales o colectivos; en cambio algunos derechos de libertad (como el derecho de salir de cualquier país—art. 10.2—, del niño a la libertad de expresión—art. 13.2—, a la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias—art. 14.3—, a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas—art. 15.2— y aun a la educación—arts. 28 y 29—) son supeditados a diferentes restricciones, tales como las "estipuladas por ley", las que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la

terlos se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos", *Idem*, párr. 6º. En este sentido, agregó que: "... Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación: a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás; b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho", párr. 46.

⁵⁹ *Idem*, párr. 4º, destacado agregado.

⁶⁰ *Idem*, destacado agregado.

⁶¹ Cfr. GARZÓN VALDÉS, *Desde la modesta propuesta de "Swift" hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño*, op. cit., supra, Cap. I, nota 1.

moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y hasta a otros derechos del mismo tratado " que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos".

Esa afirmación se conecta con una posición anterior del propio Comité en la Observación General n° 13 "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia"⁶² en el sentido de que: " [i] lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención" ...⁶³.

Sin embargo, justamente en esa afirmación radica la dificultad del principio como herramienta hermenéutica. Si todos los derechos tienen la misma relevancia normativa y, en consecuencia, activan equivalentes deberes estatales, ¿cómo se resuelven las tensiones entre ellos? Precisamente para ello se creó el principio y se lo mantuvo en todas las normas que integran el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños, más allá de que, en ocasiones y como se señaló, haya habilitado el ejercicio de facultades arbitrarias de los adultos sobre los niños.

Estrictamente, más allá del párrafo cuestionado, el Comité se inclina por una posición que relativiza el alcance de los derechos, para lo cual la ponderación del interés superior es esencial. Para ello definió tres tipos de obligaciones estatales derivadas del principio analizado: 1) la de garantizar que el interés superior se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas (en especial, en las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afecten directa o indirectamente a los niños); 2) la de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación respecto de los niños pongan de manifiesto que el interés superior ha sido una consideración primordial, y 3) la de garantizar que el interés del niño sea evaluado y constituya una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado⁶⁴.

Para cumplir con las obligaciones señaladas en el párrafo anterior, identificó algunas medidas específicas, tales como, entre otras: 1) examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y velar que el interés superior del niño —como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento— se aplique en todas las leyes y reglamentos nacionales, las normas que rigen el funcionamiento de las instituciones públicas o privadas que prestan servicios relacionados con los niños o que re-

⁶² Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 13 "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

⁶³ *Idem*, párr. 61, destacado agregado; en sentido similar, Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3°, párr. 1°)", cit., *supra*, nota 55, párr. 4°.

⁶⁴ *Idem*, párr. 14.

percuten en ellos, así como en los procedimientos judiciales y administrativos; 2) reafirmar el interés superior del niño en la coordinación y aplicación de políticas en los ámbitos nacional, regional y local; 3) establecer mecanismos y procedimientos de denuncia, curso o reparación a fin de dar pleno efecto al derecho del niño a que su interés superior se integre debidamente y se aplique de manera sistemática en todas las medidas de ejecución y en los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con él o que lo afecten; 4) ponderar el interés superior del niño en la asignación de los recursos nacionales e internacionales afectados a programas y medidas destinados a hacer efectivos los derechos del niño; 5) proporcionar información y capacitación a los responsables de la toma de decisiones que afecten directa o indirectamente al niño, y 6) proporcionar a los niños información adecuada en un lenguaje comprensible⁶⁵.

Dado que el propio art. 3° alude a que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial de los Estados, el Comité remarcó que:

"... La expresión 'consideración primordial' significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar"⁶⁶.

En particular, respecto de los procedimientos relacionados con la adopción de un niño (cfr. art. 21 de la CDN), afirmó que "el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente 'una consideración primordial', sino 'la consideración primordial'; es decir, que "el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones"⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. *idem*, párr. 15. "Al dar pleno efecto al interés superior del niño, debentenerse en cuenta los parámetros siguientes: a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos; c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo", párr. 16.

⁶⁶ *Idem*, párr. 37.

⁶⁷ *Idem*, párr. 38, destacado del original. Al respecto puede consultarse Corte IDH, caso "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C, n° 351 (analizada en el Cap. IV, § 12, g, 3).

También afirmó que, en la medida en que sean pertinentes en la situación concreta, los elementos que deben tenerse en cuenta para evaluarlo y determinarlo son: 1) la opinión del niño; 2) la identidad del niño; 3) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; 4) el cuidado, protección y seguridad del niño; 5) la situación de vulnerabilidad⁶⁸; 6) el derecho del niño a la salud, y 7) el derecho del niño a la educación⁶⁹.

Finalmente, determinó las garantías procesales que los Estados deben asegurar para velar por su observancia, a saber: 1) el derecho del niño a expresar su propia opinión; 2) la determinación de los hechos; 3) la percepción del tiempo; 4) los profesionales cualificados; 5) la representación letrada; 6) la argumentación jurídica; 7) los mecanismos para examinar o revisar las decisiones, y 8) la evaluación del impacto en los derechos del niño⁷⁰.

Por su parte, la Corte IDH se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el interés superior del niño. Específicamente, en la Opinión Consultiva n° 17 (analizada en el Capítulo VI, § 18), ensayó por primera vez una definición del principio, pero en esa ocasión no logró avanzar sobre la vaguedad característica de las definiciones utilizadas en la región por los tribunales y legislaciones nacionales hasta entonces.

Al respecto, sostuvo allí que:

"... la expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"⁷¹.

El Tribunal interpretó también que:

"La prevalencia del Interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado a irradiar efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad"⁷².

⁶⁸ Entre otras, tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos o vivir en situación de calle (Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14, cit. nota 55, párr. 75).

⁶⁹ Cfr. *idem*, párrs. 53/79.

⁷⁰ Cfr. *idem*, párrs. 89/99.

⁷¹ Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, conclusión 2, destacado agregado; puede consultarse también el voto concurrente del Juez CANÇADO TRINDADE, párr. 60.

⁷² Corte IDH, caso de las "Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 25, párr. 134. El TEDH, en el mencionado caso "Sahin vs. Germany", cit. *supra*, nota 52, sostuvo: "The human rights of children and the standards to which all States must aspire in realising these rights for all children are set out in the Uni-

De forma anticipada al Comité de los Derechos del Niño, sostuvo que la prevalencia del interés superior coincidía con la satisfacción de todos los derechos de los niños, no, por ejemplo, con la satisfacción de la mayor cantidad de derechos en juego en un caso concreto. Por este motivo, la Corte IDH—tal como se indicará más adelante—no pudo responder cuál era el contenido concreto de los derechos de los niños o, más claramente, del derecho de los niños a su protección especial (cuestión sobre la que sí logró avanzar, respecto de algunos derechos, en decisiones posteriores)⁷³.

Fue importante no obstante que la Corte IDH estableciera en esa primera ocasión que el niño debe participar en la determinación de lo que se considere su "interés superior" o "mejor interés", si bien siempre "en la medida de lo posible"—como lo indicó el Comité años después—, al afirmar que:

"[e]l aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso"⁷⁴.

ted Nations Convention on the Rights of the Child (...) States parties to the convention are obliged to develop and undertake all actions and policies in the light of the best interests of the child (Article 3). Moreover, States parties have to ensure that a child is not separated from his or her parents against their will unless such separation is necessary for the best interests of the child, and respect the right of a child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests (Article 9), párrs. 39 y 41 respectivamente. En este sentido, afirmó que: "In determining whether the refusal of access was 'necessary in a democratic society', the Court has to consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify this measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 of the Convention. Undoubtedly, consideration of what is in the best interests of the child is of crucial importance in every case of this kind. Moreover, it must be borne in mind that the national authorities have the benefit of direct contact with all the persons concerned. It follows from these considerations that the Court's task is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities regarding custody and access issues, but rather to review, in the light of the Convention, the decisions taken by those authorities in the exercise of their power of appreciation ...", párr. 64.

⁷³ Por ejemplo, al disponer la permanencia del niño en su núcleo familiar salvo que existiesen razones determinantes para separarlo en función de su interés superior. Este es un punto clave que no ha sido resuelto por la Corte IDH de forma categórica, si bien ha establecido que la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. Hubiera sido de gran ayuda en el tema que la decisión estableciera cuáles se consideran "razones determinantes" para separar a un niño de su familia en lugar de dejarlo librado al impreciso "interés superior".

⁷⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párr. 102. En similar sentido, Corte IDH, caso "Furlan y Familiares vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. Introducción, *supra*, nota 10, párr. 230, entre otros.

Sobre el fundamento del interés superior del niño y su conexión inescindible con el art. 19 de la CADH, el Tribunal sostuvo que:

"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 estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades..."⁷⁵.

Agregó que:

"En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia"⁷⁶.

En definitiva, sobre la base del criterio jurisprudencial sentado por la Corte IDH, es posible afirmar que existiría una equivalencia entre el contenido del art. 19 de la CADH (medidas especiales de protección a la niñez) y el art. 3° de la CDN (interés superior del niño), en tanto en todos los precedentes siempre que se intenta definir el interés superior del niño se alude, de formas variadas, a la satisfacción de los derechos de los niños, la que se lograría al garantizarse las medidas de protección previstas por el art. 19 que se comenta.

La Corte IDH, en ejercicio de su competencia contenciosa, ha considerado el interés superior del niño al decidir: I. casos relacionados con temas de familia (custodia y cuidado de niños, adopción nacional e internacional); II. con el derecho a la salud (niños con discapacidad); III. con niños víctimas de abuso sexual; IV. con el acce-

⁷⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párr. 56. En sentido similar, Corte IDH, casos "Bulacio vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párr. 13; "Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", cit. *supra*, nota 22, párr. 163; "Fornerón e Hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 21, párr. 49; "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 108; y "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 268; entre otros.

⁷⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párr. 60. En sentido similar, Corte IDH, casos "Bulacio vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Cap. II, nota 27, párr. 13; "Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 22, párr. 163; "Fornerón e Hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 21, párr. 49; "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 108; y "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 268; entre otros.

so a la justicia; V. con niños migrantes; y VI. con el derecho a la educación; entre otros derechos⁷⁷.

El tribunal se expresó en el análisis del principio en un caso referido a la discriminación por orientación sexual de la madre de tres niñas ("Atala Riffo y Niñas vs. Chile")⁷⁸:

"... la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia"⁷⁹.

Condujo que el argumento de la posible discriminación social no era válido para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas⁸⁰:

"... al ser, en abstracto, el 'interés superior del niño' un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orien-

⁷⁷ El TEDH también ha hecho referencia al interés superior del niño al resolver casos donde se encontraban involucrados derechos de los niños (derechos de familia, restitución, refugiados, entre otros). Al respecto, pueden consultarse, entre muchos otros, "Sahin vs. Germany" (cit. *supra*, nota 52); "Pini and Others vs. Romania" (Sentencias n° 78028/01 y 78030/01, de 22 de junio de 2004); "Ignaccolo, Zenide vs. Romania" (Sentencia n° 31679/96, de 25 de enero de 2000); "Johansson vs. Finland" (Sentencia n° 10163/02, de 6 de septiembre de 2007); "Üner vs. Netherlands" (Sentencia n° 46410/99, de 18 de octubre de 2006); "Boulif vs. Switzerland" (Sentencia n° 54273/00 de 2 de agosto de 2001); "Maslov vs. Austria" (Sentencia n° 1648, de 23 de junio de 2008); "Jasna Detk ek vs. Maurizio Sguegla" (Sentencia de 23 de diciembre de 2009); "Neullinger and Shuruk vs. Switzerland" (Sentencia n° 41615/07, de 6 de julio de 2010); "Schneider vs. Germany" (Sentencia n° 17080/07, de 15 de septiembre de 2011); y "A. M. M. vs. Romania" (Sentencia n° 2151/10, de 14 de febrero de 2012).

⁷⁸ Analizado en el Capítulo IV, § 12, g), 1.

⁷⁹ Corte IDH, caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 109. En sentido similar, caso "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 67, párr. 153.

⁸⁰ Cfr. Corte IDH, caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 122. "Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que es imposible estigmatizar a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un 'daño' válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisible legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.", párr. 121.

torción sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tutela o custodia⁸¹.

Sobre el mismo tema del derecho a la familia, pero en un caso relacionado con el rechazo a una petición de un padre biológico para recuperar la patria potestad sobre su hija dada en adopción ("Fornerón e Hija vs. Argentina"⁸²), sostuvo que ésta se basó en afirmaciones que revelaban una "idea predeterminada sobre las circunstancias en las que se produjo su paternidad, y sobre que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo"⁸³, para establecer que:

"... una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia"⁸⁴.

En otro caso, esta vez relacionado con la adopción internacional ("Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala"⁸⁵), el Tribunal reconoció que:

"La determinación del interés superior del niño, cuando la adopción internacional es una posibilidad, es un ejercicio complejo, pues se debe evaluar en qué medida la adopción en el extranjero sería compatible con otros derechos del niño (tales como, el derecho a crecer hasta donde sea posible bajo el cuidado de sus padres o el derecho a no ser privado arbitrariamente e ilegalmente de ninguno de los elementos de su identidad), así como la situación familiar del niño (incluyendo las relaciones con hermanos) y 'tratar de predecir el potencial del niño para adaptarse a los nuevos arreglos de cuidado en un nuevo ambiente' (...)"⁸⁶.

⁸¹ *Idem*, párr. 110.

⁸² Analizado en el Capítulo IV, § 12, g), 2.

⁸³ Corte IDH, caso "Fornerón e Hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra* nota 21, párr. 99. En similar sentido, Corte IDH, caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", cit. *supra*, introducción, nota 10, párr. 109.

⁸⁴ Corte IDH, caso "Fornerón e Hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 21, párr. 100.

⁸⁵ Analizado en el Capítulo IV, § 12, g), 3.

⁸⁶ Corte IDH, caso "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 67, párr. 226.

Allí la Corte relacionó directamente el interés superior del niño con la carencia de recursos materiales:

"(...) la falta de recursos puede tener un impacto en la crianza de niñas y niños, sobre todo cuando ello compromete la satisfacción de sus necesidades más básicas como la alimentación y la salud. Sin embargo, la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión que suponga la separación del niño con respecto a su familia (...). El interés superior del niño, así como los derechos de los niños a preservar sus relaciones familiares y a no ser objeto de interferencias arbitrarias en las mismas, exige que la posición económica de una familia solo pueda ser utilizada para la separación de la niña o niño de su familia cuando además se invoca otra razón de más peso que por sí misma justificaria esa medida"⁸⁷.

También lo relacionó con el acceso a la justicia al sostener que, al estar involucrado el interés superior del niño, la autoridad encargada de "velar por el respeto de los derechos de los menores", o la autoridad judicial a cargo del proceso, debieron pronunciarse a fin de que el Estado asumiera los gastos necesarios para una citación puesto que la falta de pago de una tasa administrativa devino en el archivo del caso⁸⁸.

Por otro lado, respecto de niñas víctimas de abuso ("Rosendo Cantú y otra vs. México"), el Tribunal manifestó que la obligación de proteger el interés superior del niño en estos procedimientos implica varias medidas, tales como:

"... i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades, ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño"⁸⁹.

⁸⁷ *Idem*, párr. 288.

⁸⁸ *Idem*, párr. 255.

⁸⁹ Corte IDH, caso "Rosendo Cantú y otra vs. México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, n.º 216, párr. 201. "[C]onforme los estándares internacionales y regionales, la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña (...). Existe un elemento adicional importante: en todas las normas vinculadas con protección a la niñez y en particular a la niña víctima (como en todas las normas internacionales de protección a la víctima) un componente central se refiere a los deberes de prestación positiva del Estado respecto de una víctima de un delito y, una vez más, intensificado si se trata de una víctima menor de edad ...", en BELOFF, "El menor de edad víctima en el pro-

Sobre las demoras injustificadas en las que incurrió el Estado en un juicio por los daños sufridos por un niño que determinaron su incapacidad ("Furlán y Familiares vs. Argentina"⁹⁰), la Corte relacionó el interés superior con el derecho a ser escuchado del niño, al sostener —con mención a la Observación General n° 12 del Comité de los Derechos del Niño— que:

"... no es posible una aplicación correcta del artículo 3° [interés superior del niño] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3° refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida"⁹¹.

Agregó que:

"... No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad"⁹².

En relación con la representación del niño con discapacidad sostuvo que:

"... si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor. Asimismo, el Tribunal considera que habrán casos, dependiendo del tipo de deficiencia de la persona, en que sea conveniente que la persona con discapacidad cuente con la asesoría o intervención de un funcionario público que pueda ayudar a garantizar que sus derechos sean efectivamente protegidos"⁹³.

ceso judicial; garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado", en *Acceso a la justicia de niños y niñas víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*, IJUEJUS-AD C- Unicef, Buenos Aires, 2010, ps. 21/30.

⁹⁰ Analizado en el Capítulo IV, § 12, h), 1.

⁹¹ Corte IDH, caso "Furlán y Familiares vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 17, párr. 228.

⁹² *Idem*, párr. 230. En similar sentido, Corte IDH, caso "Atala Rify y Niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción, nota 10, párr. 200. También puede consultarse, caso "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala", Fondo, Reparaciones y Costas, Cap. IV, 12.g) 3.ii.1.

⁹³ Corte IDH, caso "Furlán y Familiares vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción *supra*, nota 10, párr. 242.

El Tribunal también relacionó el interés superior del niño con los derechos a la salud y a la educación. Así, sobre las vulneraciones a tales derechos de una niña infectada de VIH como consecuencia de una transfusión no controlada ("Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador"⁹⁴), determinó que las autoridades del colegio al que asistía no le brindaron la atención especializada que por su condición de vulnerabilidad requería y que, por lo contrario, "asumieron el caso como un riesgo para los otros niños y la suspendieron para luego expulsarla", con lo que:

"... el interés superior de los niños y niñas, tanto de [la víctima] como de sus compañeros de clase, exigía adaptabilidad del entorno educativo a su condición de niña con VIH (...) al ser, en abstracto, el 'interés colectivo' y la 'integridad y vida' de las niñas y niños un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la condición médica. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud"⁹⁵.

Concluyó que:

"... una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre los riesgos que puede generar el VIH no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la situación de salud de las personas, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas que conviven con cierta enfermedad o el riesgo que dicha enfermedad pueda tener para otras personas. En el presente caso la medida adoptada estuvo relacionada con prejuicios y con el estigma del que son objeto quienes viven con VIH"⁹⁶.

La Corte IDH sostuvo también que los procedimientos administrativos y judiciales que involucran derechos de los niños "deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades"⁹⁷, en razón de que "... la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o

⁹⁴ Analizado en el Capítulo IV, § 12, i), 2.

⁹⁵ Corte IDH, caso "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, Introducción nota 10, párrs. 262 y 265.

⁹⁶ *Idem*, párr. 266. Al respecto, la Corte resalta que el objetivo general de proteger la vida e integridad personal de las niñas y los niños que compartían su estancia con Talla en la escuela constituye, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso.

⁹⁷ Corte IDH, caso "Fornerón e Hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. *supra*, nota 21, párr. 51.

Irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto”⁹⁸. El Tribunal precisó que:

“... la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”⁹⁹.

Finalmente, se pronunció sobre el interés superior del niño en un caso relacionado con expulsiones de niños de un país (“Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana”¹⁰⁰):

“... el Estado debe observar además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. En este sentido, cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual que debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada...”¹⁰¹.

⁹⁸ *Idem*, párr. 52.

⁹⁹ *Idem*, párr. 103.

¹⁰⁰ Analizado en el Capítulo IV, § 12, e), 3.

¹⁰¹ Corte IDH, caso de “Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, n° 282, párr. 357. En relación con el tema, el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares y el Comité de los Derechos del Niño sostuvieron que: “*In particular, the best interests of the child should be ensured explicitly through individual procedures as an integral part of any administrative or judicial decision concerning the entry, residence or return of a child, placement or care of a child, or the detention or expulsion of a parent associated with his or her own migration status (...)* In order to implement the best interests principle in migration-related procedures or decisions that could affect children, the Committees stress the need to conduct systematically best-interests assessments and determination procedures as part of, or to inform, migration-related and other decisions that affect migrant children. As the Committee on the Rights of the Child explains in its general comment No. 14, the child's best interests should be assessed and determined when a decision is to be made. A ‘best-interests assessment’ involves evaluating and balancing all the elements necessary to make a decision in the specific situation for a specific individual child or group of children. A ‘best-interests determination’ is a formal process with strict procedural safeguards designed to determine the child's best interests on the basis of the best-interests assessment. In addition, assessing the child's best interests is a unique activity that should be undertaken in each individual case and in the light

En definitiva, ni el Comité de Derechos del Niño ni —en lo que interesa a este estudio— la Corte IDH, han elaborado una definición del interés superior del niño. De las sucesivas decisiones del Tribunal tanto contenciosas como consultivas puede concluirse que se trata de un concepto flexible tanto en lo metodológico como en lo sustantivo, cuya función y contenido debe establecerse a partir de la ponderación razonada de las circunstancias fácticas en juego, en un marco que observe garantías procesales y que tenga en cuenta, en lo pertinente, la opinión del niño involucrado.

of the specific circumstances of each child or group of children, including age, sex, level of maturity, whether the child or children belong to a minority group and the social and cultural context in which the child or children find themselves». Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios, Observación General n° 3, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 22, sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, de 16 de noviembre de 2017, disponible en http://tbitinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f3%2fCRC%2fC%2fGC%2f22&Lang=en, párrs. 30 y 31 respectivamente.