

Control de convencionalidad y protección de los niños, niñas y adolescentes

GONZALO AGUILAR CAVALLO*

Resumen

Existe una reforma constitucional en curso ante el Congreso chileno a propósito de la inclusión constitucional de los derechos del niño, niña y adolescente y su protección. Esa reforma cumple con los estándares internacionales en la materia. El objetivo de este trabajo es examinar brevemente dichos estándares mínimos que no pueden faltar en una revisión constitucional. Con ello pretendemos descubrir si el legislador cumple con su obligación de controlar la convencionalidad de la reforma constitucional sobre derechos del niño.

Palabras clave: Derechos humanos. Estándar mínimo. Derechos del niño, niña y adolescente. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sumilla

Introducción

1. Los avances legislativos y la idea del desarrollo del niño
 - 1.1. El proyecto de reforma constitucional en materia de infancia
 - 1.2. Desarrollo con enfoque en el interés superior de los NNA
2. La convencionalidad de la protección de la infancia
 - 2.1. Control de convencionalidad
 - 2.2. Protección de los NNA
 - 2.2.1. Protección de los NNA y justicia social
 - 2.2.2. Los NNA como sujetos de derecho
 - 2.2.3. Regulación de carácter consuetudinario
 - 2.2.4. Deber reforzado de garante
 - 2.2.5. Un grupo vulnerable
 - 2.3. Estándares básicos
 - 2.3.1. Principio del interés superior del niño

* Abogado (Chile), doctor en Derecho (Madrid, España), magíster en Relaciones Internacionales (Madrid, España), master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (París, Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Internacional, Constitucional, Ambiental y Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Director del Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Correo electrónico: gaguilarch@hotmail.com

- 2.3.1.1. Características elementales
 - A/ Principio rector
 - B/ Consideración de las características propias de las niñas y niños
 - C/ Principio primordial
 - D/ Principio garantista
- 2.3.1.2. Funciones
 - A/ Regla de interpretación
 - B/ Línea directriz u orientación
 - C/ Restricción a las limitaciones a los derechos de los NNA
- 2.3.2. El derecho a ser oído
- 2.3.3. Principio del desarrollo integral
- 2.3.4. Principio del deber de protección especial
- 2.3.5. Principio de la autonomía progresiva
- 2.3.6. Principio de prohibición de la discriminación
- 2.3.7. Obligaciones positivas del Estado en materia de derechos de los NNA
- 2.3.8. Principio del proyecto de vida

Conclusiones

Referencias

Introducción

El control de convencionalidad obliga a todos los órganos del Estado a velar por el respeto de los tratados internacionales ratificados y vigentes (Nogueira y Aguilar, 2018 in passim). En este sentido, el poder legislativo cumple un rol destacado ya que al momento de realizar su función normativa debe asegurarse de que se cumplen y respetan los tratados internacionales. En esta labor, el poder legislativo debe tomar en consideración la interpretación que de las normas convencionales ha realizado el intérprete autorizado. La Corte Suprema (Solicitud de cambio de nombre y de sexo, 2018, considerando 8) nos ha dado la razón en este sentido. En un fallo reciente, la Corte ha sostenido lo siguiente:

En cuanto a la vigencia de esta interpretación para el Estado de Chile, cabe recordar que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional le da a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva recién mentada, tiene carácter de autoritativa para Chile a menos que todos los Estados Partes mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia 'interpretación auténtica', por lo cual la Corte ha adelantado en este caso su opinión respecto de un tema determinado, el cual en caso de ser llevado por una situación determinada, se fallaría bajo esos argumentos.

Esta pequeña contribución ha sido elaborada con el objeto de aportar ciertos lineamientos mínimos a propósito del control de convencionalidad en materia de protección nacional de los derechos del niño, niña y adolescente.

En una primera parte, hemos querido resaltar las modificaciones que se han ido produciendo en el orden jurídico nacional que, directa o indirectamente, incorporan instrumentos internacionales de protección de los niños, niñas y adolescentes o bien, introducen criterios jurídicos que provienen del derecho internacional. Sin embargo, también se apunta a contrastar si estas modificaciones que se introducen o pretenden introducir se ajustan al marco jurídico internacional de los derechos del niño, niña y adolescente. Por ello, en una segunda parte, analizaremos someramente los principios rectores que existen en un sistema de protección integral de la infancia, sobre todo, al momento de efectuar un control de convencionalidad por los distintos órganos del Estado.

1. Los avances legislativos y la idea del desarrollo del niño

En esta primera parte haremos alusión a ciertos avances que se han ido introduciendo en el ordenamiento jurídico nacional en cuanto a la incorporación de instrumentos de protección o criterios provenientes del derecho internacional de la infancia y, asimismo, nos referiremos brevemente al concepto del derecho al desarrollo, como un concepto clave en la línea de fortalecer el derecho del niño al desarrollo integral.

1.1. El proyecto de reforma constitucional en materia de infancia

Quizás se pueda esperar que corran vientos de cambio en el ordenamiento jurídico chileno en lo que respecta a incorporar en la Constitución alguna referencia específica relacionada con los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA).

Los progresos han existido, pero estos han sido dispersos y poco sistematizados. Recordemos que el Decreto 830 publicado el 27 de septiembre de 1990 promulgó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Luego, el Decreto 225 publicado el 6 de septiembre de 2003 promulgó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, con su corrección a la letra b) del artículo 7. A continuación, el Decreto 248 publicado el 17 de diciembre de 2003 promulgó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados con su corrección al numeral 1 del artículo 3. Por medio del Decreto 29 publicado el 30 de abril de 2004 se promulgó la enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre

los Derechos del Niño. Por último, en esta secuencia internacional, el Decreto 121 publicado el 12 de diciembre de 2015 promulgó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Recientemente, desde un punto de vista institucional, podríamos decir que se ha dado un paso relevante mediante la aprobación de la ley 21.067 publicada el 30 de junio de 2018 y que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, la cual, de acuerdo con su artículo 2, tendrá por «objeto la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior».

En este contexto, se encuentra en discusión, en el Congreso Nacional, un interesante proyecto de reforma —el cual refunde¹ las iniciativas del Boletín 8167-07 y 11700-07— que intenta, por primera vez, incorporar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución.

La Reforma Constitucional, en materia de garantías y derechos del niño, correspondiente al Boletín 8.167-07, de 5 de marzo de 2012, propone introducir en la Constitución un nuevo artículo 19 bis, el cual rezaría como sigue:

Art. 19 bis.- Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de opiniones e ideas.

Son contrarios a los derechos de los niños toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La familia y el Estado tienen el deber de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Por su parte, el Proyecto que modifica la Carta Fundamental con el propósito de garantizar la protección de la infancia y adolescencia, correspondiente al Boletín 11.700-07, de 19 de abril de 2018, plantea incorporar las siguientes reformas a la Constitución:

¹ Cámara de Diputados, Oficio 13.925, 10 de mayo de 2018.

Artículo 1°: En el inciso quinto del artículo 1°, a continuación de la voz «esta» y antes de la voz «promover», agréguese la frase «velar por la protección de niños, niñas y adolescentes».

Artículo 2°: Para agregar al Capítulo III de la Constitución un nuevo numeral 26 al artículo 19, pasando el actual a ser 27°, el cual dispondrá:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

27°.- Que sin perjuicio de los derechos que esta reconoce a todas las personas, respecto de niños, niñas y adolescentes se reconocen y garantizan además aquellos derechos propios de su condición, particularmente los reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho además a ser oídos en todo asunto que pueda afectarles, conforme al desarrollo progresivo de su autonomía; a vivir en familia y a no ser separado de ella arbitrariamente; a que se garantice, conforme a sus características y necesidades especiales, el acceso a la justicia para la tutela de sus derechos; a que se les aseguren las condiciones necesarias para una existencia digna y, en general, a que se les proteja contra toda forma de violencia, abandono, discriminación arbitraria y explotación.

El Estado fomentará la concurrencia de la familia y la sociedad en la promoción, respeto y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.

Los órganos y agentes del Estado deberán actuar sujetos al principio del interés superior del niño respecto de toda medida legislativa, administrativa o de otra índole que afecte derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Corresponderá a la ley desarrollar la normativa necesaria para la implementación de un sistema de protección y garantías de los derechos de la niñez y la adolescencia.

En una sociedad como la chilena, que clama por un incremento en la protección de los NNA, todos estos avances jurídicos no son sino loables y constituyen pasos en la dirección correcta. Sin embargo, vale la pena contrastar la propuesta de reforma a la Constitución antes mencionada, por su trascendencia, con el marco jurídico de principios y normas provenientes del derecho internacional, y al cual, dicha reforma, debiera, mínimamente, adecuarse. Cabe recordar que, en cumplimiento de su control de convencionalidad, todos los poderes públicos están obligados a velar por el respeto de normas internacionales convencionales que vinculan al Estado, incluyendo al poder legislativo. Para cumplir con esta obligación de control, durante la discusión de los proyectos de reforma constitucional relativos a los derechos de los NNA, los legisladores deben velar porque el contenido de la reforma se adecúe a los estándares mínimos en esta materia, comprendidos, básicamente, por la CDN y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Antes de proceder a este contraste y atendido que el desarrollo integral del niño constituye un eje articulador de esta reforma, tal como se puede

desprender de su solo tenor literal, vale la pena aludir, aunque sea someramente, a la noción de desarrollo.

1.2. Desarrollo con enfoque en el interés superior de los NNA

No hay desarrollo sin que el ser humano esté en el centro de las preocupaciones, y, en este contexto, con un enfoque especial en el interés superior del NNA. A través del siglo XX se ofrecieron distintas doctrinas del desarrollo que se asentaban en distintas nociones acerca del desarrollo. Desde el punto de vista jurídico y político, la comunidad de Estados ha aceptado hoy en día que el desarrollo no tiene cabida si no pone en el centro de sus preocupaciones al ser humano, individual y colectivamente considerado. En este sentido, el artículo 2.1. de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo señala: «La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo». Del mismo modo, la noción generalmente aceptada de desarrollo incorpora una importancia carga de valores, entre ellos, el de la justicia, que tiene distintos pilares dentro de la noción de desarrollo. La noción generalmente aceptada es la de desarrollo sostenible o sustentable. Esta noción tiene como pilares la justicia social, la justicia ambiental, la justicia transgeneracional. Esta concepción contemporánea de desarrollo sostenible se encuentra reconocida, entre otros, en la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, en la Declaración de Río sobre Desarrollo, y en la más reciente Declaración sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Cabe resaltar que la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, en un intento de conceptualización, señala en su artículo 1.1. lo siguiente:

El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.

Esta noción de desarrollo se encuentra particularmente en peligro respecto de los grupos más vulnerables de la sociedad, por ejemplo, migrantes, pueblos indígenas, niños, niñas y adolescentes. Una manera de asegurar una aspiración de hacerlos parte integrante de este desarrollo sostenible es incluirlos, respetando el enfoque de derechos, en el desarrollo. Un paso en este sentido, se logra con la propuesta de nuevo artículo 19 bis en la Reforma Constitucional, en materia de garantías y derechos del niño, correspondiente al Boletín 8.167-07, de 5 de marzo de 2012, cuando se alude al deber de asistir al niño para alcanzar su desarrollo integral. En la misma dirección, aunque un poco más matizado, apunta la propuesta de modificación del artículo 1 de la Constitución, en el Proyecto que modifica la

Carta Fundamental con el propósito de garantizar la protección de la infancia y adolescencia, correspondiente al Boletín 11.700-07, de 19 de abril de 2018, cuando afirma el deber del Estado de proporcionar protección a los niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, a continuación analizaremos brevemente a la luz de qué principios generales el legislador debe llevar a cabo su control de convencionalidad respecto de este proyecto de reforma constitucional.

2. La convencionalidad de la protección de la infancia

Como se ha podido observar, el Estado ha adquirido una serie de obligaciones internacionales respecto de los derechos del niño, niña y adolescente que, lógicamente, se encuentra en el deber de cumplir interna e internacionalmente, a la luz del principio de efectividad². En efecto, «la adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura, es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención»³.

El cumplimiento interno de las obligaciones del Estado se verifica, esencialmente, a través de lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan modernamente como el control de convencionalidad. Este control de convencionalidad deben realizarlo todos los órganos del Estado —legislativo, ejecutivo y judicial— lo cual es particularmente relevante cuando se trata de que el Estado cumpla con sus obligaciones positivas respecto de los NNA.

2.1. Control de convencionalidad

¿Qué es el control de convencionalidad? El control de convencionalidad es una doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, oficialmente, a partir del caso *Almonacid Arellano* de 2006. En efecto, los jueces sostuvieron:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su

² «La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables». Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, par. 194.

³ Comité de los Derechos del Niño: *Observación General 5* (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Doc. N.U. CRC/GC/2003/5, de fecha 27 de noviembre de 2003, par. 12.

objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

La denominación de esta doctrina ha sido fuertemente influenciada por el uso de este término dentro del derecho francés, en razón de lo dispuesto en el artículo 55 de dicha Constitución⁴.

Incluso, esta doctrina del control de convencionalidad posee fuertes vínculos con el ejercicio democrático del poder, como causal de justificación. En efecto, en este sentido, los jueces interamericanos nos han aportado con el siguiente criterio, válido también para el órgano legislativo:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad⁵.

En todo caso, el control de convencionalidad no hace sino explicitar las obligaciones consuetudinarias y convencionales que tiene cualquier Estado que ha ratificado cualquier tratado internacional. Estas obligaciones internacionales de darle cumplimiento efectivo al tratado dentro del orden jurídico interno se ven especialmente reforzadas cuando estamos frente a tratados internacionales con contenido de derechos humanos.

2.2. Protección de los NNA

La protección de los derechos de los NNA se asienta sobre una base inspiradora, cual es la justicia social, que aparece como telón de fondo al momento de amparar los derechos de los niños, como sujetos de derecho y como grupo vulnerable, y que exige del Estado el cumplimiento de su deber de garante.

⁴ Artículo 55. Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte. Constitución francesa de 1958.

⁵ Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, par. 239.

2.2.1. Protección de los NNA y justicia social

El respeto de los derechos del NNA constituye un valor fundamental de una sociedad que pretende practicar la justicia social y los derechos humanos. De hecho, los derechos de los integrantes de este grupo se encuentran íntimamente vinculados con el derecho social en la medida que un elemento esencial del acuerdo político-social de una sociedad es la protección de la familia, la cual es connatural a la existencia misma del niño. Este aspecto de los derechos a la protección especial de los niños y los derechos a la familia, ha sido reconocido por la Corte IDH (en Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013, para. 216). Por estas razones, los jueces interamericanos han sostenido en reiteradas ocasiones que los NNA tienen derecho a medidas especiales de protección que corresponde a la familia, la sociedad y el Estado (en Gelman vs. Uruguay, 2011, par. 121).

Igualmente, la jurisdicción de Estrasburgo también ha reconocido esta vertiente netamente social de la protección del NNA, por ejemplo, en casos de adopción plena en países de América Latina, llevadas a cabo por europeos, y luego, el necesario reconocimiento de la sentencia de adopción del país latinoamericano, en el país de los padres adoptivos europeos, para que produzca sus efectos. En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos (en *Affaire Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 2007, pars. 133-134) parte recordando que en este tipo de situaciones prima el interés superior del niño. Pero asimismo, la Corte Europea señala que la decisión del juez nacional que rechaza el exequátur omite tomar en consideración la realidad social involucrada y la situación de las personas concernidas. En efecto, el niño había sido declarado abandonado y había sido ubicado en un orfanato en Perú. En este contexto, es justamente el interés superior del niño que se opone al rechazo del reconocimiento de la sentencia de adopción peruana.

2.2.2. Los NNA como sujetos de derecho

Uno de los grandes cambios que se produjo en la segunda mitad del siglo XX, en el ámbito de los derechos humanos de la infancia, es abandonar la vieja escuela del niño como un objeto de regulación jurídica y reconocerlo definitivamente como lo que es, un sujeto de derechos pleno. Esta evolución quedó plasmada en la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, esencialmente en el artículo 3:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por su parte, la calidad de sujeto de derecho de los NNA ha sido también reconocida jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. 2018, par. 150). En efecto,

los jueces interamericanos han sostenido que «las niñas y los niños son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19»⁶.

Y, luego, ha agregado lo siguiente:

[E]sta Corte ha entendido que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁷.

2.2.3. Regulación de carácter consuetudinario

Los estándares mínimos protectores de los derechos de los NNA, que provienen desde el derecho internacional de los derechos humanos, han alcanzado el carácter de normas internacionales de derecho consuetudinario. En este sentido, la Convención sobre los derechos del niño de 1989, en general, explicita estándares de protección que se encuentran formando parte del derecho consuetudinario. Por lo tanto, estos estándares mínimos de protección de los derechos humanos tienen, en el derecho internacional, al menos, una doble fuente, la convencional y la consuetudinaria. Esta afirmación tiene su relevancia al momento de determinar la incorporación del derecho internacional —en este caso, de los derechos del niño— al derecho interno de un Estado. Por ejemplo, en el caso de Chile, las normas de un tratado requieren ser aprobadas por el Congreso Nacional para ser incorporadas al orden jurídico interno, porque se requiere de un proceso de homologación constitucional. Sin embargo, esto último no se requiere para las normas consuetudinarias internacionales, las cuales se incorporan al derecho interno en forma automática, de acuerdo con el tradicional criterio consistente en «*international law is a part of the law of the land*» (Malanczuk, 1997, p. 70).

2.2.4. Deber reforzado de garante

Conforme al artículo 19 de la CADH el Estado tiene el deber de observar un estándar especialmente alto en la garantía y protección de los derechos humanos

⁶ Cfr. Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, par. 121; Corte IDH: *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, par. 117; Corte IDH: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, par. 66.

⁷ Corte IDH: *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, par. 150; Corte IDH: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, par. 66.

de la niñez. El artículo 19 de la CADH es la expresión patente de la presencia en dicho instrumento de derechos sociales, aunque tradicionalmente, tienda a omitírsele en las referencias a los derechos sociales en la CADH. Consecuentemente, el artículo 26 y 19 de la CADH se encuentran íntimamente vinculados en su vocación social dentro del articulado de la Convención.

El deber de garante del Estado se encuentra conectado con las obligaciones positivas del Estado. De este modo, bajo la guía del principio de no discriminación e interés superior del niño, se deben asegurar todas las medidas de acción positiva para la protección de los derechos de los NNA.

Por su lado, la Corte IDH (en Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013, para. 217) ha sostenido que la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a los particulares.

2.2.5. Un grupo vulnerable

Los NNA son un grupo especialmente vulnerable, que requieren una protección especial, tanto por el Estado como por los particulares. Además, aquellos que se encuentran en poder del Estado, bajo el control, directo o indirecto, del Estado, son aún más vulnerables. Aquí se aplica la posición reforzada de garante respecto de niños en instituciones de residencia y como consecuencia, el Estado tiene un deber especial de debida diligencia.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido lo siguiente:

[Q]ue conforme ha señalado en otros casos, los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En relación con este punto, la Corte ha sostenido que al aplicarse a niñas y niños, los derechos contenidos en instrumentos generales de derechos humanos deben ser interpretados tomando en consideración el corpus juris sobre derechos de infancia. Además, este Tribunal consideró que el artículo 19 «debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial»⁸.

⁸ Corte IDH: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, par. 149.

2.3. Estándares básicos

En esta materia se han elaborado ciertos estándares básicos que los Estados están obligados a cumplir. En efecto, como lo han desarrollado ampliamente los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, «cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, deben respetarse, al menos, los (sic) principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, y deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral»⁹.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en reiteradas oportunidades (Caso de los «Niños de la Calle» Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, 2001; Caso Forneron e hija vs. Argentina, 2012; Caso Furlan y familiares vs. Argentina, 2012) que los derechos de los NNA deben examinarse a la luz del muy comprensivo «corpus juris internacional de protección de los niños y las niñas. Este corpus juris internacional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes está compuesto, entre otros, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como por la Convención sobre los Derechos del Niño (Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 2018; Caso de los «Niños de la Calle» Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, 1999). Así, se ha sostenido que «este corpus juris debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas y los niños» (Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013).

Además, la Corte IDH ha insistido que «cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación»¹⁰. Estos y otros más, son los que examinaremos a continuación.

⁹ Corte IDH: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, par. 151.

¹⁰ Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, par. 69; Corte IDH: *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, par. 152; Comité de los Derechos del Niño: *Observación General 5* (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Doc. N.U. CRC/GC/2003/5, de fecha 27 de noviembre de 2003, par. 12.

2.3.1. Principio del interés superior del Niño

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado el principio del interés superior del niño, de la siguiente manera:

[E]l principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. Por otra parte, y en estrecha relación con el derecho a ser oído, la Corte se ha referido en otras decisiones a la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser escuchado en todas las decisiones que afecten su vida. Sobre este punto en particular, el Tribunal especificó también que el derecho a ser escuchado de los niños y niñas constituye no solo un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos¹¹.

En consecuencia, la posición reforzada de garante y la debida diligencia deben entenderse, o bien, comprenderse conforme a este principio¹².

El principio del interés superior del niño puede comprenderse desde dos grandes perspectivas. En primer lugar, cuáles son sus rasgos o características elementales. Y, en segundo lugar, cuáles son las posibles funciones que cumple.

2.3.1.1. Características elementales

Se podría sostener, a la luz de la jurisprudencia interamericana, que las características elementales del interés superior del niño son las siguientes:

A. Principio rector

El interés superior del niño es un principio rector. Esto significa que es un principio clave, estructural, decisivo, determinante. ¿En qué ámbito? En la esfera del orden jurídico, tanto nacional como internacional (Lepin, 2014, pp. 9-55). «En este sentido, el interés superior del niño impone a los organismos del Estado —legislativo, ejecutivo y judicial— el deber de velar por que la normativa interna proteja y beneficie a los niños de la mejor manera posible»¹³.

¹¹ Corte IDH: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, par. 152.

¹² CIDH: Informe sobre El derecho del niño y niña a la familia. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 54/13, 17 octubre 2013.

¹³ Por ejemplo, en materia de separación de la familia en casos de migrantes, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente: «Pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père ou mère ressortissants d'un pays tiers.» CEDH: Grande Chambre. *Affaire Jeunesse c. Pays-Bas* (Requête no 12738/10). Arrêt, 3 octobre 2014, par. 109.

Adicionalmente, como se observa, es un principio determinante del actuar en la esfera del orden político y social. En efecto, los jueces interamericanos han indicado que «es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño»¹⁴. Por esta razón, la Corte IDH, conceptualmente hablando, ha sostenido que el interés superior del niño es un principio regulador de la normativa de los niños y niñas y que tiene su fundamento en «la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades»¹⁵.

Desde el punto de vista del orden jurídico interno, este principio ha sido reconocido como tal en la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, cuyo artículo 16 inciso 2, refiriéndose al interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído, señala como sigue:

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Junto con lo anterior, el carácter de principio rector ha sido incorporado nuevamente en la legislación interna, en la ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez precedentemente mencionada, cuyo artículo 5 señala lo siguiente:

Artículo 5.- El interés superior del niño, su derecho a ser oído, la igualdad y no discriminación arbitraria, la autonomía progresiva y el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos son principios rectores que la Defensoría tendrá siempre en consideración al conocer y pronunciarse respecto de cualquier petición que se le formule o cualquier función que ejerza.

La jurisprudencia internacional de la Corte Europea de Derechos Humanos (Case of Ejjimson v. Germany, 2018, par. 57) ha ido por el mismo camino, lo cual se evidencia en casos de expulsión de extranjeros y de unidad de la familia. Los jueces europeos han indicado en estos casos que «los órganos de toma de decisiones nacionales deberían, en principio, considerar y evaluar la evidencia respecto de la utilidad, la factibilidad y la proporcionalidad de cualquier acto de remoción de un padre no nacional en orden a dar protección efectiva y un peso suficiente al interés superior de los niños directamente afectados por la medida».

¹⁴ Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, par. 70.

¹⁵ Corte IDH: *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, par. 61; Vid. Moreno (2016, pp. 142-149.)

B. Consideración de las características propias de las niñas y niños

En este sentido, los jueces interamericanos, desde su primer pronunciamiento, han fundado el interés superior del niño y niña en la dignidad propia de todo ser humano, en cuanto sujeto de derechos, y han anclado este principio regulador en las características propias de las niñas y niños. En efecto, en el caso Gonzalez Lluy (2015, pár. 268), la Corte IDH ha reiterado que:

[E]ste principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas [...].

Asimismo, en el caso Ramírez Escobar, «el Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades».

En cuanto a la jurisprudencia europea, la Corte ya ha señalado, en casos de reunificación familiar, que, ante decisiones de la autoridad se debe balancear los diferentes intereses en juego, como el interés superior del niño. Los jueces europeos han reiterado que el principio del interés superior del niño no es determinante por sí solo, pero tiene un peso importante. «Es así como en los casos donde está en juego la unidad familiar la Corte asigna una importancia particular a la situación de los niños concernidos, en especial, a su edad, a su situación en el país de origen o destino y a su nivel de dependencia respecto de sus padres»¹⁶.

C. Principio primordial

Se ha sostenido que el principio del interés superior del NNA «debe ser una consideración primordial en cada medida que pueda afectarlo y exige una protección especial a sus derechos y su desarrollo»¹⁷. En el caso Atala Riffo, (2012, par. 108) la Corte IDH señaló que «el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso». También se ha sostenido que el interés superior del niño no es por sí solo determinante, pero que, en todo caso, se le debe asignar un peso suficiente o un peso importante¹⁸, o bien, incluso, un peso significativo¹⁹.

¹⁶ CEDH: Grande Chambre. *Affaire Jeunesse c. Pays-Bas* (Requête no 12738/10). Arrêt, 3 octobre 2014, par. 118; ECtHR: *Case of Tuquabo-Tekle and others v. The Netherlands* (application no. 60665/00). Judgment, 01/03/2006, par. 44.

¹⁷ *Amicus Curiae* presentado por el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres a propósito de la Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 16. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/32/32.pdf> [Visitado el 28/5/2018]

¹⁸ CEDH: Grande Chambre. *Affaire Jeunesse c. Pays-Bas* (Requête no 12738/10). Arrêt, 3 octobre 2014, par. 109.

¹⁹ ECtHR: *Case of Ejimson v. Germany* (Application no. 58681/12). Judgment, 1 march 2018, par. 57.

A este respecto, cabe recordar que el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, reconoce que el interés superior del niño es un principio primordial. En efecto, la disposición señala lo siguiente:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano de expertos independientes que controla la aplicación de la Convención relativa a los derechos del niño por los Estados que son partes, ha resaltado este carácter primordial del principio del interés superior de niño, de la siguiente manera:

El artículo 3 establece el principio de que el interés superior del niño será una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. En razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables, que evalúan y representan sus derechos y su interés superior en relación con decisiones y medidas que afecten a su bienestar, teniendo en cuenta al hacerlo sus opiniones y capacidades en desarrollo. El principio del interés superior del niño aparece repetidamente en la Convención (en particular en los artículos 9, 18, 20 y 21, que son los más pertinentes para la primera infancia). El principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño:

a) Interés superior de los niños como individuos. Todas las decisiones adoptadas en relación con la atención, educación, etc. del niño deben tener en cuenta el principio de interés superior del niño, en particular las decisiones que adopten los padres, profesionales y otras personas responsables de los niños. Se apremia a los Estados Partes a que establezcan disposiciones para que los niños pequeños, en todos los procesos legales, sean representados independientemente por alguien que actúe en interés del niño, y a que se escuche a los niños en todos los casos en los que sean capaces de expresar sus opiniones o preferencias.

b) Interés superior de los niños pequeños como grupo o colectivo. Toda innovación de la legislación y las políticas, decisión administrativa y judicial y provisión de servicios que afecten a los niños deben tener en cuenta el principio del interés superior del niño. Ello incluye las medidas que afecten directamente a los niños (por ejemplo, en relación con los servicios de atención de la salud, sistemas de guarda o escuelas), así como aquellas que repercutan indirectamente en los niños pequeños (por ejemplo, en relación con el medio ambiente, la vivienda o el transporte)²⁰.

²⁰ Comité de los Derechos del Niño: Observación General n° 7 (2005). *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. Doc. N.U. CRC/C/GC/7/Rev.1, de fecha 20 de septiembre de 2006, par. 13; CEDH: Grande Chambre. *Affaire Jeunesse c. Pays-Bas* (Requête no 12738/10). Arrêt, 3 octobre 2014, par. 74.

Por otra parte, la jurisprudencia europea de derechos humanos ha aludido a un concepto similar a primordial, y califica el interés superior del niño como un principio esencial. De acuerdo con este principio, dicen los jueces europeos, «cada vez que la situación de un niño esté en juego, debe primar el interés superior de este.»²¹

D. Principio garantista

Se ha sostenido que «el interés superior del niño es un principio garantista, ya que en toda decisión que afecte a un niño, el axioma se ubica en la cúspide del orden de preferencia, por lo que debe prevalecer sus derechos humanos, observancia imperativa que es impuesta al legislador, a las autoridades e instituciones (públicas y privadas), y a los padres.»²² Los jueces interamericanos y europeos han elaborado sus enseñanzas a propósito de este principio, en esta línea de pensamiento.

En este sentido, el interés superior del niño, niña o adolescente significa hacer prevalecer sus derechos humanos, tanto los propios de este grupo vulnerable como los generales que se les reconocen a todos los adultos (como el derecho a la vida privada y familiar), de tal manera de garantizar el goce pleno de todos sus derechos.²³

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sigue la misma línea. En efecto, en *Jeunesse* (2014, par. 109) los jueces señalan que desde el momento en que los derechos del niño están involucrados, hay que tomar en cuenta su interés superior. Por otro lado, la misma Corte señala que «la idea según la cual el interés superior de los niños debe primar en todas las decisiones que les conciernen es objeto de un amplio consenso, particularmente en derecho internacional»²⁴.

²¹ «Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer.» CEDH: *Affaire Labassee c. France* (Requête N° 65941/11). Arrêt, 26/09/2014, par. 60; CEDH: Grande Chambre. *Affaire Jeunesse c. Pays-Bas* (Requête N° 12738/10). Arrêt, 3 octobre 2014, par. 94.

²² «La obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten. Aunque no se menciona explícitamente a los padres en el artículo 3, párrafo 1, el interés superior del niño será «su preocupación fundamental». Comité de los Derechos del Niño: *Observación general 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1). Doc. N.U. CRC/C/GC/14, de fecha 29 de mayo de 2013, par. 25; Torres, Fermín y García, Francisco (2007, pp. 97-112).

²³ *La Cour doit «néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants —dont l'intérêt supérieur de l'enfant— à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale.»* CEDH: *Affaire Labassee c. France* (Requête N° 65941/11). Arrêt, 26/09/2014, par. 63.

²⁴ *La Cour note qu'il existe actuellement un large consensus —y compris en droit international— autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer. Comme l'indique par exemple la Charte, « tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.»* CEDH: Grande Chambre. *Affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse* (Requête no 41615/07). Arrêt, 6 juillet 2010, par. 135.

2.3.1.2. Funciones

Además de estas características y consideraciones elementales a propósito de los derechos del NNA, el principio del interés superior del niño cumple diversas funciones dentro del orden jurídico interno del Estado, pero también dentro del orden político del mismo, a saber:

A. Regla de interpretación

El interés superior del niño «opera como regla de interpretación y/o resolución de conflictos jurídicos que involucran a niños»²⁵. Cillero ha señalado que «sin duda, el aporte más específico del artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño que contiene el principio de interés superior del niño (sic) es de carácter hermenéutico» (1999, pp. 45-62). El interés superior del niño, niña y adolescente y las normas de protección especial que a ellos se refieren irradian «sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad, en virtud de su condición como tal»²⁶.

B. Línea directriz u orientación

Este principio se configura, al mismo tiempo, respecto de los NNA, «como línea directriz u orientación para la formulación de políticas y actuaciones públicas tendientes a la satisfacción plena de sus derechos en aras de su desarrollo integral y armónico»²⁷. A este respecto, Cillero ha indicado que el interés superior del niño «es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática» (1999, pp. 45-62).

A este propósito, cabe recordar que la Corte Europea de Derechos Humanos, en varias ocasiones (*Affaire Labasse c. France*, 2014, par. 78) ha reiterado que el respeto del interés superior del niño debe guiar toda decisión, pública o privada, que les concierna.

²⁵ «El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo, en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente». Comité de los Derechos del Niño: *Observación general 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1). Doc. N.U. CRC/C/GC/14, de fecha 29 de mayo de 2013, par. 29.

²⁶ Corte IDH: *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, par. 150.

²⁷ Para el cumplimiento de sus obligaciones, los Estados deben adoptar medidas tales como «reafirmar el interés superior del niño en la coordinación y aplicación de políticas en los planos nacional, regional y local». Comité de los Derechos del Niño: *Observación general 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1). Doc. N.U. CRC/C/GC/14, de fecha 29 de mayo de 2013, par. 15 b).

C. Restricción a las limitaciones a los derechos de los NNA

La Corte IDH ha señalado (en Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 2018; Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013) a este respecto, que «toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia»²⁸.

La Corte Suprema (c/ Carabineros de Chile zona Araucanía, 2018, consid. 2) nos ha proporcionado un excelente ejemplo de esta función del interés superior del NNA en orden a apreciar restrictivamente las limitaciones que se imponen al disfrute de los derechos de los NNA. En un caso de control de identidad realizado por la Policía de Carabineros respecto de un grupo de niños indígenas mapuches, la Corte Suprema ha afirmado que de acuerdo con la ley, este tipo de control respecto de NNA no puede realizarse y que ante la duda acerca de la edad, debía presumirse que se trataba de niños, o sea, menores de 18 años. En este contexto, la Corte Suprema aplica además el criterio de la consideración restrictiva de una limitación a un derecho fundamental. En efecto, los jueces han señalado lo siguiente:

Que las facultades de los policías para detener o retener a un ciudadano en la vía pública con el objeto de interrogarlo o registrarlo, están expresamente regladas en la ley, pues constituyen una limitación o restricción al derecho a la libertad personal, así como a los derechos de la privacidad, intimidad y a guardar silencio consagrados constitucionalmente, facultades que, además, por disposición del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Penal, deben interpretarse restrictivamente.

2.3.2. El derecho a ser oído

En esta enseñanza queda establecido que muy vinculado con el interés superior del niño o niña se encuentra el principio de respeto a la opinión del niño o de la niña en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación²⁹. En este sentido, López ha sostenido que

el juzgador o juzgadora deberá observar únicamente los factores que se refieren a niños, niñas y adolescentes. Dentro de esta visión, se garantiza que los niños y niñas puedan obtener resoluciones que solamente a ellos les convenga. Esta perspectiva se aleja de cualquier aspecto contrario a la voluntad de los niños y niñas,

²⁸ Cfr. Corte IDH: Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, par. 65; Corte IDH: *Caso Forneron e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, par. 48.

²⁹ Corte IDH: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, par. 151.

a lo anterior, dentro de la esfera infantocéntrica de los niños y niñas, se hace posible excluir sentimientos, deseos, caprichos y ventajas de las personas mayores, aunque se tratase de su padre y su madre biológicos o adoptivos, o de la familia ampliada. El fundamento de la presente visión es el interés superior de los niños y niñas (2015, pp. 51-70).

Un paso trascendental en este proceso de reconocimiento paulatino de la subjetividad jurídica del NNA y de la consagración, como principio, del derecho a ser oído, se dio con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 2011. En efecto, el artículo 2 de este Protocolo Facultativo, titulado «Principios generales que rigen las funciones del comité», señala lo siguiente:

Al ejercer las funciones que le confiere el presente Protocolo, el Comité se guiará 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.

Además, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que «es importante que los gobiernos establezcan una relación directa con los niños, y no simplemente una relación por conducto de ONG o de instituciones de derechos humanos»³⁰.

2.3.3. Principio del desarrollo integral

En la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. La Corte IDH lo ha denominado como el «principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo»³¹. En esta línea, «el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado la palabra «desarrollo» de una manera amplia y holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social»³². A este respecto, quizás vale la pena también recordar la definición

³⁰ Comité de los Derechos del Niño: *Observación General 5* (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Doc. N.U. CRC/GC/2003/5, de fecha 27 de noviembre de 2003, par. 12.

³¹ Corte IDH: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, par. 151.

³² Corte IDH: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, par. 222;

Corte IDH: Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, p. 86, punto resolutivo 8°; Vid. artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Corte IDH: *Caso «Instituto de Reeducación del Menor» vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, par. 172.

de derecho al desarrollo contenida en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, en su artículo 1.1. Junto con esto, el Comité de los Derechos del Niño ha destacado que «el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales está indisolublemente unido al disfrute de los derechos civiles y políticos. [...] el Comité cree que se debe reconocer la posibilidad de invocar ante los tribunales los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos»³³. En este sentido, las medidas de aplicación que adopte el Estado deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños³⁴.

2.3.4. Principio del deber de protección especial

Debido a las especiales características de los niños y sus vulnerabilidades, el Estado y los particulares tienen un deber reforzado de debida diligencia en orden a proteger la integralidad del desarrollo del NNA.

En este sentido, los jueces interamericanos han sido claros al afirmar, en el caso de la Familia Pacheco Tineo, de 2013, lo siguiente:

[L]os niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquel pertenece.

2.3.5. Principio de la autonomía progresiva

«[L]as niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, la Corte entiende que las medidas pertinentes de protección a favor de las niñas o niños son especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos»³⁵.

³³ Comité de Derechos del Niño: *Observación General 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Doc. N.U. CRC/GC/2003/5, de fecha 27 de noviembre de 2003, par. 6.

³⁴ Comité de Derechos del Niño: *Observación General 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Doc. N.U. CRC/GC/2003/5, de fecha 27 de noviembre de 2003, par. 12.

³⁵ Corte IDH: *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, par. 150.

2.3.6. Principio de prohibición de la discriminación

Aunque connatural a todo el sistema de protección de los derechos humanos, este principio es especialmente relevante en el caso de los niños, niñas y adolescentes³⁶. Los jueces interamericanos afirmaron, en el caso *Atala Riffo*, a propósito de la orientación sexual de cualquiera de los padres, que «el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación».

Sobre la igualdad y la prohibición de la discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido un estándar tremendamente claro, consistente en lo siguiente:

[Q]ue la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *iure* o de *facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.³⁷

2.3.7. Obligaciones positivas del Estado en materia de derechos de los NNA

Las obligaciones positivas del Estado, en la esfera de los derechos del niño, implican que «los derechos de los niños requieren no solo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino

³⁶ Corte IDH: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, par. 151; *Amicus Curiae* presentado por el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres a propósito de la Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 16. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/32/32.pdf> [Visitado el 28/5/2018].

³⁷ Corte IDH: *Caso Atala Riffo* y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, pars. 79 y 80.

también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural»³⁸. Tal como han señalado los jueces interamericanos, el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que «el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. [...] Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares»³⁹.

Así, de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, entre sus obligaciones positivas, el Estado debería «adoptar todas las medidas posibles de orden económico y social para disminuir la mortalidad infantil, eliminar la malnutrición de los niños y evitar que se les someta a actos de violencia o a tratos crueles o inhumanos o que sean explotados mediante trabajos forzados o la prostitución; o se les utilice en el tráfico ilícito de estupefacientes o por cualesquiera otros medios. En la esfera cultural, deberían adoptarse todas las medidas posibles para favorecer el desarrollo de la personalidad del niño e impartirle un nivel de educación que le permita disfrutar de los derechos reconocidos en el Pacto, en particular la libertad de opinión y de expresión»⁴⁰. Además, en un aspecto que no es menor, «el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar»⁴¹. Por lo tanto, los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos «tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños en el goce

³⁸ Corte IDH: *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, par. 88.

³⁹ Corte IDH: *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, par. 87; Corte IDH: Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia, *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, de 18 de junio de 2002, considerando 11°; En este contexto, cabe recordar esta extraordinaria declaración de principio formulada por la Corte IDH: «[...] por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana». Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, par. 154.

⁴⁰ Comité de Derechos Humanos: *Observación General 17. Derechos del niño* (artículo 24). 35º período de sesiones (1989), par. 3.

⁴¹ Corte IDH: *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, par. 88.

de sus derechos (sic), sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales»⁴².

2.3.8. Principio del proyecto de vida

Este principio ha sido consagrado y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, como un principio vinculado con la noción de reparación integral. Los jueces interamericanos han conceptualizado el proyecto de vida de la siguiente manera:

El «daño al proyecto de vida», entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses»⁴³.

El proyecto de vida se encuentra especialmente vinculado con las obligaciones positivas que tiene el Estado respecto de los niños, niñas y adolescentes, en el sentido de este deber reforzado de protección, el cual debe llevarse a cabo con la debida diligencia, para garantizar a los NNA el disfrute pleno de todos sus derechos como niños y de todos sus derechos como seres humanos y sujetos de derechos. En este sentido, las medidas de cuidado que debe adoptar el Estado «adquieren fundamental importancia debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida»⁴⁴. El proyecto de vida es lo que el niño hubiera podido ser, lograr, alcanzar, si su desarrollo hubiera sido integral, mediante el pleno goce y ejercicio de la globalidad de sus derechos. Hay daño a este proyecto de vida cuando el Estado o los particulares no adoptan las medidas necesarias para garantizar sus derechos y por lo tanto, se produce que el niño o niña ya no podrá alcanzar el pleno desarrollo de sus potencialidades, en definitiva, «hay un pérdida de opciones» o bien, la inacción del Estado impidió «la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales»⁴⁵.

⁴² Corte IDH: *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, par. 87.

⁴³ Corte IDH: *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, par. 150.

⁴⁴ Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, par. 222.

⁴⁵ Corte IDH: *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, pág. 151 y 152.

Conclusiones

Toda modificación legal o reforma constitucional que apunte a fortalecer los derechos del NNA es un paso en la dirección correcta. En este sentido, por cierto que ha habido avances en el ordenamiento jurídico chileno, pero estos avances han sido lentos y poco sistemáticos. En el orden de los contenidos incorporados al derecho interno, la situación es incluso más magra. Si se toma en consideración la reforma constitucional que se encuentra en discusión en el Congreso, una visión bondadosa, nos permitiría constatar que se incorporan los siguientes derechos y principios ya consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos: la noción de derechos propios y específicos de los NNA con fuente en el derecho internacional; el derecho al desarrollo integral; el derecho al desarrollo progresivo de su autonomía; el derecho del NNA a ser oído; el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación directa e indirecta de los NNA; el principio de protección de los NNA; el principio del deber de actuar como garante, no solo del Estado, sino también de la familia y de la sociedad; y el principio del interés superior del niño. Este, con un buen aura, podría ser el vaso medio lleno de la reforma constitucional si esta es aprobada según la propuesta planteada.

Con todo, también se debiera tomar en consideración lo que no se encuentra presente, esto es, el vaso medio vacío. Y, como todo es perfectible, quizás esto podría servir para enriquecer el debate actual. Por ejemplo, se podría tomar en consideración el elemento justicia social en la consagración constitucional de los derechos del niño, o bien, algo tan elemental como su carácter de sujeto de derecho, dotado de derechos especiales para este grupo en particular, como asimismo, los derechos de que gozan todos los adultos. Igualmente, sería positiva una referencia a su carácter de grupo vulnerable y, junto con ello, el deber reforzado de garante, primeramente, del Estado, y luego de la familia y de la sociedad, lo que confirma el elemento de justicia social. Una última sugerencia, pero no por ello menos relevante, la reforma constitucional debe tener su centro en el sujeto —los NNA—y en el principio del interés superior del niño. No basta una simple mención del principio, sino que se debe aprovechar para llenarlo de contenido, como se ha tratado de desarrollar supra. A nuestro modo de ver, su inclusión material en la Constitución, del modo propuesto, se convertiría en el eje articulador de futuras modificaciones o innovaciones legales, de las prácticas y regulaciones administrativas y en un importante insumo normativo para orientar la actuación jurisdiccional. De este modo, el Estado en su conjunto satisfaría su obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los NNA.

Referencias

- «*Amicus Curiae*». Presentado por el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres a propósito de la Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 16. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/32/32.pdf> [Visitado el 28/5/2018].
- Cillero Bruñol, Miguel (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 1, 45-62.
- Comité de los Derechos del Niño: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. N.U. CRC/C/GC/14, de fecha 29 de mayo de 2013.
- Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 7 (2005). Realización de los derechos del niño en la primera infancia. Doc. N.U. CRC/C/GC/7/Rev.1, de fecha 20 de septiembre de 2006.
- Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Doc. N.U. CRC/GC/2003/5, de fecha 27 de noviembre de 2003.
- Comité de Derechos Humanos: Observación General N° 17. Derechos del niño 35° período de sesiones (1989)
- Lepin Molina, Cristián (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 23, 9-55.
- López Contreras, Rony (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70.
- Malanczuk, Peter (1997). *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seventh revised edition. Londres: Routledge.
- Moreno Bobadilla, Ángela (2016). El interés superior del menor en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 11, 142-149.
- Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo (2018). *Control de convencionalidad interno*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Torres Zárate, Fermín y García Martínez, Francisco (2007). El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo jurídico en México. *Alegatos*, 65(enero/abril), 97-112.