

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

En este artículo se realiza un análisis sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano, con particular enfoque en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) "...forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños."¹

Si bien, la CADH no define qué se entiende por "niño", la CDN, "...entiende por niño 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."² La misma Convención reconoce la dignidad intrínseca de todo niño, lo reconoce como sujeto de derechos y de especial protección y cuidados de la que por su "falta de madurez física y mental"³ corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

En este sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo VII reconoce que "toda mujer en estado de gravidez o en

¹ Corte IDH. *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. "Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 194. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

² Artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño. AG, Res., 44/25 (1989), vinculación de México 21 de septiembre 1990. Publicación en el Diario Oficial de la Federación 25 de enero de 1991.

³ Párrafo 9º del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, *cit.*

época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”⁴

Por su condición especial de desarrollo, el niño depende de sus padres o tutores, a efecto de asegurar que sus derechos fundamentales sean garantizados y protegidos y ubica también a los Estados en una posición de garante de carácter reforzado de los derechos de los niños, en particular, el artículo 19 de la CADH establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren.”

La Corte IDH ha determinado que para cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 19 de la CADH, los Estados deberán adoptar medidas de carácter general con respecto a todos los niños, orientadas a promover y garantizar el goce de sus derechos; “4. [...] debe[n] apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.”⁵ Además, establecer medidas especiales tomando en cuenta la situación específica y particular en la que se encuentran los niños.⁶

La familia y el Estado, en el cumplimiento de sus funciones de garantes de los derechos fundamentales de los niños, deben ponerse como objetivo el interés superior del menor, establecido en el artículo 3º numeral 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que a la letra señala:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración

⁴ Aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

⁵ Corte IDH. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, p. 86. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

⁶ *Idem*, párrafos 60 y 61.

primordial a que se atenderá será el interés superior del niño [...]"

Esta disposición deja entender que la esfera de acción del Interés Superior del Niño es bastante extensa. La expresión general "todas las medidas" puede incluir tanto acciones como omisiones y se refiere a una medida que en concreto pueda asegurar la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos. En la evaluación de la medida a aplicar, el interés superior del niño puede ser estimado como un parámetro de valoración para sopesar las circunstancias de hecho y determinar de qué manera estos derechos, que representan necesidades del niño en el caso concreto, pueden recibir el mejor amparo. La misma disposición se dirige a los tres poderes del Estado en adición a las instituciones sociales que acompañan la labor de dichos poderes⁷.

La Corte IDH, en la primera década de este siglo, se limitaba a definir la prevalencia del Interés Superior del Niño "como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores"⁸, sin entrar en detalles respecto a cómo se habían vulnerado en los casos concretos. Finalmente, en el año de 2012, la Corte IDH dio un gran paso, al resaltar la importancia de adecuar el Interés Superior a las particularidades del niño afectado.

Por ejemplo, en el *Caso Forneron e Hija Vs. Argentina*⁹ el enfoque de la Corte IDH deja claro que, el sistema judicial de cada país, al pronunciarse sobre el Interés Superior del Niño, primero lo determine en concreto, luego lo pruebe y finalmente exponga su fundamentación en la sentencia. De hecho, en dicho caso, la Corte IDH expuso que el aparataje judicial argentino, en la determinación del

⁷ Rivas Lagos, Emilia, *La Evolución del Interés Superior del Niño: Hacia una Evaluación y Determinación Objetiva*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2015, p.17.

⁸ Corte IDH. *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. "Sentencia de 8 de septiembre de 2005", Serie C No. 130, párrafo 134. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

⁹ Corte IDH. *Caso Forneron e Hija Vs. Argentina*. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Interés Superior del Niño, se ha basado en ideas predeterminadas, objeto de estereotipos, no atendiendo a la exigencia de evaluar el Interés según el derecho en atención a las necesidades concretas del niño, no velando así efectivamente por su interés. Además, es posible rescatar en este caso un nuevo parámetro con respecto al Interés Superior del Niño, fijado por la Corte IDH, que en primer lugar define tal interés como un derecho humano, por encontrar su fundamentación en la dignidad misma de la persona. Por consiguiente, las características particulares de cada niño implican que su interés difiere del de otros, por lo que se deben evaluar las circunstancias del caso, para luego determinar el Interés Superior con base en ello. No es suficiente manifestar que se está decidiendo en el interés del niño en concreto, sino que es necesario probar los elementos que permiten su construcción casuística. Finalmente, dejar patente en la sentencia cada uno de aquellos pasos, de modo que sea posible un control ulterior.¹⁰

Parece sencillo en la teoría, pero no es tan fácil la aplicación de este parámetro en la práctica. La dificultad de definir el Interés Superior del Niño, en cada caso concreto, se explica por los múltiples elementos a considerar, como los intereses y derechos de otras personas que rodean al niño, niña o adolescente. El artículo tercero de la CDN define el Interés Superior del menor con el vocablo “primordial”, el cual permite enfocar la causa en la persona del niño, reforzando la protección de sus derechos. Por ejemplo, en un caso de cuidado personal, los argumentos y la prueba no se deben enfocar en las habilidades de los padres, sus deseos, su posición, entre otros. Por el contrario, se deben enfocar en cómo la ostentación del cuidado personal del hijo beneficiará a éste.¹¹

En este sentido, la Corte IDH sostuvo que:

“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

¹⁰ Rivas Lagos, Emilia, *op cit*, pp. 35 y 36.

¹¹ *Ibidem*, p. 49.

los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño, atendiendo a los daños o riesgos reales, probados, y no aquellos especulativos o imaginarios.”¹²

Concluyendo que en este tipo de casos, que se refieren a la evaluación y determinación del Interés Superior del Niño, con respecto a la relación parental, se debe concretizar tal interés como un derecho sustantivo sin importar la índole del conflicto.¹³

Después del análisis sobre la definición del Interés Superior del Niño y su evolución, a continuación, mostraremos cómo se va desarrollando en relación con los deberes de la familia y el Estado en la protección de los derechos del niño.

En primer lugar, dicho interés se desarrolla junto con el derecho del niño a la familia, protegido en diferentes documentos internacionales sobre los derechos humanos que reconocen a la familia como núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, garantizando el derecho que los niños tienen de vivir con su familia.¹⁴ La CDN reconoce, en su preámbulo, a la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y, en particular, de los niños. Asimismo, la CDN contiene diversas disposiciones, el derecho del niño a vivir con sus padres y ser cuidados por ellos, así como la obligación del Estado a prestar la asistencia apropiada a la familia para que ésta pueda llevar a

¹² Caso “*Forneron e Hija Vs. Argentina*”, *cit.*, párrafo 50.

¹³ Rivas Lagos, Emilia, *op cit*, p. 63.

¹⁴ Tales como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en el artículo 17.1 reconoce el derecho a la protección a la familia y en el artículo 11.2 reconoce el derecho a una vida familiar libre de injerencias ilegítimas, del cual se desprende una obligación de respeto, interdicando las injerencias arbitrarias o ilegítimas al derecho a la vida familiar y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en el artículo VI reconoce el derecho a la familia y en el artículo V reconoce la protección de la vida familiar contra ataques abusivos.

cabo sus funciones.¹⁵ Por otro lado, los padres cuentan con ciertos derechos y con responsabilidades específicas con respecto a su relación paterno-filial. Al respecto, la CDN señala “que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo integral del niño, debiendo ser su preocupación fundamental el Interés Superior del Niño y su bienestar”.¹⁶

El derecho del niño a la familia se vincula de modo particular con el derecho a la identidad y al nombre; por lo que, el artículo 8º de la CDN es claro en señalar que uno de los elementos que integran el derecho a la identidad es el derecho del niño a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”.

En relación al derecho a la identidad, la Corte IDH, en distintos casos, ha indicado que:

“...puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad [...] La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social [...] Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad. Es por ello que la

¹⁵ Tales como el artículo 5º de la CDN: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

¹⁶ Artículo 18 de la CDN.

identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez.”¹⁷

Ahora bien, derivado de las obligaciones de los artículos 17.1 (relativo a la protección familiar) y 19 de la CADH, los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica; por lo que, las medidas de protección, proporcionadas por los Estados, deben ser dirigidas a reforzar y desarrollar el núcleo familiar. De ahí la relevancia de que los Estados tengan un programa nacional de protección, fortalecimiento y apoyo para la familia, considerando el rol natural que tiene en el desarrollo de los niños.

Vinculado a lo anterior, en casos en los cuales los niños se han visto separados de sus progenitores y su familia biológica por una actuación ilegítima atribuible al Estado, la CIDH y la Corte IDH se han pronunciado por la existencia de una vulneración no sólo a la protección familiar sino también al derecho a la identidad:

“[...] el hecho que en todos estos años M [nombre de la niña] no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar.”¹⁸

Así, los casos en los que los niños se han visto separados de sus progenitores y su familia biológica, de manera ilegítima, incide de manera perjudicial en su óptimo desarrollo integral; como, por ejemplo, en los casos de la

¹⁷ Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. cit, párrafo 123. El cual hace referencia también a los casos: *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 122, y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párrafo 113.

¹⁸ *Idem*.

llamada “maternidad subrogada”, práctica en que las mujeres y los niños son tratados como objetos y no como sujetos de derecho que necesitan protección. La misma puede ser considerada, por un lado, como una explotación de la mujer y por otro, aunque no medie un pago, como el “uso” de mujeres con fines reproductivos para beneficio de terceros, como si la mujer fuese una simple matriz reproductiva. En países donde se ha llegado a dar esta práctica, han surgido problemas jurídicos para determinar la filiación del niño y la definición de obligaciones y derechos de las partes involucradas, perfeccionándose así la violación del derecho del niño a vivir con su madre biológica y de su derecho a la identidad; sin considerar el trauma psico-emocional del niño que se ha visto separado de su madre al desprenderse del bebé que se ha desarrollado en su vientre y que ha propiciado una serie de lazos psico-emocionales y biológicos.

La práctica de la “maternidad subrogada” es un ejemplo típico de injerencia ilegítima entre las relaciones familiares, donde se toma en consideración los intereses de terceras personas por encima del interés primordial del niño; sin embargo, existen, situaciones que pueden implicar la separación del niño de su familia biológica con el objetivo de proteger sus derechos y su bienestar.

Por lo que, derivado de lo expuesto, solamente en el caso en el que el Interés Superior del Niño lo justifique, las autoridades deben tomar medidas especiales de protección de carácter temporal que atiendan adecuadamente las necesidades de protección siempre en aras de tutelar, proteger y garantizar el bienestar del niño. El artículo 9º numeral 1º de la CDN establece que:

“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato

o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

En presencia de tales situaciones, el Estado tendrá la obligación de asistir y proteger a los niños que de manera temporal o permanente hayan sido privados de su núcleo familiar. Al respecto, deberán de adoptarse medidas especiales que pueden implicar la separación del niño de su familia y el acogimiento en una modalidad de cuidados alternativos; entre esos cuidados se incluye, por ejemplo, la colocación en casas hogares o la adopción. Las medidas de cuidado alternativo se considera que deben apegarse estrictamente a la normatividad aplicable, enfocadas eventualmente a la reparación del daño y salvaguarda de los derechos, restaurando los vínculos familiares, con la observancia de la autoridad judicial.

Las medidas especiales de protección que supongan la separación del niño de sus progenitores o de su familia, deben respetar los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad, parámetros que derivan de los artículos 11.2 (Protección Familiar), 17.1 (Protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y familiar) y 19 (Medidas de protección) de la CADH.

La Corte IDH ha señalado que: “...el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.”¹⁹

Además, la separación del niño respecto a su núcleo familiar debe ser debidamente justificada²⁰, por autoridad competente y siguiendo el debido proceso, para respetar, entre otros, lo dispuesto en el artículo 11.2 de de la CADH.

Así, en el caso de que no sea posible el restablecimiento del vínculo del

¹⁹ Corte IDH. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, *cit.*, punto 5, p. 86.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 75.

niño con sus progenitores o su familia ampliada, se debe recurrir a medidas de carácter temporal como el acogimiento o de carácter permanente como el de adopción, las cuales se deben llevar a cabo por la autoridad judicial y de acuerdo a la legislación nacional.

En conclusión, los instrumentos internacionales reconocen a los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos; por lo que son merecedores de una especial protección tanto a nivel nacional como a nivel internacional, protección a los que corresponden deberes específicos de la familia y el Estado.

Finalmente, por su condición especial de desarrollo, el niño es dependiente de los padres o tutores, toda vez que éstos son los responsables primarios para asegurar los derechos fundamentales de los niños y garantizar la atención y los cuidados necesarios, en particular en las primeras etapas de sus vidas. Asimismo, los Estados se encuentran también en una posición de garantes del carácter reforzado de los derechos de los niños, enfocadas al fortalecimiento y desarrollo del núcleo familiar y adoptando medidas de protección especial, sobre todo con particular atención en los niños sin cuidado familiar.

Además, en el cumplimiento de garantizar los derechos fundamentales de los niños, la familia y el Estado deben ponerse como objetivo la consecución del Interés Superior del Niño, poniendo atención a las necesidades concretas de cada niña, niño o adolescente.

En virtud de lo expuesto, resulta necesario tener siempre presente que el Interés Superior del Niño como un interés “primordial”, enfocado en la persona del menor, para la protección de sus derechos.