# Derechos humanos de los niños y adolescentes (1)

*Sergio García Ramírez*

## 1. Introducción. La defensa pública

Agradezco a los organizadores de este encuentro internacional la invitación que me hicieron para compartir con los asistentes al Congreso algunas reflexiones sobre derechos humanos de los niños y adolescentes. Este reconocimiento es aún mayor si se advierte que no se requería mi participación, tomando en cuenta que Argentina ha producido una notable doctrina sobre la materia, recibida con interés y provecho en los países de nuestra América. En las filas de los tratadistas argentinos contemporáneos figuran eminentes profesores, que también asisten a nuestro encuentro, como Emilio García Méndez y Mary Beloff, a quienes menciono como ejemplo de esta dedicación y citaré en mi breve exposición del tema.

Por otra parte, me complace reunirme de nuevo con quienes militan en las filas de la defensa pública, un quehacer que honra a quienes lo desempeñan, abogados al servicio de la gran mayoría de los inculpados en los países americanos, que se acogen a esa expresión del servicio de justicia. No es ésta la primera vez que acudo a una reunión de los defensores públicos. En otras oportunidades he contado con el privilegio de acompañarles, lo mismo en México, mi país, que en Argentina. Me reencuentro con amigas y amigos apreciados, entre ellos la doctora Stella Maris Martínez, que sirve con devoción a la causa de la defensa pública y cuya actividad inteligente y diligente es garantía de éxito de las jornadas que ahora nos congregan.

Creo firmemente —y la realidad sustenta esta creencia— que los defensores públicos están llamados a cumplir una tarea de primera

---

(1) El presente texto corresponde a la exposición del autor, reconstruida por éste para fines de publicación, en el III Congreso de la Asociación Iberoamericana de la Defensa Pública, Buenos Aires, Argentina, 12 de junio de 2008.

importancia en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, al que durante mucho tiempo no accedieron y que ahora les abre sus puertas. Con ello, el Sistema franquea con mayor amplitud y acierto el acceso a la justicia de un gran número de personas, que sólo podrían llegar a las instancias internacionales de tutela conducidas y apoyadas por defensores públicos de sus países. Como se sabe, aún no existe una instancia de defensa pública internacional, independiente y razonablemente dotada. La creación de esa instancia ha sido propuesta en múltiples ocasiones. Lo ha hecho, por ejemplo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Conozco los argumentos que en ocasiones se expresan en torno a la presencia de los defensores públicos nacionales ante las instancias internacionales. Se cuestiona porque el defensor público forma parte del Estado que concurre al régimen internacional de control en calidad de presunto responsable de las violaciones cometidas. De esta manera se plantea —dicen los críticos— una paradoja: el Estado litiga contra sí mismo.

No comparto ese punto de vista, como tampoco recojo los motivos semejantes que se quiere oponer a la presencia del ombudsman en este ámbito. Tanto el defensor público como el ombudsman han recibido, de sus propios órdenes constitucionales, en una decisión soberana, el encargo de velar por los derechos de las personas a las que brindan asistencia, precisamente frente o contra órganos y agentes del Estado que afectan esos derechos. Este encargo se mantiene en todo tiempo y hacia todo el horizonte. Si el propio Estado lo previene, no tendría por qué detenerse ante las fronteras nacionales. La tutela al derecho humano trasciende fronteras. En el plano internacional constituye una expresión magnífica de unas convicciones y unos medios de protección que inician en el plano interno de nuestras repúblicas. Por supuesto, la función del ombudsman y de la defensa pública arraigará con beneplácito en la medida en que su independencia se halle bien acreditada.

El sistema interamericano de protección de derechos humanos, cuyas características he analizado con frecuencia, se instala sobre determinadas ideas atentas a la dignidad suprema del ser humano; toma "escudo y espada" en el *corpus juris* de esta especialidad, construido en el hemisferio y concertado con el *corpus juris* mundial; y actúa de la mano de protagonistas diversos, que son los agentes o los actores del sistema y, por ello, de la defensa de los derechos.

Hay personajes tradicionales bajo estas banderas: los Estados mismos, la organización que los reúne —Organización de los Estados Americanos—, la sociedad civil, es decir, el pueblo o los pueblos americanos, con las organizaciones que aquélla produce. Y también hay

nuevos actores, emergentes, que acuden a la escena de la tutela internacional desde diversas perspectivas y con fuerza pujante: la academia, los comunicadores sociales, el ombudsman —personaje recientemente instalado en varias Constituciones de países americanos—, los defensores públicos, otros grupos profesionales, todos ellos con el aporte de su preparación específica y el vigor de su solidaridad.

## 2. Los derechos humanos y el quehacer de la Corte Interamericana

Según nuestro programa, mi intervención tiene que ver con la consideración de edad en el reconocimiento y el ejercicio de los derechos humanos. Esto supondría hablar, sobre todo, de quienes se hallan por debajo de ciertas líneas de edad: por una parte, los menores, niños y adolescentes, que no ingresan todavía al ancho mundo de los jóvenes y adultos para quienes parecen concebidos los derechos del más amplio espectro, y por otra parte, los "muy mayores", universo menos numeroso, al que pertenezco, que también son destinatarios de reconocimientos de derechos y de acciones específicos.

En función del tiempo —y de mi propia preferencia en este momento, que no quiero invertir en reflexiones "personales" o "autobiográficas"— me limitaré a hablar de los derechos humanos de los niños y adolescentes, que son un número de gran alcance en los países americanos, cuya población infantil y juvenil constituye todavía —y constituirá mucho tiempo— una parte sustancial de la pirámide demográfica, aun cuando la tasa de fertilidad ha declinado moderadamente en los últimos lustros y todo hace suponer que continuará descendiendo.

Debo destacar que la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas ha llamado la atención sobre los derechos de los niños y adolescentes, en los términos de las denominadas *"100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad"*, propiciadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Bajo esa condición, que promueve atenciones especiales, las Reglas consideran diversas situaciones que implican vulnerabilidad, entendida como "especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

Pueden constituir causas de vulnerabilidad la edad —y en este sentido se analizan tanto la situación del niño, la niña y el adolescente, como el envejecimiento—, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración

y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (Regla 1ª, Sección 2ª, 1 y 2). Señalemos —recogiendo la observación de Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis—, que la protección que estas reglas quieren proveer no se contrae a los asuntos penales: "la existencia de formas de asistencia legal adecuada a las necesidades de los grupos vulnerables debe extenderse a todas las áreas en las que peligre la vigencia de un derecho fundamental –civil, político, económico, social o cultural".

Me permitiré decir que estamos en un campo de construcción o reconstrucción jurídica; no que sea inexplorado: ha sido muy transitado. Sucede, si embargo, que en época reciente —medio siglo, más o menos— se ha iniciado o llevado a cabo una profunda operación de progreso, que remueve ideas, sugiere ordenamientos y altera prácticas tradicionales. Por supuesto, es largo todavía el camino de la recepción nacional, sembrado de obstáculos y reticencias. Con razón se ha referido Ferrajoli, que participa en estas jornadas de estudio y proyectos, a "la refundación de un derecho de la infancia basado en la garantía de sus derechos". Lo mismo se podría decir, por cierto, en mayor o menor proporción, de la refundación general del orden jurídico a partir de los derechos humanos, o bien, de la revisión integral de ese orden con perspectiva de derechos humanos.

Ni las normas ni las decisiones jurisdiccionales sobre esta materia han logrado pacífico consenso. Hay discusión y crítica acentuadas. Quisiera sustraerme, en lo que respecta a mi propia posición y a la exposición que ahora intento, de expresiones dogmáticas. Sólo presentaré mis puntos de vista, coincidentes con muchos, diferentes de algunos. Lo hago con modestia y respeto. Por otro lado, me referiré a los criterios que ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos —de la que formo parte desde hace más de diez años, y que presidí durante cuatro— en torno a la situación jurídica y los derechos humanos de los niños y adolescentes, tema que frecuentemente llega al conocimiento de ese tribunal.

A mi modo de ver, los pronunciamientos de la Corte Interamericana, a través de opiniones consultivas y sentencias en casos contenciosos, son la base o el peldaño para proseguir la elaboración de una jurisprudencia internacional más abundante y mejor. Habrá que correr la frontera y entender que cada paso adelante es sólo uno en la sucesión de progresos que el futuro demanda. Ningún avance marca la frontera definitiva. Siempre día hay nuevos territorios por alcanzar.

La Corte ha examinado el tema que nos interesa en dos opiniones consultivas y en varias sentencias, e incluso, alguna vez, en resoluciones relativas a medidas provisionales y a ejecución de sentencias. La primera y más relevante opinión —digo más relevante, porque se

refirió precisa y directamente a la situación jurídica y los derechos humanos de los niños— es la *Opinión Consultiva OC-17/99*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y adoptada el 28 de agosto de 2002 por mayoría de votos (el voto en contra consideró que la Corte no debía pronunciarse sobre el planteamiento formulado: "es una invitación a efectuar una especulación puramente académica").

En este planteamiento se recabó la consideración de la Corte sobre la afectación de derechos contenidos en los artículos 8 ("Garantías judiciales") y 25 ("Protección judicial") de la Convención Americana, a través de criterios y actuaciones de los Estados —fundamentalmente en el desarrollo de procedimientos judiciales o similares— que menoscaban garantías de los menores. El planteamiento advirtió que esto vulnera otros derechos: integridad, libertad, honra y dignidad y protección a la familia. Este planteamiento y la formulación de algunas cuestiones específicas por parte del autor de la solicitud influyeron, desde luego, en el ámbito y la orientación temática de la opinión.

En el marco de esta opinión número 17, la Corte destacó el "círculo de protección del niño", producto de la actividad normativa del siglo XX a partir de la Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra, 1924). Mencionó ochenta instrumentos que se refieren exclusivamente a los menores de edad o abordan la materia en relación con otros temas. Para su análisis, la Corte trajo a colación la Convención de 1989 —que no aplica directamente, pero utiliza como indispensable instrumento de interpretación— y otros documentos de Naciones Unidas a los que aludo en esta exposición.

Recordaré ahora que el tribunal interamericano sólo aplica en forma directa los instrumentos que le atribuyen competencia material, pero ha puntualizado que puede valerse —y lo ha hecho constantemente— de otros textos para establecer la circunstancia cultural y jurídica en la que se plantean los temas que analiza y acoger estándares internacionales que permitan interpretar las normas que aplica. En este campo figuran la Convención de 1989 y los otros documentos a los que haré referencia.

La segunda opinión, *Opinión Consultiva OC-18/03,* requerida por México y emitida el 17 de septiembre de 2003, abordó tangencialmente el tema de los menores de edad. Se trataba de una consulta sobre derechos humanos de trabajadores migrantes. En este marco, la Corte Interamericana consideró la especial vulnerabilidad de los niños y adolescentes migrantes, sobre todo cuando se trata de indocumentados o cuando sus familiares se hallan en situación irregular —por falta de documentación migratoria— en el país en que residen y trabajan.

### 3. LAS NORMAS Y LOS HECHOS

Obviamente, el gran problema de fondo es la necesidad de zanjar la compleja relación entre el poder (político o social) y el niño. Esta relación conflictiva cuenta con larga historia y arraiga muy hondamente en convicciones y tradiciones, tabúes, rebeliones, liberaciones. Nada de esto corre apaciblemente, ni las costumbres ceden con facilidad. Existe, pues, una ardua lucha por el derecho y los derechos, también en este espacio particular. El santo y seña de la tarea ha sido la restitución —o mejor dicho: la primera entrega— de derechos a los menores, bajo criterio de juridicidad, sin perder de vista las exigencias especiales que plantea esa etapa del desarrollo del ser humano.

Los hechos resisten a las normas. El propio Ferrajoli advierte que "el problema más serio que se presenta hoy en materia de derecho de la infancia es el de la efectividad de las leyes aprobadas". Y Mary Beloff observa las contradicciones entre la esperanza cifrada en los cambios legales y la realidad estricta: "la confianza en que las modificaciones legales, por su mera ocurrencia, iban a transformar la condición material de la infancia fue excesiva". El "desafío sigue siendo cómo traducir derechos en hechos".

Cuando examina el caso de Brasil —a propósito del Estatuto del Niño y el Adolescente—, García Méndez observa una doble crisis: por una parte, de implementación; por la otra, de interpretación. En esta segunda dimensión el problema no se plantea por la complejidad del ordenamiento, sino por la disminución del subjetivismo y la discrecionalidad de los aplicadores, acostumbrados a manejar otras referencias. Frente a la difícil circunstancia, es preciso conservar —recurro de nuevo a palabras de este tratadista argentino, que cita a Lewin— una "modesta utopía". Esta tenaz expectativa debiera caracterizar los afanes de progreso, en este campo como en todos los restantes. El destino mengua, se oscurece, cuando el caminante pierde la utopía y se atiene al rigor, tan disuasivo, de los hechos.

Por supuesto, hay avances apreciables, así sean insuficientes y se hallen en constante riesgo, como todo el régimen de los derechos humanos. Es preciso reconocerlos, para no derogar el esfuerzo de quienes los han alcanzado. Esto no significa desconocer los errores y las carencias, ni desvanecer la exigencia de nuevos desarrollos. Hay que afianzar, en suma, los territorios conquistados, que ciertamente no corresponden a las pretensiones cifradas en los grandes proyectos destinados a trazar el futuro deseable, como lo fue el *Plan de Acción* de 1990, que debemos cotejar permanentemente con los datos de la realidad.

El tema de los derechos humanos de los niños y adolescentes se suscita con frecuencia a partir del conflicto con la ley penal. Por ello

deseo insistir ahora en que la justicia penal, tan "copiosamente" aplicada a niños y adolescentes, no puede colmar las lagunas de la justicia social. Sobre este último punto, vale la pena destacar la tendencia —en ocasiones moderada; en otras, desbordante— a poner sobre los hombros de los menores la culpa de la delincuencia agresiva y desmesurada. Con ello se ha generado otra figura del "enemigo" en Derecho penal —o parapenal—, que permite al Estado de policía reaparecer periódicamente desde el abismo al que lo ha querido arrojar el Estado de derecho, nuestra garantía contemporánea.

El Estado de policía vela en la sombra, dispuesto a reaparecer, como ha observado el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni. Bien que traigamos a colación estas cuestiones, que invitan a recordar —desde una perspectiva más amplia, claro está— la vinculación entre democracia y derechos de los niños y adolescentes. Dice bien Alessandro Baratta: "La democracia es una ocasión favorable para reforzar los derechos de los niños y los derechos de los niños son o pueden ser una ocasión favorable para reforzar la democracia".

Al abordar este tema acudo a un concepto central: derechos humanos. No pretendo entrar en el deslinde entre aquéllos y los derechos fundamentales, derechos básicos, libertades, prerrogativas. Me refiero, lisa y llanamente, a los derechos de los que son titulares los niños y adolescentes bajo una doble condición: su calidad inamovible de seres humanos, sin otra investidura, y su calidad transitoria de menores de edad, sujeta al paso de los años. Esos derechos —que en tal sentido pueden ser concebidos como humanos, fundamentales, básicos, esenciales, aunque en otros sentidos existan fronteras entre aquellas voces— son el baluarte de la dignidad humana, la garantía de vida y calidad de vida, libertad y desarrollo de potencialidades, justicia y desarrollo personal.

## 4. ¿Niños, adolescentes, menores de edad?

Mencionaré otra cuestión terminológica, que ha llegado al tema de los niños y adolescentes, quizás más en América Latina que en Europa, como señala el *III Informe sobre Derechos Humanos. Niñez y Adolescencia* de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (2005), un valioso panorama coordinado por el profesor Guillermo Escobar desde la Universidad de Alcalá. En estas precisiones dejo a salvo preferencias válidas, que respeto y que suelen identificar diversas corrientes de pensamiento.

¿Hablaremos de niños, niñas y adolescentes? ¿Sólo de adolescentes, en el ámbito del conflicto con la ley penal? ¿Lo haremos de menores de edad, o más concisamente, de menores? Ya dije que los

derechos de estas personas atienden a su irrevocable y universal condición humana, pero también a un dato específico que introduce exigencias características: son seres humanos que aún no han alcanzado cierta edad, a la que se reconoce determinada relevancia para efectos jurídicos.

Hagamos una rápida relación acerca del empleo de voces. El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —a la que también me referiré como CADH— habla de la protección de los niños, pero no define este concepto. Alude a "las condiciones de protección que (la) condición de menor requiere". El precepto 5.5 del mismo instrumento se refiere a menores. La Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas (1989), se refiere al niño, "ser humano menor de dieciocho años". Esta caracterización no prevalece cuando el sujeto "haya alcanzado antes (de cumplir dieciocho años) la mayoría de edad". Leída la expresión desde otro ángulo, digamos que el mayor de edad cesa de ser niño; termina así, obviamente, su condición de menor. He aquí una fuente para la equivalencia de conceptos. En las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad se alude tanto a niño como a menor. Dice la regla 2.2 de Beijing que "menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto".

Sucede que la noción de niño y adolescente se halla vinculada a determinada ideología —y práctica— acerca de esta materia, en tanto que la de menor lo está a otra, contrapuesta. Se ha considerado, inclusive, que esos términos abarcan, en sus casos respectivos, diversas concepciones o situaciones concernientes a los sujetos que designan. En efecto —dijo el Instituto Interamericano del Niño en su presentación ante la Corte Interamericana a propósito de la *OC-17*— "la llamada doctrina de la situación irregular considera que son 'niños' quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y 'menores', quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no desconoció la noción jurídica sobre la mayoría de edad, vinculada a la capacidad de actuar, esto es, a la capacidad de ejercicio. Al hacer este reconocimiento, afirmó lo que es indispensable asegurar: todas las personas, independientemente de aquella capacidad, "son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana". En la *OC-17*, la Corte sostuvo, sin entrar innecesariamente en el debate terminológico, que "para los fines que persigue esta opinión consultiva, es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años". En diversos pasajes de la opinión, el Tribunal alude al menor o a los menores.

Proyectemos la denominación de los sujetos hacia el ámbito de las transgresiones a la ley penal, en el que también existen conceptos discrepantes o, en todo caso, diferentes. Una apreciable corriente, que aborda estos temas bajo el rubro de delincuencia de adolescentes, responsabilidad penal de éstos o derecho penal aplicable a dichos sujetos, no soslaya, sino admite, el empleo de las expresiones que adjudican a los jóvenes la condición de delincuentes.

Por su parte, las Directrices de Riad advierten: "La política y las medidas (de prevención de la delincuencia) deberán incluir: (...) f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de 'extraviado', 'delincuente' o 'predelincuente' a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable". He aquí, una vez más, la preocupación por el peso de las palabras en el marco de cierta circunstancia.

## 5. Derecho y justicia para menores

Se ha construido un ordenamiento, una disciplina o una rama del orden jurídico concerniente a los niños y adolescentes o menores de edad. Es así que el Derecho objetivo rescata las especificidades de estos sujetos en el marco de las prevenciones generales: políticas, civiles, familiares, mercantiles, laborales, agrarias, procesales, penales, etcétera. Se trata de un Derecho "para" los niños y adolescentes, pero también "para" los adultos y "hacia" el Estado, que deben respetar y garantizar sus mandamientos y actuar en consecuencia.

Los juristas que elaboraron este sector del Derecho objetivo defendieron su autonomía normativa y científica, que no podría desentenderse de conceptos generales e ideas de alcance universal que gravitan sobre todas las ramas del Derecho. No es posible construir el sistema jurídico *ex novo*, so pretexto de especialidad. Semejante construcción puede generar soluciones extravagantes y alterar la seguridad jurídica. Mucho menos se debe pretender que la autonomía extraiga del orden constitucional (que aloja valores y principios supremos) a los sujetos y a las relaciones jurídicas que les atañen. De ahí la crítica severa de García Méndez: "la tal mentada autonomía" del derecho de "menores en realidad constituía una autonomía (total) del derecho constitucional".

Si reprobamos y excluimos la pretensión de construir un orden especial para determinada categoría de sujetos al margen del orden general que previene la Constitución —salvedad inadmisible—, podremos convenir en que la regulación destinada a determinado conjunto de personas, para normar ciertas relaciones jurídicas, con un designio específico y bajo reglas particulares, posee características

especiales que la distinguen de otros sistemas o subsistemas normativos. En este sentido, que no implica rechazo de los valores y principios constitucionales, se puede hablar, con cautela, de cierta autonomía normativa, jurisdiccional y científica.

¿Dónde ubicar la justicia para menores, como función del Estado y expresión de política, o como servicio público? Por supuesto, este emplazamiento se conecta con las características del Estado y de la sociedad en los que aquélla se erija, desarrolle y ejerza: para perfilar la justicia de menores habrá que ver a qué Estado y a qué sociedad nos referimos: si Estado social y sociedad democrática o Estado de policía y sociedad autoritaria.

Las Reglas de Beijing consideran que la justicia para menores "se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad" (Regla 1.4). Una vez más: la justicia penal no podría suplantar a la justicia social en la conducción y el amparo de la vida comunitaria, y tampoco podría asumir o absorber la justicia para menores, si entendemos ésta como lo proponen aquellas Reglas. Es natural, por lo tanto, que la administración de la justicia de menores se pliegue a los designios plausibles del desarrollo: "La prestación de servicios en la administración de justicia de menores —disponen las Reglas— se preparará y ejecutará de modo sistemático como parte integrante de los esfuerzos de desarrollo nacional".

## 6. Acceso a la justicia

Es preciso ir más allá de las proclamaciones sobre justicia en general y derecho individual a la justicia. No bastan. Existe el apremio, ampliamente reconocido y trabajosamente servido, con resultados que suelen ser modestos, de asegurar el acceso a la justicia. Se debe garantizar que quien invoca un derecho pueda lograr, efectivamente, que la promesa de justicia arraigue en la realidad: "su" realidad personal y concreta. En otros términos, es preciso resolver ese "agujero negro del sistema judicial", como lo ha llamado la magistrada Alicia E. Ruíz; enfrentar ese "espacio —invoco palabras de la misma magistrada argentina— por el que navegan teorías que intentan tranquilizar buenas conciencias y llenar un vacío casi insondable en el que, como barcos a la deriva, naufragan los discursos garantistas".

Por supuesto, la convocatoria a superar los problemas del acceso a la justicia —y, en fin de cuentas, los de justicia en general— no puede reducirse a la "administración de justicia" en sentido estricto —or-

gánico, funcional—, sino extenderse a todos los ámbitos del Estado. Los postulados contenidos en las Reglas debieran traducirse, como indica Ricardo Lorenzetti, presidente de la Corte Suprema de Argentina, en "políticas de Estado orientadas en un mismo camino (son) un mensaje a los demás poderes del Estado".

En el caso de los menores, el acceso a la justicia significa, entre otras cosas, que el niño o adolescente justiciables accedan a la jurisdicción que resolverá sus pretensiones (o las que otros formulen en su nombre) y a la práctica de los derechos que reúne o resume su "interés superior", entendido en la forma que luego referiré: suma de derechos. Obviamente, esto último posee una gran amplitud, que desborda los temas estrictamente jurisdiccionales.

Mauro Cappelletti sostuvo, con absoluta razón, que el acceso a la justicia es "el más fundamental de todos los derechos". Relaciónese esta afirmación con el perfil que Bobbio encuentra en el llamado Estado de Derecho: calificamos de esta manera a los Estados "en que funciona regularmente un sistema de garantías de los derechos humanos". Vincúlense estas expectativas con el establecimiento y la operación del debido proceso, "piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos", como dice Cecilia Medina Quiroga, actual presidenta de la Corte Interamericana. Cuando Pedro Bertolino, apreciado procesalista argentino, se refiere al derecho al proceso y a la jurisdicción, entendido como derecho humano, sostiene enfáticamente que no se trata de cualquier acceso a los tribunales, sino viene al caso la "efectiva vigencia de las funciones democráticas del Estado de Derecho (...) en cuanto éste no sólo 'debe' al ciudadano un proceso penal, sino que asimismo ese '*debitum*' incluye el ser tramitado dicho proceso con todas las garantías".

Al examinar la situación de los niños y adolescentes o menores de edad desde la perspectiva de los derechos humanos, reiteremos que la justicia especializada en aquellos justiciables no debiera ser —pero suele ser— una justicia de "segunda", despojada de recursos, desviada de su naturaleza y de sus propósitos, encomendada a cualesquiera órganos y personas, en forma tal que consume, aunque no se lo proponga, una irritante discriminación que victimiza de nueva cuenta al justiciable. Tampoco el derecho aplicable a los menores debiera tener carácter marginal, residual, casi simbólico, elaborado con impericia o negligencia.

## 7. Constitución y derecho internacional. Ambitos mundial y americano

Si se habla de protección o tutela de los derechos humanos de los menores de edad, hay que aludir tanto a los instrumentos nacionales

como a las regulaciones internacionales. La primera línea de defensa —y, lamentablemente, de ofensa— reside en los Estados, obligados por sus propias normas —tradiciones e ideologías— a reconocer y garantizar los derechos primordiales de los sujetos que se encuentran bajo su jurisdicción. Las Constituciones reconocen que los niños y adolescentes son titulares de los derechos generales que proclaman. Algunas contienen, asimismo, mandamientos específicos de protección. Estos corresponden a la categoría de los derechos que "deben ser garantizados como fundamentales" —señala Ferrajoli—, a la luz de "criterios axiológicos sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo, tanto estatal como internacional". En este sector aparecen las "leyes del más débil".

Hoy día existe, además, un vasto conjunto de protecciones internacionales: declaraciones, tratados y garantías (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) en torno a los niños y adolescentes. Veamos algunas de sus principales expresiones en los órdenes mundial y regional americano. En aquél rige la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 1989, que ya mencioné. Suscrita por casi todos los Estados de la comunidad internacional —con dos salvedades—, ha significado un parteaguas, punto de arribo para los trabajos del pasado y de partida para los afanes del futuro, en la historia del reconocimiento internacional de los derechos de los menores de edad, con fuerte proyección nacional. Instituye una instancia de supervisión: el Comité de Derechos del Niño.

La Convención pone a cargo de los Estados ciertos deberes de respeto y garantía de derechos: "los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción" (artículo 2). Igualmente, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (artículo 4). La atención a los derechos económicos, sociales y culturales —sujeta a la acostumbrada regla de progresividad— obliga "hasta el máximo de los recursos de que dispongan" los Estados.

La Convención, que ofrece excelencias, también presenta flancos para la crítica, como suele ocurrir en tratados que congregan múltiples puntos de vista, intereses, pretensiones, costumbres, tensiones nacionales, y que son el producto, por lo tanto, de una negociación y un consenso, laboriosos y complejos, encauzados hacia la búsqueda de coincidencias y la superación o exclusión de discrepancias.

Mary Beloff advierte que las deficiencias de la Convención favorecieron el consenso de los Estados: reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado; limitaciones a derechos arraigadas en con-

ceptos tradicionales; débil exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; insuficiente mecanismo de control frente a la actuación de los Estados; ausencia de temas polémicos y adopción de estándares imprecisos. Entre otros puntos cuestionables, menciona que la Convención fue "planteada como techo (de los derechos de los niños) y no como piso"; que ocupó "la centralidad del debate en torno de la protección de la infancia" y que "lleva lo políticamente correcto a extremos paradigmáticos".

En el ámbito americano hay espacios pendientes de ordenamientos regionales que enriquezcan, con datos específicos, el *corpus juris* de los derechos humanos. Tienen que ver con ciertos temas y determinados grupos, a los que hasta ahora se han referido, en mayor o menor medida, los organismos de protección regional: indígenas, migrantes, debido proceso, identidad, bioética y menores de edad. Habría que avanzar en la precisión de los derechos del "niño americano" o del "niño en las Américas", con todos los problemas que ello entraña, pero también con todas las ventajas que este tratamiento especial pudiera traer consigo.

La existencia de normas mundiales —si las hay— no excluye la emisión de disposiciones regionales, como se advirtió al tiempo de elaborar el proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, posterior a los Pactos Internacionales de Naciones Unidas. La normativa interamericana relevante para nuestro tema abarca tanto las disposiciones de observancia general, es decir, las que consagran los "derechos de todos", inclusive menores de edad, y las normas relacionadas explícitamente con derechos de estos sujetos.

Esa normativa inicia en el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, que se refiere, bajo el epígrafe de los derechos concernientes a la maternidad y a la infancia, al derecho de todo niño a "protección, cuidados y ayuda especiales". En el *corpus juris* regional de los derechos humanos, el tema que ahora nos interesa figura tanto en la Convención Americana, de la que deriva la jurisprudencia de la CorteIDH, como en el Protocolo de San Salvador, en torno a derechos económicos, sociales y culturales.

En el Pacto de San José, la materia se aloja en un precepto específico, el artículo 19, concentrado en los "Derechos del Niño", y en varias disposiciones que aluden a la situación y los derechos de los menores de edad, a propósito de otras cuestiones con variado alcance objetivo o subjetivo: pena de muerte (artículo 4.5), integridad personal, o mejor aún, proceso y tratamiento (artículo 5) y libertad de expresión (artículo 13).

Es crucial el artículo 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su fa-

milia, de la sociedad y del Estado". Esta disposición tiene precedente en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el proyecto que culminó en la Convención de 1969, el artículo 18 —que al cabo de las deliberaciones sería 19— contaba con dos incisos, inspirados en el Pacto de Naciones Unidas. El inciso a) se convertiría en artículo 19, y el b), sobre derecho a la nacionalidad, se trasladaría al 20.2, ya no como derecho del niño, sino de cualquier persona.

La Comisión I de la Conferencia de San José conoció el proyecto. La deliberación fue breve. Sólo hubo una sugerencia de cambio. El delegado de Uruguay, Julio César Lupinacci, propuso un giro diferente para el precepto cuyo proyecto se consultaba: "La maternidad, la niñez, la invalidez y la vejez tienen derecho a una protección social adecuada". El delegado de Brasil, Carlos A. Dunshee de Abranches, propuso la consideración de estos temas al examinar los derechos económicos y sociales. Así se acordó, sin mayor debate.

El artículo 19 contiene referencias de suma importancia, alguna de las cuales va más allá —en cuando a los sujetos obligados— del punto al que explícitamente llegan los restantes derechos previstos en el Pacto de San José. Efectivamente, hay un amplísimo conjunto de obligados a proveer medidas de protección en favor de los niños: familia, sociedad y Estado. En otros términos, existe un deber universal de tutela o de cuidado, que no se plantea en el supuesto de otros derechos y libertades. Además, la inclusión del precepto abre la puerta al control de convencionalidad por parte de la jurisdicción interamericana en la vía contenciosa (además, obviamente, de la consultiva), por lo que toca a la conducta de agentes públicos y privados (estos últimos, según la obligación de vigilancia, diligencia o garantía del poder público).

Dije que la Convención Americana contiene, por otra parte, alusiones relevantes a la situación de los menores incluidas en preceptos de tema general. Tales son los casos, según el orden de aparición en la escena, del artículo 4.5, que proscribe la imposición de la pena de muerte en determinadas hipótesis asociadas con la edad; el artículo 5.5, que examina, bajo el rubro del "Derecho a la integridad personal", una materia que debió quedar alojada en otro lugar de la Convención: características del enjuiciamiento de los menores procesables, y el artículo 13.4: censura de espectáculos "para la protección moral de la infancia".

El Protocolo de San Salvador, de 1988, retoma directamente el derecho de la niñez, además del impacto que otros derechos económicos, sociales y culturales puede tener —y tiene— sobre la situación jurídica de los menores de edad: en cuestiones de la familia y el traba-

jo, por ejemplo. El artículo 16 del Protocolo, alusivo al derecho de la niñez, no figura entre los preceptos que abren la puerta a la justiciabilidad de derechos de segunda generación. No obstante, la Corte puede conocer —y ha conocido— de conflictos entre el poder público y el menor que pudieran interesar a los derechos económicos, sociales y culturales, en situaciones analizadas bajo otras disposiciones de la Convención Americana, en concordancia —para reconocer la especificidad del caso— con el artículo 19 de ésta. Existe, pues, un medio para reforzar la protección del menor.

## 8. Premisa: el menor, sujeto de derechos. Principio de juridicidad

Del conjunto normativo sobre la materia que estoy examinando —como aparece recogido y analizado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana— se desprenden una premisa y ciertos principios acuñados por el Derecho nacional de factura reciente y por el Derecho internacional de los derechos humanos, bajo determinadas modalidades y matices.

La premisa que se debe mencionar aquí, claramente invocada por la Corte, señala que los niños son titulares de derechos y no objeto de protección. Esta es una referencia de primer orden. En torno a ella se desarrolla el Derecho actual de la infancia. Al examinar este punto, la Corte se refirió al acento que pusieron los redactores del artículo 19 de la CADH en "asegurar la debida protección mediante mecanismos estatales orientados al efecto". Hoy día, afirmó el tribunal en la *OC-17*, "debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección" (párr. 28). Sobre este punto existe amplia doctrina. En ella mencionaré, por lo que toca al sector que sostiene la persistente admisión histórica del menor (infractor) como sujeto de derechos, sin reducirlo a ser objeto de protección, la reivindicación que hace mi compatriota doctora Ruth Villanueva.

En el contexto de las afirmaciones de la Corte, que traen a cuentas la relectura de normas de la Convención, resulta interesante señalar que la jurisprudencia interamericana, atenta a los pronunciamientos de otros órganos de la justicia internacional, se ha ocupado en señalar que los tratados internacionales son "instrumentos vivos", cuya interpretación debe atender a la evolución de la materia sobre la que versan y de las circunstancias en las que se aplican.

Establecido, pues, que el menor es titular de derechos y que éstos no pueden significar reducción en la tutela de bienes jurídicos, si

se compara con el régimen de protección instituido para los adultos, parece natural afirmar el imperio del principio de juridicidad en esta materia, entendido como subordinación de la conducta (del Estado, la sociedad, la familia y otros sujetos de relaciones jurídicas o agentes del poder) a la normativa plena de los derechos humanos. La vigencia del principio de juridicidad no descarta el vigor de otro principio, del que adelante me ocuparé, que confiere sentido preciso, natural, genuino, a la proclamación de los derechos y de sus beneficios: el principio de especificidad.

## 9. Interés superior

A la cabeza de los principios que rigen esta materia se halla el denominado "interés superior" del niño, la niña, el adolescente, el menor de edad. Se trata del principio garantista por excelencia, regla sustantiva proyectada sobre todos los extremos de la cuestión: la tarea legislativa, el desempeño jurisdiccional, la aplicación administrativa, las políticas públicas. Aparece con frecuencia en los documentos concernientes al menor. Así, en el principio 2 de la Declaración de los Derechos Humanos del Niño, de 1959, a título de consideración fundamental para la protección especial y la dotación de oportunidades y servicios. En el punto 7 de la misma Declaración se le concibe como principio rector de la responsabilidad de los encargados de educar y orientar al niño.

La Convención de Naciones Unidas, de 1989, invoca con gran frecuencia el interés superior del menor: por lo menos ocho veces, en los artículos 3.1, 9.1, 9.3, 18.1, 20.1, 21.1, 37.c, y 40.2 b.III. Este tratado ampara la consideración primordial del principio en 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" (artículo 3.1). Lo atrae como preocupación fundamental de los padres a los fines de la crianza y el desarrollo del niño (artículo 18.1). Lo destaca en el régimen de la adopción (artículo 21). A su vez, el Comité de los Derechos del Niño lo aprecia como principio "rector-guía" de la Convención de 1989.

Con las mismas o semejantes expresiones, que es posible interpretar dentro del "espíritu" de este principio, hay referencias en otros ordenamientos, que destacan para la atención de las conductas contraventoras de la ley penal. Por ejemplo, las Reglas de Beijing: "El procedimiento favorecerá los intereses del menor (...)" (Regla 14.1). "En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor" (Regla 17.1,d).

La idea de un "interés superior del niño" suscita cuestiones importantes. Ante todo, ¿en qué consiste ese interés? ¿Quién lo pondera?

¿Cómo repercute sobre los derechos fundamentales reconocidos? En un interesante ensayo de caracterización, Miguel Cillero Bruñol señala que el interés superior del niño significa "nada más pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos". Bajo este concepto, el principio orienta la solución de los conflictos de derechos. Ruh Villanueva escribe que "el interés supremo del menor se entiende dentro de un marco jurídico correspondiente a un principio de equidad que hace referencia al derecho subjetivo del menor, en tanto cumple una función correctora e integradora de las normas legales, concepto que muestra (...) una notoria vinculación con el papel reservado a la equidad como moderadora de la aplicación de la ley en el caso específico".

Inevitablemente, el interés superior del niño no se aprecia, pondera o actualiza desde el niño mismo —como pudiera suceder en el caso de otras categorías de sujetos, con poder propio en el debate social y en las decisiones legislativas—, sino desde fuera: el sujeto responsable del menor, la sociedad o la autoridad llamados a subordinar su conducta y sus decisiones al interés superior del niño. Esto lleva a conclusiones siempre opinables. Es explicable que se quiera corregir esta "debilidad política" del menor. Entre los correctivos figura la recepción del derecho del niño y el adolescente a expresar su parecer —que deberá ser tomado en cuenta seriamente— en supuestos de elección, duda o controversia.

En la *OC-17*, la Corte Interamericana se refirió al interés superior como "principio regulador de la normativa de los derechos del niño", fundado "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño" (párr. 59).

## 10. Protección integral

Veamos otro principio, estrechamente relacionado con el anterior, como sucede con todo el haz de normas que rigen esta materia. Me refiero a la protección integral del sujeto, que apunta hacia su desarrollo pleno, el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Ocurre, asimismo, que el desarrollo integral se aprecia y mide desde fuera del niño, conforme a ciertos patrones o referencias culturales, siempre controvertibles.

Es interesante la crítica que en este punto externa Mary Beloff: "no sabemos —dice— qué significa 'protección integral', ni siquiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha podido definir a

la fecha". Prosigue: "La expresión ha sido tomada a partir de los años 90 para evidenciar el contraste con el modelo legislativo anterior, denominado (aun por mí misma) también con algo de ligereza, de 'situación irregular'. Estas categorías fueron trasladadas, a los fines explicativos, del contexto brasileño al resto del continente pero, en rigor, tal desplazamiento es susceptible de varias críticas".

En todo caso, podemos sostener que la protección integral se traduce en el encauzamiento de la regulación y de las acciones, es decir, de las normas y las políticas, a la atención de niños y adolescentes conforme al interés superior de éstos. Implica una regla de múltiple alcance: sustantiva, orgánica y adjetiva, que también compromete a los diversos obligados que menciona el artículo 19 de la Convención Americana: familia, sociedad y Estado. Los Estados deben adoptar medidas para la plena protección de los derechos de los niños, inclusive, por supuesto, los derechos económicos, sociales y culturales, "evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles" (párr. 111).

Una importante vertiente de este deber se proyecta en el derecho a la vida, que la Corte Interamericana analiza con un alcance mucho mayor que el correspondiente a la prohibición de privación arbitraria de la existencia: abarca también el derecho del sujeto a "que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna" (caso *Niños de la Calle*, sentencia de fondo, párr. 144). El Estado se halla obligado a "adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños bajo su jurisdicción" (id., párr. 146). Las medidas de que habla el artículo 19 —puntualizó el tribunal interamericano en la sentencia del caso *Instituto de Reeducación del Menor*— "exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos (...) abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños" (párr. 149).

La obligación estatal de protección no se reduce, desde luego, a la conducta de los agentes del Estado: activa u omisiva. Este debe proteger al niño de malos tratos en su relación con las autoridades públicas y en las relaciones interindividuales o con entes no estatales. La ausencia de medios y remedios de tutela, el desentendimiento sobre la suerte de los menores, la abstención pública frente a abusos particulares entrañan otras tantas formas de violación de los derechos de niños y niñas, que pueden traer consigo responsabilidad internacional del Estado. En la *OC-18*, a la que ya me referí, y en diversas sentencias sobre asuntos contenciosos la Corte ha analizado la responsabilidad estatal por conductas de terceros, tema relevante de la jurisprudencia interamericana.

En el espacio de la protección integral y de los agentes idóneos para brindarla, destaca la presencia de la familia. El Derecho nacional y el Derecho internacional de los derechos humanos han cargado el acento sobre el papel del agregado familiar en el cuidado y el desenvolvimiento de los niños. En la *OC-17,* La Corte Interamericana puntualizó que el Estado debe "resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño " (párr. 88); que "la familia debe proporcionar la mejor protección contra el abuso, el descuido y la explotación" (párr. 103); que el proceso administrativo de protección "debe apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable" (párr. 103); y 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 la familia" (párr. 72).

## 11. Igualdad y especificidad

En este campo se debe analizar el principio de igualdad ante el derecho, con sus implicaciones en la titularidad y el ejercicio de los derechos. Ahora bien, igualdad no supone exclusión de regímenes particulares que se proponen mejorar la situación de sus destinatarios y, en fin de cuentas, proveer a la mayor igualdad material posible. A los derechos "de todas las personas" se añaden los "derechos de los niños", como de los integrantes de otros grupos humanos, abarcados por el proyecto de igualación, equidad, compensación, etcétera.

La Corte Interamericana cuenta con pronunciamientos numerosos y directos acerca de la igualdad y de los correctivos especiales plausibles, que no significan discriminación. Esto conduce a la admisión de otro principio, que posee especial gravitación en el régimen de los niños y los adolescentes —como también en los sistemas o subsistemas atinentes a miembros de otros grupos, sectores o conjuntos de población—, el principio de especificidad.

Especificidad significa provisión de medios especiales para el menor de edad, en procuración de su interés y de su desarrollo y protección integral. Bajo esta regla —también con alcances sustantivo, orgánico y adjetivo— no basta la adopción de medidas generales, como las correspondientes a los titulares de derechos humanos en general. Hay diferencia entre adultos y menores: no porque éstos queden sustraídos de las defensas y garantías que amparan a aquéllos, sino en el sentido de que reclaman medidas adicionales, instrumentales, igualadoras, prácticas, que permitan el logro verdadero de los objetivos propuestos y el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos. La igualación formal entre adultos y menores —todos los individuos

son iguales ante la ley— puede generar condiciones de injusticia e inequidad que pongan en predicamento los derechos de los menores de edad, o los lleven al naufragio.

Se impone el reconocimiento y la aplicación de un *plus* —nunca un *minus*— que reconozca la realidad de niños y adolescentes y coloque a éstos en situación de disfrutar de derechos que, en otro caso, serían proclamas en el vacío. Como señala Mary Beloff, "en un modelo de protección integral la circunstancia de estar creciendo no implica perder la condición de sujeto. Por el contrario, estos sujetos precisamente por esta circunstancia cuentan con algunos derechos extra además de los que tienen todas las personas".

Hay estipulaciones que conviene recordar a este respecto. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga a "adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes", y la Convención de Naciones Unidas dispone promover "siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños (infractores de la ley penal) sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales" (artículo 40.3,b).

En la *OC-17* —que por supuesto no es el único texto alusivo a esta materia—, el tribunal puntualiza la necesidad de "reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento" (párr. 96). Asimismo, observa que el ejercicio de los derechos procesales, en el caso de los niños, "supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías" (párr. 98). La protección del niño y el adolescente "debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello" (párr. 78), es decir: especiales. El enjuiciamiento de quienes incurran en conductas penalmente típicas incumbe "sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a mayores de edad" (párr. 109).

En casos contenciosos hay resoluciones que apuntan en la misma dirección. Veamos sólo algunas. En la sentencia del famoso caso de los *Niños de la Calle* (1999) la Corte destacó medidas especiales cubiertas por el artículo 19 de la Convención Americana: "merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación" (párr. 196). Se dijo en la sentencia del caso de la *Comu-*

*nidad Sawhoyamaxa* (2006) que de los artículos 1.1 y 2 de la CADH "derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra, como pobreza extrema, marginación o niñez" (párr. 154). Y en la sentencia del caso de las *Masacres de Ituango* quedó establecido que "el artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho complementario que el Tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial" (párr. 244).

A esta altura de la exposición podríamos hacer referencia al trato que se debe a los niños y adolescentes —éstos, principalmente— que incurren en conductas previstas como delictuosas por la ley penal, es decir, hechos típicos. Esta materia ha promovido intensos debates. Es, probablemente, la que suscita mayores encuentros y desencuentros: ora en pro de la admisión de los menores en el ámbito —modificado— del ordenamiento penal, a título de responsables de delitos, ora en favor de la sustracción completa de esos sujetos del ámbito del Derecho penal.

No pretendo examinar con detalle estas cuestiones. Me concentraré en la posición adoptada por la Corte Interamericana en la opinión consultiva *OC-17*. Previamente, creo necesario recordar que el artículo 40 de la Convención de Naciones Unidas estatuye que "los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes", y en particular se establecerá una edad por debajo de la cual se presume la incapacidad del sujeto de infringir la ley penal (que no deberá ser "demasiado temprana": Regla 4.1 de Beijing), así como medidas para "asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción".

Digamos, ante todo, que existe una rotunda afirmación del principio de legalidad. No es admisible reaccionar frente al menor —o contra el menor— a partir de conductas que no se hallen previstas en la ley. En este sentido es uniforme el pronunciamiento internacional: Convención de Naciones Unidas y Directrices de Riad, por ejemplo. La Corte Interamericana, que examinó los temas de la tipicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, rechazó claramente cierta solución tradicional que ha declinado: "Es inadmisible que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro (...) y menos aún la de aquellos otros que sim-

plemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría (...)".

En todos los casos —esto es, los de comisión de una conducta típica o los que sugieren, fuera de este supuesto, la protección del Estado— es indispensable observar el debido proceso legal, que extiende sus reglas a los procedimientos jurisdiccionales y administrativos. La posición de la Corte es enfática: "Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo" (párr. 117). En el punto del debido proceso, la Corte sigue las orientaciones derivadas de las Reglas de Beijing (caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párr. 211). La consideración se extiende al menor y a las personas de las que éste depende: también los responsables legales pasan a cumplir una función en la escena del juicio. Es claro, sostiene la Corte, que los niños que se hallan en situación de riesgo o daño "no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al 'dominio' de la autoridad (...)" (*OC-17*, párrs. 112-114).

Entre las reglas del debido proceso cuenta la defensa, y en ésta figura la audiencia al propio adolescente. Hay matices al respecto: "El aplicador del derecho —entiende la Corte— debe tomar en consideración las condiciones específicas del menor" "La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos" (*OC-17*, párrs. 101-102). Subrayaré, sin embargo, que la tendencia dominante favorece la participación del menor en el conocimiento de su propio caso. Esta debiera tener, en concepto de Baratta, el alcance más amplio, "abarcando todas las interacciones formalizadas, semiformalizadas y hasta las informales, entre cualquier funcionario público o autoridad administrativa y el ciudadano-niño".

Si bien existe discontinuidad entre las corrientes tradicionales y las contemporáneas sobre el trato jurídico de los menores, e incluso cortes tajantes, rupturas radicales, sucede que en el polémico asunto de la infracción penal, donde el debate es enconado, también hay líneas constantes que plantean, quizás, "lo que podría considerarse —en palabras de Mary Beloff— como 'cierta' continuidad entre el antiguo modelo de la situación irregular y el de la protección integral". En concepto de la autora mexicana Ruth Villanueva, existe "la necesidad de fortalecer un procedimiento especial para los menores infractores, no un procedimiento penal (...) sino un real procedimiento especializado de conformidad con la legislación nacional e interna-

cional, que verdaderamente responda a principios propios que privilegien el interés supremo del menor".

En mi voto razonado a propósito de la *OC-17*, sostuve la posibilidad y pertinencia de una tercera vía que acoja las ventajas del antiguo proyecto tutelar y de la doctrina de la protección integral. Me permitiré reiterar, sin más comentario, lo que expuse sobre este punto polémico, siempre dentro de la hipótesis, por supuesto, de que trabajaremos con las mejores ideas y las intenciones más justicieras y generosas, no con los deslices y desaciertos que han menudeado en diversas trincheras de ayer y de ahora.

En ese voto señalé, pues, que "si se toma en cuenta que la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere (de ahí la expresión "tutela"), y que la orientación garantista tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías, sería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales".

La "oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso (...) Por una parte, la síntesis retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño, que insiste en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así como en otros instrumentos convocados por la Opinión Consultiva (*OC-17*): Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio (párrs. 106-111). Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia.

"En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no

apenas objeto de protección— de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro".

## 12. MEDIOS ALTERNATIVOS

Con frecuencia creciente se plantea, así para los menores como para los adultos, la posibilidad de resolver controversias a través de medios alternativos de la solución judicial tradicional: recursos compositivos que ponen en el centro de la escena la voluntad de los contendientes y su capacidad para hallar, juntos, una salida mejor que la sentencia imperiosa del tribunal. La Corte Interamericana se ha pronunciado a favor, pero con cautela, prudencia que no debiera ser ajena a las composiciones entre adultos: lo mismo las verticales, que provienen del "acuerdo" entre la autoridad y el infractor, que las horizontales, que surgen del "entendimiento" entre los litigantes.

Si es preciso actuar con cuidado —mucho cuidado— en el escenario de los adultos, no es posible hacer otra cosa, sino más, mucho más, en el de los menores. De ahí el pronunciamiento del tribunal supranacional: son "plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias (...), siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad" (párr. 135).

## 13. GARANTÍA PROCESAL

Considero que otro principio del moderno ordenamiento sobre los menores de edad podría recogerse bajo el rubro de "garantía procesal" o régimen de garantías. También posee dimensiones sustantiva, orgánica y adjetiva. Implica la provisión de medios, instrumentos, recursos, instituciones, figuras jurídicas y de otro carácter que se hallen a la mano de los niños y adolescentes —o de quienes están a cargo de ellos— para recuperar sus derechos, lograr el reconocimiento de éstos, evitar su mengua, hacerlos efectivos.

El Derecho internacional de los derechos humanos, que administra a favor del hombre el delicado encuentro entre la dignidad humana y sus razones y exigencias, por una parte, y el poder público, por la otra, contiene dos espacios de tutela, mutuamente condicionados: el reconocimiento de los derechos y las libertades, y la garantía de unos y otras, generalmente a través de organismos y procedimientos.

Se requiere, por supuesto, el amplio reconocimiento social, que es la circunstancia tutelar de los derechos; pero es preciso disponer de medios claramente establecidos, funcionales, a la altura de las necesidades y de las expectativas, para que ese reconocimiento cale en la vida cotidiana y se traslade al ejercicio efectivo de los derechos y las libertades. Aquí cobran presencia los medios y remedios procesales y la calidad, oportunidad y energía de la jurisprudencia.

## 14. Interpretación

El principio de interpretación de normas posee enorme relevancia en esta materia. Se trata de la regla que permite una lectura pertinente —"finalista", si cabe la expresión— de las normas tutelares de los derechos humanos. Añadiré, en forma paralela y coincidente, la regla de integración cuando se enfrenta el vacío normativo y viene al caso regular la solución del conflicto en la forma en que lo hubiera hecho el legislador (pero en la circunstancia en que lo debe hacer el aplicador) si hubiese tenido a la vista la relación *sub judice*.

En el sistema internacional, los tratados deben interpretarse conforme a su letra, recurriendo al sentido común de las palabras, y considerando el objeto y fin de la convención. Alejarse de éstos, soslayarlos, ignorarlos, es subvertir el sistema y extraviar el camino. Si no es posible plantear reservas al tratado que pugnen con el objeto y el fin de éste, tampoco lo es proveer interpretaciones o llevar adelante integraciones que incurran en el mismo despropósito.

Cuando se trata de tratados de derechos humanos, el objeto y el fin se concentran en la mejor protección del individuo. Estos instrumentos —ha sostenido la jurisprudencia internacional, acogida por la Corte Interamericana— no se limitan a normar intereses y relaciones entre los Estados que pactan, sino incorporan en el espacio de la norma a otro sujeto, que prevalece al tiempo de interpretar o integrar: el ser humano. De ahí la calidad específica de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cuya opción jerárquica es inequívoca: el ser humano, no el Estado.

Las reglas generales para la interpretación de estos instrumentos se hallan en el artículo 29 de la Convención Americana, que puede concentrarse en una proposición: *pro homine* o *pro persona*, como se prefiera. En otros términos, ampliamente frecuentados por la jurisprudencia: en favor del ser humano. Por cierto, *pro homine* no debiera verse solamente como regla de interpretación, sino como principio de formulación de normas, aplicación de éstas, adopción de políticas: en fin, como referencia que materialice la antigua y magnífica vocación de la sociedad política, conforme a los documentos germinales de la

era moderna —los *bills of rights*, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la *Déclaration* francesa de 1789—, que entendieron que la protección de los derechos básicos del individuo constituye el fin, la razón de ser, de la sociedad política.

El artículo 41 de la Convención de Naciones Unidas, de 1989, señala que nada de lo dispuesto en éstas "afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño", y que se hallen en el Derecho interno o en el Derecho internacional vigente para un Estado parte. Baratta expone con estas palabras el objetivo de la regla invocada: "permite que prevalezcan todas las normas nacionales o internacionales —anteriores o posteriores a la Convención— aplicables en un Estado parte que sean más favorables al niño". En la especie que nos ocupa, *pro persona* o *pro homine* tiene un desarrollo puntual: *pro niño*.

## 15. Reparaciones

La lógica de la norma jurídica asocia cierta consecuencia a determinada hipótesis normativa: En nuestro caso, diremos que reclama la reparación del agravio. En pocos años, la Corte Interamericana ha elaborado una amplia y notable doctrina en materia de reparaciones, a partir de un precepto nuclear, escueto, el artículo 63.1 de la Convención Americana. Desde este punto, el tribunal construyó —y lo sigue haciendo— a través de un número relativamente reducido de sentencias, un sistema de reparaciones que merece cuidadoso análisis, en tanto exhibe el progreso alcanzado en esta materia trascendente y prefigura el modelo del futuro. La reparación pretende restablecer el orden jurídico quebrantado y afirmar la seguridad, la paz y la justicia en las relaciones sociales, pero también, obviamente, atender el derecho y el interés del individuo afectado.

En una primera etapa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la reacción a la conducta ilícita se cifró en indemnizaciones, esto es, correspondencias patrimoniales por el daño material e inmaterial causado. En la hora actual, a esa reacción patrimonial se ha sumado un conjunto de medidas reparatorias, fruto de la jurisprudencia diligente y evolutiva, que va a la fuente misma de las violaciones y procura tanto la correspondencia económica como la prevención de nuevas violaciones y la satisfacción de derechos e intereses afectados: de la víctima y de quienes se hallan en torno, los allegados, la familia, la sociedad en su conjunto. Esto no altera la naturaleza de la reparación ni desconoce el marco normativo en que se mueve; engrandece aquélla y aprovecha éste. A través del derecho subjetivo sometido al tribunal, se afianza el derecho objetivo y se avanza en el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos. Contri-

buye al resarcimiento, de manera inmediata, y promueve la cultura de los derechos, en forma mediata.

Las reparaciones poseen un diseño general, que no distingue entre categorías de beneficiarios. Se aplican indistintamente, según el carácter de la violación cometida, en relación con adultos y menores. Cabe decir, sin embargo, que no han sido pocas las resoluciones de reparación informadas por la condición de las víctimas como niños o adolescentes: condiciones, circunstancias, requerimientos presentes, futuro previsible.

Sería imposible mencionar ahora todas las reparaciones previstas por la Corte en casos que atañen a niños y adolescentes. La relación es larga y obligaría a ingresar en precisiones que ocuparían más tiempo del que disponemos. Sólo me permitiré mencionar la naturaleza de algunas reparaciones ordenadas por aquel tribunal a título de condena por violaciones probadas y declaradas.

Esas reparaciones tienen que ver con el daño causado al proyecto de vida, que se quiere rescatar con facilitación de estudios (caso *Gómez Paquiyauri*), reforma legislativa (*casos Niños de la Calle* y *Bulacio*), investigación seria y acuciosa de las violaciones perpetradas (caso *Servellón García*), esclarecimiento, a través de información genética, de la filiación de niños desaparecidos (casos *Hermanas Serrano Cruz* y *Molina Theissen*), construcción de monumentos, denominación de calles y edificios públicos o colocación de placas (diversos casos), consagración de un día del año a la recordación de niños desaparecidos (caso *Hermanas Serrano Cruz*), protección de la integridad de indemnizaciones (caso *Aloeboetoe*), desarrollo de programas especiales de desarrollo social (casos *Aloeboetoe* y *Plan de Sánchez*), adopción de una política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley (caso *Instituto de Reeducación*), asistencia vocacional y educación especial a ex internos (caso *Instituto de Reeducación*), programa de capacitación a servidores públicos relacionados con la atención a menores de edad (caso *Bulacio*), inscripción en el registro civil (caso *Gómez Paquiyauri*), nacionalidad y registro (caso *Yean y Bosico*), registro de detenidos (caso *Juan Humberto Sánchez*), registro unificado y coordinado sobre muertes violentas de menores de 18 años (caso *Servellón*), dotaciones de emergencia (caso *Yakye Axa*), medidas de protección de víctimas y familiares (caso *Instituto de Reeducación*), campaña de sensibilización para la protección de niños y jóvenes (caso *Servellón García*), restricciones al reclutamiento de niños en las fuerzas armadas (caso *Vargas Areco*).