



**DERECHOS HUMANOS  
PARA LOS MENORES DE EDAD  
PERSPECTIVA DE LA  
JURISDICCIÓN INTERAMERICANA**

---

**Sergio** García Ramírez



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO

DERECHOS HUMANOS DE LOS MENORES  
DE EDAD. PERSPECTIVA DE LA JURISDICCIÓN  
INTERAMERICANA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 152

---

Coordinadora académica: Elvia Lucía Flores Ávalos

Coordinadora editorial: Karla Beatriz Templos Núñez

Edición: Miguel López Ruiz

Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

DERECHOS HUMANOS  
DE LOS MENORES  
DE EDAD. PERSPECTIVA  
DE LA JURISDICCIÓN  
INTERAMERICANA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MÉXICO, 2010

Primera edición: 19 de enero de 2010

DR © 2010, Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN

## CONTENIDO

Prólogo. . . . .	1
CAPÍTULO PRIMERO	
CONSIDERACIÓN GENERAL. . . . .	7
CAPÍTULO SEGUNDO	
CUESTIONES TERMINOLÓGICAS . . . . .	15
CAPÍTULO TERCERO	
DERECHO Y JUSTICIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES (O MENORES DE EDAD) . . . . .	25
CAPÍTULO CUARTO	
PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS . . . . .	31
CAPÍTULO QUINTO	
PLANTEAMIENTOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. . . . .	41
CAPÍTULO SEXTO	
PRINCIPIOS Y CRITERIOS QUE PREVALECEN EN ESTA MATERIA . . . . .	49
I. Interés superior . . . . .	49
II. Desarrollo y protección integrales . . . . .	53
III. Titularidad de derechos . . . . .	55

IV. Especificidad . . . . .	56
V. Función de la familia . . . . .	78
VI. Garantía . . . . .	80
VII. Interpretación . . . . .	82
CAPÍTULO SÉPTIMO REPARACIONES . . . . .	85
Conclusiones . . . . .	93
Apéndice . . . . .	99
I. Voto en la opinión consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. . . . .	99
II. La reforma al artículo 18 constitucional (2005) . . . .	121
Bibliografía . . . . .	135

*Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 5 de febrero de 2010 en Impresos Chávez S. A. de C. V. Valdivia 31, col. María del Carmen, delegación Benito Juárez, 03540 México, D. F. Se utilizó tipo *Times New Roman* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

## PRÓLOGO

En los últimos años —tiempo de actividad intensa y creativa, para la tutela internacional de los derechos humanos— la jurisprudencia de la Corte Interamericana de esta especialidad ha producido notables desarrollos, ciertamente cimentados —como obra del presente, fundada en el pasado— en las tareas desenvueltas por este tribunal durante las primeras etapas de un ejercicio fructífero que inició en 1979, año de instalación del alto juzgado. Me consta, como testigo y acompañante, en el quehacer afanoso y esmerado de un órgano jurisdiccional que ha procurado —y conseguido, en mi concepto— ir hacia adelante, siempre *pro homine*, en la reflexión y la acción que concurren a preservar la dignidad humana, afianzando, protegiendo y rescatando los derechos que ésta entraña.

La Corte Interamericana ha podido examinar numerosos temas relevantes para la preservación y la expansión de los derechos fundamentales del individuo, que gradualmente han generado avances notables en el ordenamiento de los países que forman parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —de 1969—, y que han reconocido la jurisdicción contenciosa de este alto tribunal. Falta mucho para culminar el designio que nos hemos planteado: *derechos y jurisdicción para todos*. Varios países del hemisferio se hallan, todavía, fuera de la Convención Americana, y no han aceptado, consecuentemente, esta autoridad contenciosa. Es preciso insistir en aquel designio y, mientras tanto, ganar terreno en el universo que ahora comprende a quinientos millones de compatriotas americanos. Es la cosecha de sesenta y cinco años de trabajo tenaz, perseverante, a partir de 1945, cuando se reunió en México la Conferencia sobre

Problemas de la Guerra y de la Paz, que puso la mirada en el futuro hemisférico.

La denominada “recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos” —valores, principios, normas y decisiones— ha ganado espacios que hace poco tiempo parecían inaccesibles. Ha ocurrido por diversas vías, de las que me he ocupado en otras oportunidades: constitucional, legal, jurisdiccional, política, cultural. Sin embargo, este régimen de tutela internacional —sustentado en la garantía estatal interna y en la garantía colectiva internacional— constituye, todavía, una obra en proceso, y requiere mantener una actitud alerta: hay un largo camino por recorrer, siempre acosado por tentaciones regresivas y solicitudes autoritarias.

En este libro doy cuenta, de manera panorámica, sobre los criterios adoptados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana acerca de los derechos de los menores de edad, es decir, niños y adolescentes. Se trata de un gran conjunto de personas, parte sustancial de la población en los países americanos, que enfrentan condiciones especiales de vulnerabilidad. Por supuesto, se benefician —nominalmente— de los derechos y libertades que amparan a todos los seres humanos, pero también les alcanzan, bajo un proyecto de equidad y humanidad, otros derechos —también nominalmente— que reflejan sus condiciones específicas como individuos en desarrollo, amparados en un interés superior y en un proyecto de desarrollo y protección ampliamente proclamados.

Estas cuestiones aparecen con frecuencia en los pronunciamientos de la Corte Interamericana, sobre todo en el curso de los diez o doce años recientes, etapa de la que doy noticia directa por mi propia gestión como juez (desde 1998), vicepresidente (2003-2004) y presidente (2004-2008) del tribunal internacional. No sólo han figurado en decisiones de amplio espectro —como la opinión consultiva 17, de la que me ocupé en diversos puntos del panorama—, sino también en supuestos específicos de afectación del derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, a la justicia, a la protección especial, etcétera.

Nos hallamos, en suma, ante un gran tema de la jurisprudencia interamericana, que también ocupa un lugar prominente entre los temas merecedores de la atención de estadistas y juristas de los países americanos, comprometidos en dotar esta materia con nuevos horizontes y reformar a fondo las antiguas leyes sobre la protección de la infancia y adolescencia. Aquí se encuentran, corriendo desde un mismo origen y hacia un mismo destino, muchas corrientes progresistas de los órdenes jurídicos nacionales y el orden jurídico internacional.

Me he ocupado en el derecho de los menores —o aplicable a los menores, pero también a los adultos que se relacionan con ellos: la mayoría, en conjunto, de la población— durante una larga etapa de mi vida profesional. Inicié mi cercanía con esta materia como lo hice con otras aledañas: en quehaceres de trinchera, que fecundaran la teoría con la lección de la práctica. Recuerdo, desde luego, mi paso como juez en el Tribunal para Menores, luego Consejo Tutelar, del estado de México, en el que serví durante algunos años. Entonces estas instancias jurisdiccionales se hallaban regidas por el designio de tutela e integradas por representantes de diversas profesiones: médicos, psicólogos, abogados. Tiempo después —el distante 1973— participé en el proyecto de Ley de los Consejos Tutelares del Distrito Federal, que sustenté en una comparecencia en la Cámara de Senadores. Posteriormente, tuve a mi cargo el sistema federal de readaptación social y el conjunto de instituciones destinadas a niños y adolescentes que habían incurrido en conductas penalmente típicas o en situaciones de lesión o peligro.

Por supuesto, no se detuvieron en ese punto ni mis experiencias en estas cuestiones ni el desarrollo, que ha sido notable, del derecho sobre niños y adolescentes, y dentro de éste, el relativo a los menores infractores, como se les llamó, o niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, como ahora se les designa. Llegarían propuestas renovadoras que han abierto mejores rumbos y aportado precisiones y giros indispensables.

En estas circunstancias, siempre dinámicas, he revisado mis propios puntos de vista y acogido nuevas ideas, sin perder el impulso solidario que siempre estuvo en la raíz de mis convicciones y de mis propuestas legislativas y políticas en la materia que ahora examino. De la conciliación entre mis propias reflexiones del pasado y del presente, en todo lo que esa concordancia es posible —que no es poca— proviene la posición que ahora sustento, manifiesta en la presente obra, y que procuré expresar en mi voto concurrente —transcrito aquí mismo— a la opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana.

Algunas reflexiones coincidentes con las que ahora expongo se hallan en mis trabajos más recientes sobre la reforma constitucional mexicana de 2005, una reforma practicada con buena fe, cuyos resultados distan mucho de alcanzar los objetivos propuestos, y que no siempre ha recibido la interpretación que corresponde a su letra y a su espíritu. Ha sido mucho mayor —suele ocurrir— el cambio en las palabras, inspirado por la “magia de la reforma constitucional”, que el cambio en las instituciones, las prácticas y las políticas. Una versión preliminar y más breve de las reflexiones que ofrezco en este texto integra la exposición que hice ante el III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (véase “Derechos humanos de los niños y adolescentes”, *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa y Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, 2009, pp. 327-353).

Estoy consciente de la modestia de este esfuerzo. No pontifico, ni remotamente. Comprendo y respeto las razones de quienes difieren de mis puntos de vista y de quienes coinciden con ellos, por la misma vía que yo he emprendido o por otros caminos. Lo que digo está sujeto a necesaria revisión, frecuente y detallada. Es probable que la jurisprudencia interamericana del futuro aporte nuevas definiciones, más penetrantes, incisivas, que impulsen pasos adelante. Creo que los progresos alcanzados deben mantenerse en la medida en que benefician a sus destinatarios, los seres humanos que aún no han alcanzado la mayoría de edad, y que

de esta suerte resultan amparados por principios y disposiciones que remontan viejos obstáculos y graves desvalimientos. También creo que esos progresos debieran ser mayores en el doble ámbito de la norma teórica y de la práctica, sobre todo en esta última, donde los resultados suelen ser insuficientes y en ocasiones insignificantes o hasta desfavorables.

## CAPÍTULO PRIMERO

### CONSIDERACIÓN GENERAL

Examinaré las normas de protección de los derechos humanos de los individuos<sup>1</sup> pertenecientes a un sector de la población numeroso y vulnerable: los menores de dieciocho años, o bien, si se prefiere, los niños y los adolescentes en los países americanos,<sup>2</sup> a la luz del derecho interamericano de los derechos humanos, vertiente regional del derecho internacional de esta materia, que constituye, hoy día, una normativa creciente y cada vez más imperiosa,<sup>3</sup> acogida en los

<sup>1</sup> Tómese en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) señala: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. De ahí el alcance individual de los derechos y de las correspondientes garantías, sin perjuicio de que unos y otras consideren el marco colectivo en el que toman raíz y sentido. Véase mi trabajo “Dos temas recurrentes: debido proceso y derechos de indígenas”, en García Ramírez, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 277 y 278.

<sup>2</sup> La XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que adoptó las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (que desarrollan los principios contenidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano”, Cancún, 2002), manifiestan que “...se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (1). A la cabeza de los factores de vulnerabilidad, mencionan la edad (tanto menores de edad, en todo caso, como adultos mayores, en determinadas circunstancias (5 y 6).

<sup>3</sup> En la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 (a la que me referiré como Declaración y Programa de Acción de Viena) se pone énfasis en

ordenamientos y la jurisprudencia de un buen número de países del hemisferio.<sup>4</sup> Por supuesto, todavía es largo el camino de la recepción nacional, sembrado de obstáculos y reticencias.

Estamos en un campo en construcción o en reconstrucción, tanto o más que las restantes áreas de derechos humanos. La expansión es constante, y los pasos deben ser conducentes al fin procurado: correr la frontera, a sabiendas de que hay tensiones (exitosas) de signo contrario. Con razón se ha referido Luigi Ferrajoli a “la refundación... de un derecho de la infancia basado en la garantía de sus derechos”.<sup>5</sup> Otro tanto se puede decir, 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.

Advirtamos que ni las normas ni las decisiones jurisdiccionales sobre esta materia han obtenido pacífico consenso; la dis-

la relevancia del tema: la Conferencia “...reitera el principio de ‘los niños ante todo’ y, a este respecto, subraya la importancia de que se intensifiquen los esfuerzos nacionales e internacionales, especialmente los del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, con objeto de promover el respeto del derecho del niño a la supervivencia, la protección, el desarrollo y la participación” (45).

<sup>4</sup> Sobre la recepción interna del derecho internacional de los derechos humanos, en el ámbito americano, me remito a García Sayán, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323 y ss.; así como Krsticevic, Viviana y Tojo, Liliana (coords.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*, San José, CEJIL, 2007; Abramovich, Víctor et al. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto-Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-Canadian International Development Agency, 2007, y de García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2008, pp. 168 y ss. y 227 y ss.; y “Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2008, p. 677.

<sup>5</sup> “Prefacio” a García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998, p. XI.

cusión y la crítica son muy acentuadas. En lo personal, rehúyo las expresiones dogmáticas o pontificales: doy puntos de vista, no más que eso. La conciencia sobre diferencias y movimientos en este campo ahuyenta (o debiera ahuyentar) las afirmaciones concluyentes, *urbi et orbi*. Sugiere, en suma, aliviar el dominio de las opiniones propias con una regla de medida. Es mucho, todavía, lo que deberemos andar en la reflexión y el progreso sobre estas cuestiones.

Ahora bien, un órgano jurisdiccional que se pronuncia en torno a estos temas, a partir de consultas generales o sentencias particulares, no puede mantenerse, con cautela, al margen de las grandes definiciones. Es preciso que las exprese, con claridad y suficiencia, conforme a su tiempo y a su circunstancia, en la inteligencia de que cada pronunciamiento será la base —el peldaño, digamos— para proseguir el ascenso. Ésta es, a mi modo de ver, la situación que guarda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha enfrentado, cada vez más, el tema de los niños y adolescentes, y que seguramente lo hará en el futuro —cercano y distante— “corriendo siempre la frontera”.<sup>6</sup> No hablo de “progresividad deliberada” en la jurisprudencia —bajo una suerte de política judicial—, sino de avances constantes a la luz de mayores y mejores reflexiones, que pongan al día la jurisprudencia internacional. Por lo demás, es esto lo que siempre acontece en el desarrollo jurisprudencial interno, si no abandona el signo del progreso y la justicia.

El mayor problema de fondo cuando se tiene a la vista una decisión de gran alcance o la resolución de un conflicto que atañe a menores de edad es la necesidad de zanjar la difícil, compleja relación entre el poder (político o social) y el niño o adolescente; relación que tiene larga historia —tanto como la historia misma de la humanidad, desde la formación de los primeros núcleos familiares— y arraiga muy hondamente en convicciones y tradiciones, tabúes, rebeliones, liberaciones. Nada de

<sup>6</sup> García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2008, pp. 398 y ss.

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.

Ha habido, desde luego, innovaciones de gran calado en el curso de las últimas décadas. En rigor, la renovación del derecho aplicable a los menores de edad —en muchos frentes; entre ellos el frente de la justicia penal o parapenal, a la que aquí dedicaré atención especial— es cosa de un siglo largo y activo. Digamos que el santo y seña general de ese siglo renovador 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, bajo criterio de especificidad, extremos sobre los que luego volveré.

Sin embargo, los hechos resisten a las normas: se rebelan contra los códigos, para emplear la antigua expresión elocuente. 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”.<sup>7</sup> Una notable tratadista argentina, 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”;<sup>8</sup> el “...desafío sigue siendo cómo traducir derechos en hechos”.<sup>9</sup>

Esto se ha planteado, con gran evidencia, incluso en países que han desplegado un esfuerzo mayor en el rumbo del progreso, con eficacia innovadora. Tal es el caso de Brasil, que analiza Emilio García Méndez, otro estudioso reconocido, a propósito del Estatuto del (la) Niño y del Adolescente. En esta hipótesis —apunta el profesor argentino— se suscita una doble crisis: por una parte, de implementación; por la otra, de interpretación. En

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. XIV.

<sup>8</sup> Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, *La aplicación de los tratados...*, *cit.*, nota 4, p. 293.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 295.

esta segunda dimensión el problema no se plantea por la complejidad del ordenamiento, sino por la disminución, que éste entraña, del subjetivismo y la discrecionalidad de los aplicadores, acostumbrados a manejar otras referencias.<sup>10</sup>

Bien dice García Méndez que, pese a todo, subsiste la necesidad y la pertinencia de la utopía —una “modesta utopía”, señala, citando a Lewin—,<sup>11</sup> que representa la única racionalidad posible. Esta expectativa tenaz, voluntariosa, ilusionada, debiera caracterizar, por cierto, todos los afanes de progreso: en el orden de los menores de edad, pero también en los otros planos, tan asediados, del sistema jurídico, atravesado por las tensiones entre las fuerzas que se niegan a dejar el escenario de la historia y las que no acaban de instalarse en él.

Ahora bien, nada de esto significa, en modo alguno, que no haya avances en este territorio, así sean insuficientes y se hallen en constante riesgo, como todo el régimen de los derechos humanos. Es preciso reconocerlos, para no negar o desalentar el esfuerzo de quienes los han alcanzado, sin que esto signifique desconocer los errores y las carencias ni desvanecer la exigencia de nuevos desarrollos. Hay que afianzar, en suma, los espacios 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,<sup>12</sup> que debemos cotejar permanentemente con los datos de la realidad.

<sup>10</sup> “Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Temas penales diversos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 341 y 342.

<sup>11</sup> “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía”, *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 38, “Justicia y seguridad”, julio-diciembre de 2003, p. 441.

<sup>12</sup> Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y Plan de Acción para la Aplicación de la Declaración Mundial, aprobados por la “Cumbre Mundial a favor de la Infancia”, Nueva York, 1990. La

Recordemos, en el curso de estas reflexiones, que reaparece la circunstancia, frecuentemente invocada, de los países en desarrollo,<sup>13</sup> que integran un marco específico para la realización de los “buenos propósitos”. Y subrayemos que hay espacios en el ámbito de los derechos humanos —particularmente los de “primera generación”: civiles y políticos, que penetran hondamente los de “segunda”— en los que el subdesarrollo no tendría por qué alterar o demorar los pasos hacia adelante, ni alcanzaría a justificar retornos o retrocesos. Tal es, sólo por ejemplo, el caso del acceso a la justicia, gran tema a propósito de los menores de edad. Más bien habría que poner el acento en la vulnerabilidad de los niños y adolescentes en esos medios, como lo hace la Declaración Mundial de 1990.

Insistamos, por supuesto, en que la justicia penal, tan “generosamente” 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, que “...no admite la legitimación de ninguna excepción”.<sup>14</sup>

Declaración indica: “Hemos decidido adoptar y aplicar un Plan de Acción que sirva de marco de referencia para la realización de actividades nacionales e internacionales más específicas...” (24). “Nos comprometemos a hacerlo no sólo para la generación actual, sino también para las generaciones venideras...” (25). Y el Plan señala que “...tiene por objeto servir de guía a los gobiernos nacionales, las organizaciones internacionales, los organismos bilaterales de asistencia, las organizaciones no gubernamentales y todos los demás sectores de la sociedad para la formulación de sus propios programas de acción que garanticen la aplicación de la Declaración de la Cumbre Mundial en favor de la infancia” (1).

<sup>13</sup> Declaración Mundial..., *cit.*, nota 12, punto 20.10.

<sup>14</sup> Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 189.

El Estado de policía vela en la sombra, dispuesto a reaparecer, como ha observado E. Raúl Zaffaroni.<sup>15</sup> Bien que el orden internacional, tan dispuesto, con razón, a la lucha contra las expresiones más graves de la delincuencia que trasciende fronteras, no olvide que el combate al crimen no debe victimar, como primera baja en el campo de batalla, los derechos humanos. En este sentido es alentador el rumbo adoptado por la Convención Interamericana contra el Terrorismo.<sup>16</sup>

Este género de consideraciones devuelve la reflexión hacia aquel tema central que mencioné, la solución a la pugna entre el poder (político y social) y los derechos emergentes de los menores de edad, esto es, hacia la cuestión de la democracia y el papel que ésta juega sobre los derechos de los niños y adolescentes, y el que éstos tienen, a su turno, sobre el desenvolvimiento de la democracia, vista en una dimensión integral que no se contrae a

<sup>15</sup> “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, San José, Unión Europea-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1996, p. 15.

<sup>16</sup> El artículo 15 de la Convención lleva el epígrafe “Derechos humanos”. El párrafo primero de este precepto señala que “...las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”. El párrafo segundo previene que quedan incólumes los derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, y particularmente las normas de las Cartas de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. Finalmente, el párrafo tercero asegura los derechos y garantías de los detenidos, los encausados y las personas contra quienes se adopten medidas vinculadas a la lucha contra el terrorismo, en los términos de la citada Convención. La AG/RES.1906 (XXXII-0/02) “Derechos humanos y terrorismo”, impulsada por México, dispuso “...reafirmar que la lucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto a la ley, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas para preservar el Estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el Hemisferio” (1); y “...corroborar el deber de los Estados miembros de garantizar que todas las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo se ajusten a las obligaciones del derecho internacional” (2).

las cuestiones electorales. Al respecto, alecciona Alessandro Barratta: “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”.<sup>17</sup>

En este trabajo se verá el progreso jurisprudencial interamericano en el trato de los temas concernientes a menores de edad, niños o adolescentes. Se ha obtenido al cabo de opiniones consultivas, sentencias, decisiones sobre medidas provisionales y acerca de cumplimiento de sentencias. Es verdad, como se ha comentado, que el mayor acento queda en los temas vinculados a la jurisdicción y a los procedimientos y medidas aplicables en supuestos de conflicto con la ley penal, pero también lo es que la Corte se ha ocupado —*infra*, OC-17/02— en el examen más amplio de la materia, y ha incidido, como veremos, en consideraciones relevantes en torno al derecho a la protección de la vida, en su dimensión positiva. Esto último implica el abordaje de una zona de frontera entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por la otra, en ocasión de pronunciamientos sobre menores de edad, que se proyectan —en función de su alcance y materia— hacia otros sujetos.

<sup>17</sup> “Infancia y democracia”, *Infancia, ley y democracia...*, *cit.*, nota 5, p. 41.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

En el abordaje de nuestro tema acudo, naturalmente, a un concepto central, sobre el que gira la presente exposición: derechos humanos. Conviene despejar el sentido de las palabras. Al referirme a 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 condición 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 esas voces— son el baluarte de la dignidad humana, la garantía de vida y calidad de vida, libertad y desarrollo de potencialidades, justicia y despliegue personal.

También me he referido ya —y lo haré alguna otra vez, *infra*— a las “generaciones de derechos humanos”.<sup>18</sup> Se ha cuestionado el empleo de esta expresión, a la que se atribuye, en ocasiones, la intención o el efecto de establecer categorías entre derechos humanos, asignando a unos rango superior al que se reconoce a

<sup>18</sup> Sobre generaciones de derechos humanos, concepto polémico, *cfr.* Bidart Campos, Germán F., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 195 y ss. Asimismo, Rey Cantor, Ernesto y Rodríguez Ruiz, María Carolina, *Las generaciones de derechos humanos. Libertad-igualdad-fraternidad*, 2a. ed., Bogotá, Página Maestra Editores, 2003.

otros. No saludo, obviamente, este sentido que pudiera atribuirse a la expresión “generaciones de derechos humanos”. Los derechos civiles y políticos, por una parte, y los económicos, sociales y culturales, por la otra, poseen la misma jerarquía;<sup>19</sup> se requieren y condicionan mutuamente; son indivisibles;<sup>20</sup> la valoración sobre la eficacia de los derechos, mirados como el escudo total del ser humano, ha de practicarse a la luz —o a la sombra— de la experiencia sobre el conjunto. Desde esta perspectiva, válida para todos los derechos y todas las personas, se ha examinado el caso específico de los derechos del niño.<sup>21</sup>

Sucede, sin embargo, que las relaciones de derechos no han aparecido simultáneamente. Esta simultaneidad no ha ocurrido siquiera en el marco de cada uno de aquellos subconjuntos. Por

<sup>19</sup> Empero, resta un largo camino para que efectivamente se instale la práctica de igualdad e indivisibilidad entre los derechos de ambas vertientes. *Cfr.* Sepúlveda Carmona, Magdalena, “La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos”, en Courtis, Christian *et al.* (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005, p. 277.

<sup>20</sup> La Declaración y Programa de Acción de Viena puntualiza: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso” (5). El preámbulo del Protocolo de San Salvador expone “...la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos... sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”. *Cfr.* García Ramírez, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 9, julio-diciembre 2003, y *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José, Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional, 2004, pp. 87-113; asimismo, Parra Vera, Óscar *et al.*, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 23.

<sup>21</sup> El Comité de los Derechos del Niño asegura que los derechos de ambos sectores son interdependientes e indivisibles (Observación general núm. 5, 2003, punto 7).

ejemplo, entre los derechos civiles y políticos —de primera generación— el catálogo de la Revolución americana o de la Revolución francesa fue muy reducido, si se le compara con el que hoy día advertimos en el mismo subconjunto. La historia de los derechos humanos, acreditados inicialmente en el orden interno y luego en el internacional, comienza en el capítulo de “ciertos” derechos civiles y políticos y se desenvuelve, tiempo más tarde, en el de “algunos” derechos económicos, sociales y culturales.

La expresión “generaciones de derechos” sólo corresponde, pues, a la aparición en la escena, al surgimiento histórico de las fórmulas respectivas; de ahí se desprenden sus virtudes como herramienta para seguir ese curso y observar su desenvolvimiento, explicarlo y acaso adelantar el desarrollo futuro. La diferencia —no jerárquica— trasciende a los instrumentos internacionales mundiales y regionales. El punto delicado en todo esto reside en el carácter exigible de determinados derechos y en la denominada “justiciabilidad” de éstos, a la que me referiré adelante.

Paso a referirme, brevemente, a una cuestión terminológica que acaso reviste, para muchos analistas de esta materia, una relevancia mayor —como cuestión conceptual o referencia histórico-política de grandes definiciones—, como la suelen tener las expresiones que traen consigo cierta carga histórica que se pretende relevar, al amparo de otras pretensiones respetables, por palabras que supriman la huella de aquéllas. En el ámbito del derecho penal y procesal penal —sin que esta invocación implique, ahora mismo, que reconduzco a los menores hacia ese ámbito; se trata sólo de una referencia para fines expositivos— han sido frecuentes esos relevos: reo por inculpado o imputado, interno por preso o recluso, etcétera. Estas preocupaciones, que aprecio, han llegado al tema de los niños y adolescentes, quizá más en América Latina que en Europa.<sup>22</sup>

Las precisiones que siguen —en las que dejo a salvo preferencias válidas, que ciertamente respeto— obedecen sólo al propó-

<sup>22</sup> Escobar, Guillermo (dir.), Federación Iberoamericana de Ombudsman, *Niñez y adolescencia. III Informe sobre derechos humanos*, Madrid, Trama Editorial, 2005, p. 17.

sito de evitar que la exposición de fondo naufrague en cuestiones terminológicas, que pudieran convertirse en banderas para identificar corrientes en pugna y alejar la hora de los consensos —por supuesto, no para retroceder, sino para avanzar— que necesitamos en esta materia, hasta donde sea posible alcanzarlos. En fin, ¿hablaremos de niños, niñas<sup>23</sup> 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? Evidentemente, debemos identificar y designar al grupo humano sobre el que ahora trabajamos, así como a sus integrantes. Por lo pronto, diré que en este trabajo utilizo indistintamente las expresiones menores de edad y niños, niñas y adolescentes.

Ya dije que los derechos de los integrantes de aquel grupo atienden a la 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. Hay otros grupos en semejante —pero no idéntica— situación, es decir, con derechos universales y derechos específicos: mujeres, ancianos, discapacitados, indígenas. Y no se diga que todos estos agrupamientos se erigen a partir de elementos que disminuyen o desvalorizan.

Hagamos una rápida relación sobre el empleo de conceptos. Un documento panorámico señala que “el texto internacional más relevante” habla de “niños”, expresión a la que se añade “niñas”; ésta es una forma de “...superar, también en el lenguaje, la tradicional discriminación entre sexos, que afecta igualmente a la niñez y adolescencia”.<sup>24</sup> En España y Portugal, la legislación

<sup>23</sup> El uso de las expresiones niño y niña, innecesario desde la perspectiva del idioma español, pudiera serlo desde el ángulo de la reivindicación de género. De ahí su empleo frecuente en documentos, normas y prácticas. La Declaración y Programa de Acción de Viena no omite puntualizar: mujer y niña, cuando dice que “Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales...” (18).

<sup>24</sup> Federación Iberoamericana de Ombudsman, *Niñez y adolescencia...*, cit., nota 22, p. 17.

alude a “menores”; en América Latina se prefiere emplear los términos “niños”, “niñas” y “adolescentes”. Aquí se piensa que el término “menores” pudiera ser “...peyorativo, pero ésta no es una postura mayoritariamente compartida en toda la región”.<sup>25</sup> En México, por ejemplo, se adoptó la expresión “menores infractores” en la propia Constitución política<sup>26</sup> (además del curso amplio de la voz “menores” en otros campos), situación modificada por la reforma de 2005 al artículo 18 constitucional.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> García Ramírez, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, pp. 95 y ss. En la reforma de 1964-1965 prevaleció la orientación tutelar. Al cabo de algún tiempo hubo cuestionamientos sobre la eficacia o pertinencia de ese modelo, incluso en la etapa de claro predominio de dicha orientación. *Cfr.* Programa Nacional de Prevención del Delito, *Justicia y tratamiento del menor infractor en México*, México, Porrúa, 1986, pp. 22 y ss. En 1991 se emitió la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, sobre la cual hubo diferentes y discrepantes opiniones. Con optimismo, Antonio Sánchez Galindo consideró que a partir de la vigencia de esa ley (que ha sido relevada, merced a la reforma constitucional de 2005): “...la cultura de la legalidad y la naturaleza garantista de los mandatos legales en (ella) contenidos, han permeado la administración de justicia de menores infractores”. *Las víctimas de la justicia de menores en México y Latinoamérica*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2000, p. 129.

<sup>27</sup> Sobre esta reforma constitucional, *cfr.* las opiniones de César Camacho Quiroz, Angélica de la Peña, Luis González Plascencia, Rubén Vasconcelos Méndez y Mónica González Contró, así como mi punto de vista, que constan en Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (coord.), *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Memorias del Seminario Internacional*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, pp. 72 y ss. y 365 y ss. De González Plascencia, sobre la reforma constitucional, *cfr.* *La política criminal en materia de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en México*, México, Procuraduría General de la República-Programa de Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en México, Unión Europea-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006, pp. 133 y ss. Igualmente, *cfr.* el parecer de Ruth Villanueva Castilleja acerca de diversos proyectos de reforma, en *Los menores infractores en México*, México, Porrúa, 2005, pp. 216 y ss., y su punto de vista sobre el nuevo texto del artículo 18, en “La reforma al artículo 18 constitucional y su impacto en el sistema de menores infractores”, *Panorama internacional sobre justicia penal...*, *cit.*, nota 10, pp. 351 y ss.

El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), al que *infra* me referiré con mayor detalle, habla de la protección del niño, pero no define este concepto. Alude, así, a “...las condiciones de protección que su condición de menor requiere”.<sup>28</sup> El precepto 5.5 del mismo instrumento se refiere a menores.<sup>29</sup> La Convención de Naciones Unidas, de 1989, que ha tenido el mayor impacto sobre el ordenamiento jurídico de esta materia en el mundo entero, se refiere así al niño, “...ser humano menor de dieciocho años”, pero no ignora el concepto de menor: la caracterización de niño no prevalece cuando el sujeto “...haya alcanzado antes (de cumplir dieciocho años) la mayoría de edad”.<sup>30</sup> Visto el punto desde otro ángulo, digamos que el mayor de edad cesa de ser niño, es decir, menor de edad: he aquí la equivalencia de conceptos.

En las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, sobre las que volveré, 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”.

Se dice, en suma, que la noción de niño y adolescente se halla vinculada a determinada ideología acerca de esta materia, en tanto que la de menor lo está a otra, contrapuesta. Esos conceptos abarcan, en sus casos respectivos, diversas situaciones concer-

<sup>28</sup> “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (artículo 19, CADH).

<sup>29</sup> “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento” (artículo 5.5, CADH).

<sup>30</sup> “Para los efectos de la presente Convención, se 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” (artículo 1o.). Previamente a este instrumento, tómanse en cuenta, por lo que hace al sistema de Naciones Unidas: Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, y Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños..., del 3 de diciembre de 1986.

nientes a los sujetos que designan: en efecto —dice el Instituto Interamericano del Niño— “...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”.<sup>31</sup> Bajo la doctrina de la situación irregular —escribe García Méndez— la infancia se define a partir de la protección, y no ésta, como debe ser, a partir de la infancia. Generalmente se ha entendido que el deber de protección corresponde a los adultos, si se trata de niños, y al Estado, si se trata de menores.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no desconoció, en su jurisprudencia, la noción jurídica sobre la mayoría de edad, vinculada a la capacidad de actuar, esto es, a la capacidad de ejercicio en los términos regularmente acogidos por el derecho civil, con proyecciones en otros órdenes normativos. Al hacer este reconocimiento, el tribunal afirmó con énfasis lo que siempre resulta indispensable asegurar: todas las personas, independientemente de aquella capacidad, “...son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”.<sup>32</sup>

En la Opinión consultiva OC-17/02, pronunciamiento básico de la jurisprudencia interamericana sobre la materia que ahora examinamos, la Corte IDH sostuvo, sin entrar innecesariamente en el debate terminológico, que “...para los fines que persigue esta opinión consultiva, es suficiente la diferencia que se ha he-

<sup>31</sup> Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A núm. 17, párr. 15 (p. 14). Villanueva Castilleja —que escribe sobre “mitos y realidades” en el ámbito que ahora examinamos— no comparte este deslinde entre niños y menores. Sostiene: “...no existen en realidad dos categorías que atiendan a las características antes mencionadas, ya que existen tanto niños como menores integrados al seno familiar, desintegrados participes en el ámbito educativo o excluidos del mismo y esta apreciación no tiene ningún fundamento semántico, sociológico ni jurídico, por lo tanto es falsa”. *Los menores infractores...*, cit., nota 27, p. 227.

<sup>32</sup> *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, OC-17/02, cit., nota 31, párr. 41.

cho entre mayores y menores de 18 años”.<sup>33</sup> En diversos pasajes de la opinión el tribunal alude al menor o a los menores.

Proyectemos esta denominación hacia el ámbito de las conductas típicas realizadas por sujetos que no han alcanzado dieciocho años de edad y que han superado cierta edad mínima prevista por las normas nacionales. Se alude, pues, a los transgresores o infractores, atendiendo al significado radical de esta última expresión: infractor es quien infringe una norma. Tiene ese carácter, en consecuencia, el menor de edad, niño, niña o adolescente, que incurre en una conducta prevista como delito por la ley. Con esta expresión se evita hablar de criminal o de delincuente, del mismo modo que al emplear la palabra “interno” se evita hablar de “preso”.

Es preciso puntualizar que una respetable 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 aquellos conceptos. Por su parte, las Directrices de Riad, que constituyen un documento destacado en la normativa —los estándares contemporáneos— de la materia, ponen en guardia frente al empleo de expresiones que pudieran prohijar comportamientos negativos.<sup>34</sup> He aquí, una vez más, la preocupación por el peso de las palabras en el marco de ciertas circunstancias.

En fin de cuentas, y a manera de conclusión en torno al tema que se aborda en este apartado, es preciso reconocer el valor político o emotivo de las palabras, que confieren cierto tono a los conceptos que con ellas se capturan y desarrollan e inciden sobre la actuación de los titulares de derechos y de los sujetos obligados. Con las palabras se contribuye a forjar una cultura, y esto

<sup>33</sup> *Ibidem*, párr. 40.

<sup>34</sup> “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 ‘predelincente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable” (I.5.f).

parece ocurrir en lo que atañe a los sujetos que interesan a nuestra actual reflexión. Aquí —especialmente en América Latina— las denominaciones con que se identifica a esos sujetos han sido banderas enarboladas para reprobar determinado rumbo seguido en años anteriores, ya distantes, y propiciar un nuevo derrotero, que aún no arraiga en donde es preciso que lo haga: los hechos.

Como sea, se ha aclimatado en nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia el empleo preferente de las voces “niños” —y “niñas”— y “adolescentes”, pero esto no impide o proscribire el uso de la antigua expresión “menores de edad”, no a título de sujetos disminuidos, sino de individuos que todavía no han traspuesto la frontera que franquea el acceso a la mayoría de edad, entendida como oportunidad de ejercicio de ciertos derechos. En suma, la denominación que se elija debe preservar lo que más importa: la calidad del sujeto como titular de derechos, nunca como mero objeto de protección: “cosa” del Estado, sometido a conmiseración o beneficencia, ya que no justicia. La jurisprudencia de la Corte, como hemos visto, ha marchado en esa dirección: no impugna palabras, que emplea con claridad y mesura, asignándoles el valor que les corresponde en el contexto en que se utilizan.

## CAPÍTULO TERCERO

### DERECHO Y JUSTICIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES (O MENORES DE EDAD)

Se ha construido, de tiempo atrás, un ordenamiento o una disciplina o una rama del orden jurídico —sea que se deposite en un solo documento,<sup>35</sup> solución que ofrece dificultades casi insuperables, sea que se distribuya en diversos códigos y leyes— concerniente a los niños y adolescentes o menores de edad.<sup>36</sup> Es así que el derecho objetivo rescata las especificidades de estos sujetos en el marco de las prevenciones generales: políticas, civiles, 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: autonomía por lo que hace a los ordenamientos (códigos del menor, por ejemplo), a las instituciones correspondientes (incluso las jurisdiccionales) y a la doctrina que analiza la materia. Obviamente, la autonomía

<sup>35</sup> En alguna etapa floreció la idea de consolidar la materia en códigos para el menor, con amplia recepción de temas. Un antiguo tratadista, Mariano Ruiz Funes, resumió en los siguientes extremos las líneas generales de estos ordenamientos: protección a la madre y a los hijos, prenupcial, prenatal, postnatal, en la primera y la segunda infancias, escolar, laboral y jurídica, defensa moral de los menores, patronatos y organización del personal a cargo de las tareas conducentes a obtener los fines propuestos por tan extensa legislación. *Cfr. Criminalidad de los menores*, México, Imprenta Universitaria, 1953, pp. 330 y 331.

<sup>36</sup> Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de menores*, México, Porrúa, 1987, pp. 352 y ss.

de una rama o disciplina del derecho no puede desentenderse de conceptos generales e ideas de alcance universal que gravitan sobre todas; no es posible construir el sistema jurídico *ex novo*, so pretexto de especialidad. 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: “la tal mentada autonomía” del derecho de “...menores en realidad constituía una autonomía (total) del derecho constitucional”.<sup>37</sup>

Si hacemos de lado 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. Es en este sentido —no en el de rechazo de los valores y principios constitucionales— que se puede hablar, con cautela, de autonomía normativa, jurisdiccional y científica.

Atenta al derecho forjado para los menores de edad —con el alcance o sentido que he mencionado—, surge una “justicia de menores”. Dónde ubicarla, ¿como función del Estado y expresión de política, o como servicio público de justicia? Por supuesto, este emplazamiento se conecta con las características del Estado y de la sociedad en las que aquélla se construya, 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 se refieren a la justicia para menores “...como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional”.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> García Méndez, “Introducción” a *Infancia, ley y democracia...*, *cit.*, nota 5, p. 3. Asimismo, “Adolescentes y responsabilidad penal...”, *Panorama internacional sobre justicia penal...*, *cit.*, nota 10, p. 339.

<sup>38</sup> 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 con-

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.<sup>39</sup>

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; esto es, garantizar que quien invoca un derecho pueda lograr, efectivamente, que arraigue en la realidad —“su” realidad— la promesa de justicia. En el caso de los menores, esto 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.

Hay diversas caracterizaciones del acceso a la justicia, que enlaza con conceptos constantemente invocados, como plena defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva. Es preciso distinguir el alcance de cada una de estas expresiones, que no son sinónimas, pero también es indispensable aceptar —para fines prácticos: los que interesan al justiciable, muy distante del discurso académico— que todas alojan una misma aspiración y demandan un concentrado esfuerzo por atender, de la manera más amplia, pronta y eficaz, la aspiración del titular de un derecho.

El acceso a la justicia posee diversas facetas. Destaquemos dos: *justicia formal*, que implica la posibilidad de plantear y acreditar las pretensiones ante un órgano público (o privado, subrogado) competente para resolver sobre ellas a través de un pro-

tribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad” (regla 1.4).

<sup>39</sup> “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” (regla 30.4).

cedimiento regular y expedito; y *justicia material*, que aguarda la satisfacción de la formal y reside en el reconocimiento del derecho alegado, cuando hay razón suficiente: dar a cada quien lo suyo. El gran problema contemporáneo de la justicia radica en este doble acceso (y a menudo sólo en el primero, condición del segundo); si no lo hay, naufragan el derecho y la justicia.

Es por eso que Mauro Cappelletti sostiene, con razón, que el acceso a la justicia es “...el más fundamental de todos los derechos”.<sup>40</sup> Relacionéase 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”.<sup>41</sup> Y vincúlese estas expectativas con el establecimiento y la operación del debido proceso, “...piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es, por excelencia —refiere Cecilia Medina—, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia del Estado de derecho”.<sup>42</sup>

Cuando Pedro Bertolino estudia el derecho a recibir justicia y 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”.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Cappelletti, Mauro y Garth, Bryanth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

<sup>41</sup> “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 1981*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, 1982, p. 24.

<sup>42</sup> *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003, p. 267.

<sup>43</sup> Ponencia nacional (Argentina) para el XII Congreso Mundial de Derecho Procesal (México, 2003). *Cit.* García Ramírez, *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004, p. 31.

Por supuesto, la justicia ha sufrido innumerables vicisitudes; en ellas —y en sus naufragios numerosos— está la fuente de la desconfianza pública que rodea el desempeño de los juzgadores. Si esto ocurre en todos los ámbitos, con salvedades honorables e infrecuentes, resulta aún más visible y dramática —habida cuenta de los bienes en juego— la insuficiencia o incompetencia de la justicia penal. Invoquemos aquí otra reflexión de Zaffaroni: la “...tradicción literaria y popular consagra largamente la afirmación del carácter discriminatorio de la justicia penal”.<sup>44</sup> Y la de menores —cuando se agita, como objeto del proceso, una conducta típica— se halla cerca de la penal, aunque no la confundamos con ella.

En el examen de la situación de los niños y adolescentes o menores de edad desde la perspectiva de los derechos humanos, hay que reiterar que la justicia especializada en aquellos justiciables, a menudo desvalidos y vulnerables, 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, inserto o diluido en otros órdenes de la conducta diseñados para sujetos diferentes, que presentan necesidades y características distintas.

Como corolario sobre este apartado, conviene volver sobre la autonomía del derecho de los menores. Se trata de un conjunto normativo que nutre una disciplina relevante; tiene objeto propio, suma importancia —en función de los sujetos que abarca y de los objetivos que pretende— y desarrollo vigoroso. Pero no es ni puede ser —sigo aquí los conceptos de García Méndez— au-

<sup>44</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Justicia penal y discriminación”, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de la Comunidad Europea, 1993, p. 273.

tonomía frente o contra la Constitución, o mejor todavía, frente o contra los valores y principios que anidan en la ley fundamental de una sociedad democrática. La autonomía de aquel derecho y el signo de la justicia que conforme a él se administra debe quedar al servicio de los sujetos de derecho cuyo desarrollo integral se pretende, no en contra suya.

En las relaciones jurídicas que vienen al caso son sujetos el niño y el adolescente; también la familia —con personalidad jurídica propia o sin ella—, la sociedad —constantemente invocada— y, por supuesto, el Estado. La autonomía de un sistema jurídico tan extenso y complejo tiene un hilo conductor: el desarrollo de los menores de edad; a él se disciplinan los deberes y los poderes de los otros sujetos comprendidos por esa misma rama autónoma —si lo es— del ordenamiento.

## CAPÍTULO CUARTO

### PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si se habla de protección o tutela de los derechos humanos de las personas en general y de los menores de edad en particular, hay que aludir en primer término a los instrumentos nacionales, habida cuenta de que la primera línea de defensa —y de ofensa, por supuesto— reside en los Estados, obligados por sus propias normas —tradiciones e ideologías, en su caso— a reconocer y garantizar los derechos primordiales de los sujetos que se encuentran bajo su jurisdicción.

En lo que atañe a los niños y a los adolescentes, las Constituciones los reconocen como titulares de los derechos que esos ordenamientos supremos proclaman —concernientes a los individuos en general, sin discriminación—, y algunas contienen, asimismo, mandamientos específicos de protección.<sup>45</sup> Corresponden éstos 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”.<sup>46</sup>

Al impulso de la nueva —relativamente— concepción universal sobre el culto y el cultivo del ser humano (su radical digni-

<sup>45</sup> Federación Iberoamericana de Ombudsman, *Niñez y adolescencia...*, cit., nota 22, p. 353.

<sup>46</sup> *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. Miguel Carbonell, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, pp. 8, 9 y 19. Igualmente, “Prefacio”, a *Infancia, ley y democracia...*, cit., nota 5, p. XII.

dad; su valor supremo, profundo e inamovible, fuente de toda actuación legítima del Estado y la sociedad) y acerca del derecho como marco y medio para la recepción y aplicación de aquélla, el derecho internacional de los derechos humanos, al que antes me referí, recoge un conjunto de protecciones internacionales: declaraciones, tratados y garantías (jurisdiccionales y no jurisdiccionales). Veamos algunas de sus principales expresiones en los órdenes mundial y regional americano.

En el plano mundial, donde tienen presencia diversos órganos vinculados a la protección general de niños y adolescentes o a la tutela de éstos en subsistemas específicos,<sup>47</sup> rige la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 1989. Suscrita por casi todos los Estados de la comunidad internacional —con dos salvedades—,<sup>48</sup> 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. Propicia una “...reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos del nuevo pacto”.<sup>49</sup> Instituye un Comité de Derechos del Niño, instancia de supervisión.<sup>50</sup> La Convención a la que ahora me refiero alude a los

<sup>47</sup> Principalmente, UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia); asimismo: OIT, FAO, UNESCO, ACNUR, OMS.

<sup>48</sup> Estados Unidos de América y Somalia.

<sup>49</sup> García Méndez, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, *Infancia, ley y democracia...*, *cit.*, nota 5, p. 26.

<sup>50</sup> “Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño” (artículo 43), cuyas funciones detalla el mismo precepto. Este cuerpo “...genera a través de las Observaciones generales, bases jurisprudenciales relativas a la interpretación y aplicabilidad de diferentes temáticas y disposiciones establecidas en la Convención”. Véase Liwski, Norberto Ignacio, “Hacia un sistema integral de justicia y políticas públicas acordes con el marco jurídico internacional”, *Memorias del Seminario Internacional...*, *cit.*, nota 27, p. 30. Tómese en cuenta, asimismo, la intervención general que corresponde al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, instituido por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y al

deberes internacionales de los Estados en esta materia: respeto y garantía, así como adopción de medidas que permitan alcanzar esos designios.<sup>51</sup>

En lo que toca a infracciones penales, el artículo 40 de la Convención de 1989 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”.<sup>52</sup>

Son muy apreciables las excelencias de la Convención, que ofrece, sin embargo, flancos para la crítica, como suele ocurrir en tratados que congregan múltiples puntos de vista, intereses, pretensiones, costumbres, tensiones nacionales. Mary Beloff advierte que las deficiencias de la Convención favorecieron el consenso de los Estados: reservas incompatibles con el objeto y el fin del

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por el Pacto de esta especialidad.

<sup>51</sup> El artículo 2.1 señala que “...los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción”. El artículo 4o. previene que “...los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”; 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.

<sup>52</sup> La regla 17.1, a de Beijing fija una triple exigencia para la operación de la proporcionalidad que justifica la restricción de derechos: “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”.

tratado,<sup>53</sup> limitaciones a derechos arraigadas en conceptos tradicionales; débil exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; insuficiente mecanismo de control frente a la actuación de los Estados;<sup>54</sup> ausencia de temas polémicos y adopción de estándares imprecisos. Entre otros puntos cuestionables, menciona que la Convención fue “...plantada 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”.<sup>55</sup>

En lo que corresponde al continente americano, reconocemos que hay ámbitos pendientes de ordenamientos regionales que enriquezcan, con datos específicos, el *corpus juris* de los derechos humanos. Tienen que ver —o tendrían que ver, mejor dicho— con ciertos temas y determinados grupos humanos, a los que se han referido, en mayor o menor medida, los organismos de protección regional: así, 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

<sup>53</sup> En la Declaración y Programa de Acción de Viena, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos “...insta a los Estados a que retiren las reservas a la Convención sobre los Derechos del Niño que sean contrarias al objeto y la finalidad de la Convención o incompatibles con el derecho internacional convencional” (46). En sentido similar se pronunció la Observación general núm. 5 del Comité de los Derechos del Niño (13 y ss.)

<sup>54</sup> Liwski, miembro del Comité, manifiesta que en materia de justicia penal aquél “...ha advertido escasos avances por parte de los Estados y en algunos casos políticas pendulares, respecto de la aplicación de las normas internacionales”. Identifica tres situaciones: a) países en que ha habido reformas legales consecuentes con la normativa internacional, pero éstas “...no se expresan en reformas institucionales que den efectiva aplicación a esas normas”; b) países en que se observa “...ausencia de legislación específica armonizada con la Convención sobre los Derechos del Niño”, y c) países en que existe “...formulación de leyes cuyo contenido se contraponen con los principios y disposiciones de la Convención y con las reglas de Beijing, pero que además ignoran la existencia de leyes específicas preexistentes”. “Hacia un sistema integral...”, *Memoria del Seminario...*, *cit.*, nota 50, pp. 42-45.

<sup>55</sup> “Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en Argentina”, *La aplicación de los tratados...*, *cit.*, nota 4, pp. 256 y ss.

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.<sup>56</sup> No sobra recordar que en el marco del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria se ha pronunciado sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño (1979 y 1990) y que existe un Convenio sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, de 1996, que favorece el acceso a la justicia. Y en el marco de la Unión Europea cabe mencionar la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 1992.

Ya me referí a otros textos internacionales, de alcance mundial, sobre cuestiones específicas relacionadas con menores (con acento en los temas de la justicia): Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil (Directrices de Riad, 1990), y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Tokio, 1990).

Vayamos ahora al espacio americano. Existen instancias de promoción y protección: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, cuya historia —pronto centenaria— ha cruzado las diversas etapas de la política y la legislación sobre esta materia;<sup>57</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

<sup>56</sup> *Cfr.* el discurso de Gabino Fraga, presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al presentar el proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Conferencia de San José, Costa Rica, en “Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos”, San José, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y documentos, Washington, D. C., Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, reprint, 1978, pp. 430-431.

<sup>57</sup> Este organismo, con sede en Montevideo, fue creado en 1924 por el IV Congreso Panamericano del Niño, y quedó instituido en 1927 como Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia; fue incorporado a la Organización de los Estados Americanos en 1962. Tiene la encomienda de “...co-

que cuenta con una Relatoría Especial de la Niñez, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha ocupado frecuentemente en los temas de la niñez y la adolescencia y ha emitido criterios importantes que ya integran una doctrina jurisprudencial estimable.<sup>58</sup>

La normativa interamericana relevante para nuestro tema en el ámbito de los derechos humanos —dejo de lado, pues, otras materias que interesan, desde perspectivas diferentes, a los menores de edad—, 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 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”.<sup>59</sup>

En el *corpus juris* regional de los derechos humanos, el tema que ahora examinamos figura tanto en la Convención Americana, de la que deriva la jurisprudencia de la Corte IDH, 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 de mayor alcance objetivo o subjetivo: pena de muerte (artículo 4.5), integridad personal, o mejor aún, proceso y tratamiento (artículo 5o.) y libertad de expresión (artículo 13).

operar con los Estados miembros (de la OEA) para la promoción del desarrollo de actividades e instrumentos técnicos que contribuyan a la protección integral del niño, niña y adolescentes, y al mejoramiento de la calidad de vida de ellos y de sus familias” (artículo 2o.).

<sup>58</sup> En torno a esta materia, *cf.* González Espinoza, Olger I., “Obligaciones internacionales de los Estados respecto de los niños y las niñas a la luz del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Memorias del seminario internacional...*, *cit.*, nota 27, pp. 181 y ss.

<sup>59</sup> “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

En el régimen de la Convención Americana es crucial el artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Esta disposición tiene precedente en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que pone énfasis en la tutela igualitaria de los niños —con la acostumbrada referencia a posibles motivos de discriminación, todos desechados— y en la especificidad de las medidas de protección que es debido aplicar en esta hipótesis. Además, contiene un segundo párrafo sobre la inscripción y el nombre del niño y el derecho de éste a adquirir una nacionalidad.<sup>60</sup>

En el proyecto que generó la Convención suscrita en 1969 en San José, el artículo 18 —que al cabo de las deliberaciones sería 19— contaba con dos incisos, evidentemente inspirados en el Pacto Internacional 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.<sup>61</sup>

La deliberación fue breve. La Comisión I conoció el proyecto, en sesión del 14 de noviembre de 1969, en la que sólo hubo una sugerencia de cambio; en efecto, el delegado de Uruguay 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”.<sup>62</sup> El delegado de Brasil sugirió la consideración de estos temas al examinar los derechos económicos y sociales. Así se acordó, sin mayor debate.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Ese artículo 24 dispone: “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

<sup>61</sup> Decía el proyecto de inciso b) que el niño tiene derecho “...a adquirir la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”.

<sup>62</sup> Véase “Conferencia Especializada...”, *Actas y documentos, cit.*, nota 56, p. 231.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 232.

Nótese, pues, que el precepto convencional contiene referencias de suma importancia, alguna de las cuales va más allá —en cuanto 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, que no se plantea del mismo modo en el supuesto de otros derechos y libertades. Además, la inclusión del artículo 19 en la CADH abre la puerta al control de convencionalidad por parte de la jurisdicción interamericana, en la vía de la consideración contenciosa (además, obviamente, de la consultiva) de la conducta de agentes públicos y privados (según la obligación de vigilancia, diligencia o garantía del poder público).

El Protocolo de San Salvador, de 1988, retoma el derecho de la niñez, específicamente, además del impacto que otros derechos económicos, sociales y culturales puede tener —y tiene— sobre la situación jurídica de los menores de edad: en los órdenes de la familia y el trabajo, por ejemplo. El artículo 16 del Protocolo,<sup>64</sup> alusivo a esos derechos de la niñez, no figura entre los preceptos que abren la puerta a la justiciabilidad de derechos de segunda generación; esta justiciabilidad puede plantearse directamente, en cambio, a propósito del derecho a la asociación sindical y el derecho universal a la educación.<sup>65</sup> No obstante este tratamiento restrictivo, es claro que la Corte puede conocer —y ha conoci-

<sup>64</sup> Bajo el epígrafe “Derechos de la niñez”, el artículo 16 manifiesta: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

<sup>65</sup> El artículo 19.6 del Protocolo acota la justiciabilidad de los derechos que contempla sólo a dos extremos, a saber: asociación sindical (artículo 8, a) y educación (artículo 13).

do— 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. Existe, pues, un medio para reforzar la protección del menor, pese a la exclusión de justiciabilidad con respecto al artículo 16 del Protocolo de San Salvador.<sup>66</sup>

Ya mencioné que la Convención Americana contiene igualmente algunas alusiones relevantes a la situación de los menores, incluidas en preceptos de tema general. Tal es el caso, 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;<sup>67</sup> el artículo 5.5, que examina, bajo el rubro de “Derecho a la integridad personal”, una materia que debió quedar alojada en otro lugar de la Convención: características del enjuiciamiento de los menores procesables,<sup>68</sup> y 13.4: censura de espectáculos “para la protección moral de la infancia”.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Sobre la vía para apreciar derechos económicos, sociales y culturales a partir de violaciones a derechos civiles y políticos, conforme a la experiencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, *cfr.* Delmas-Marty, Mireille, “Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho. Curso: Lo relativo y lo universal. Los puntos débiles del universalismo jurídico”, trad. de Marta M. Morales Romero, p. 12, [www.college-de-france.fr](http://www.college-de-france.fr).

<sup>67</sup> Sea la minoridad, sea la edad avanzada: “...no se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta...”. Aunque no me propongo tratar ahora las cuestiones concernientes a esta última categoría de sujetos, conviene mencionar que el Protocolo de San Salvador considera la “Protección de los ancianos”, epígrafe del artículo 17. Prevé el derecho a protección especial a través de instalaciones, alimentación y atención médica especializada; programas laborales específicos y organizaciones sociales para mejorar la calidad de vida.

<sup>68</sup> “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

<sup>69</sup> El artículo 13.4, acerca de libertad de expresión, proscribe la censura previa tema ampliamente estudiado por la jurisprudencia consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana. Empero, establece la posibilidad de aplicar censura previa en espectáculos públicos “...con el exclusivo objeto de regular el acceso

La Corte Interamericana, cuyos criterios en torno a los menores de edad quedan sujetos a examen en este artículo, ha hecho una fuerte contribución al desenvolvimiento del sistema protector de los derechos humanos, y por lo tanto, al reconocimiento, con todas sus consecuencias, de la dignidad del individuo en el marco del derecho interamericano y de los derechos nacionales que lo han acogido en un prolongado ejercicio de recepción interna. El desarrollo de la jurisprudencia marcha en esa dirección, que congrega la renovación constitucional, legal y jurisprudencial interna en la actual etapa de progreso —cada vez más solicitado o exigido— del estatuto contemporáneo del ser humano; en éste figuran, con prestancia, el niño y el adolescente.

a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”, sin perjuicio del inciso 2o. del mismo precepto, que excluye la censura previa y prevé las responsabilidades “ulteriores” que pudieran plantearse en contra de quien incurra en conductas ilícitas al ejercer el derecho a la expresión.

## CAPÍTULO QUINTO

### PLANTEAMIENTOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como se sabe, la Corte Interamericana de Derechos Humanos posee una múltiple competencia en cuestiones jurisdiccionales, que he analizado en cuatro extremos: consultiva, contenciosa, preventiva y ejecutiva (o de supervisión).<sup>70</sup> Los asuntos de niños y adolescentes (o menores de edad) figuran en el amplio horizonte de los pronunciamientos que la Corte ha emitido en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, con diversas formulaciones y distintos alcances.

Aquí mismo recordamos que las opiniones consultivas, que han formado parte del cimiento de la jurisprudencia interamericana —vinculada, durante los años del inicio, a la emisión de opiniones consultivas, más que de sentencias—, poseen un elevado valor político, ético, jurídico, aun cuando la Corte no se haya referido a ellas como fuente de obligaciones imperiosas de los Estados —posición acogida por algún Estado y por cierto sector de la doctrina—, en tanto las sentencias, que dirimen controversias y sujetan a las partes, están dotadas de ese mérito vinculante que obliga al cumplimiento. En el tema que ocupa las presentes reflexiones, la Corte ha avanzado tanto a través de pronuncia-

<sup>70</sup> En diversos trabajos analizo esta múltiple competencia; así, *cfr.* “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana”, *La jurisdicción interamericana...*, *cit.*, nota 1, pp. 87 y ss.; *La Corte Interamericana...*, *cit.*, nota 4, pp. 51 y ss. y 116, y ss., y “Raíz, actualidad y perspectivas...”, *XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, *cit.*, nota 4, pp. 655 y ss.

mientos consultivos —OC-17 y OC-18, que examinaremos—, como de sentencias que culminan litigios, abundantemente citadas en los lugares pertinentes, e incluso de medidas provisionales de tutela y cautela con las que se pretende proteger la materia del enjuiciamiento, asegurar el cumplimiento de la sentencia y amparar derechos en riesgo inmediato y grave.

Conviene observar que el tribunal interamericano se ha ocupado en el examen de derechos en general, desvinculados de la posición individual o colectiva de sus titulares, que es el supuesto más frecuente; y de derechos vinculados con la pertenencia de sus titulares a grupos específicos, generalmente comunidades e individuos en riesgo o vulnerables por diversos factores: indígenas, extranjeros, niños o menores de edad, mujeres, migrantes, personas privadas de libertad, discapacitados.

No pretendo analizar ahora los criterios adoptados por el tribunal en el análisis de los asuntos concernientes a niños de los que hasta ahora ha conocido. Para ello me valdré, más bien, de la exposición que haré, *infra*, acerca de los principios que prevalecen en la materia. En ese punto expondré las tesis sustentadas con respecto a los derechos de niños y adolescentes, y posteriormente me referiré, en forma sintética, a ciertos aspectos del régimen de reparaciones en los que viene al caso la condición de la víctima como menor de edad.

Me parece pertinente, sin embargo, dar noticia aquí de la formación de la Opinión consultiva OC-17/02, que constituye el documento más relevante —por comprensivo— formulado por la Corte Interamericana, así como de la Opinión consultiva OC-18/03, en la que hubo una breve alusión a los migrantes menores de edad. De ninguna manera pretendo sostener o insinuar que aquella opinión constituye, ya, un punto de llegada final: es apenas una estación en la marcha, necesariamente constante, inagotable, de la jurisprudencia de un tribunal internacional que analiza las circunstancias, recoge los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos y contribuye a éstos con sus propios criterios, siempre sujetos a reconsideración y evolución.

Cabe recordar que la Federación Iberoamericana de Ombudsman ha recomendado a los Estados “...adecuar plenamente el sistema de enjuiciamiento de los menores de edad en latinoamérica, a los postulados de la Opinión consultiva 17/2002”.<sup>71</sup>

La OC-17/02 fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de marzo de 2001. La consulta destacó ciertas cuestiones mayores que requerían precisión a la luz de los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana.<sup>72</sup> Obsérvese el marco de la solicitud: esos preceptos se refieren a garantías judiciales, el primero, y a protección judicial, el segundo. Señaló la Comisión Interamericana, a título de antecedentes, que ciertas legislaciones y prácticas en países americanos ponen en segundo plano las garantías favorables a los menores, en aras de la protección que los Estados deben brindar a estos sujetos. Esto repercute sobre diversos derechos, que sufren menoscabo.<sup>73</sup>

La solicitante llamó la atención en torno a lo que denominó “premisas interpretativas”, que las autoridades estatales aplican cuando dictan medidas especiales de protección y que debilitan las garantías judiciales de los menores de edad.<sup>74</sup> Finalmente, pi-

<sup>71</sup> Asimismo, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a las Reglas de Beijing, *Niñez y adolescencia. III Informe...*, *cit.*, nota 22, p. 518.

<sup>72</sup> En la especie vino al caso, pues, la facultad que la Convención Americana confiere a la Corte para interpretar el propio Pacto de San José (primera parte del artículo 64.1), no así para pronunciarse sobre la compatibilidad de la legislación interna con los instrumentos internacionales acerca de derechos humanos aplicables en los Estados americanos (artículo 64.2). El procedimiento a seguir en estos casos se halla en los artículos 60, 63 y ss. del Reglamento de la Corte, y supone una amplia posibilidad de recepción de puntos de vista —por escrito o en audiencia pública— de los Estados miembros de la OEA, otras instancias de ésta y “cualquier persona interesada”, previa invitación o autorización del tribunal.

<sup>73</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 2o.

<sup>74</sup> Tales premisas conciernen a la incapacidad de juicio pleno, lo que reduce la participación del menor en las decisiones que le atañen: la invocación de los “mejores intereses del niño”, que deja las garantías en segundo plano; la consideración de las condiciones del entorno (por ejemplo, familia) como factores para la decisión, y la apreciación de que el menor se halla en “situación

dió a la Corte pronunciamientos específicos a propósito de las siguientes medidas, tomando en cuenta, como dije, las estipulaciones de los artículos 8o. y 25, CADH. Por la importancia de estas cuestiones, las reproduzco a continuación:

a) La separación de jóvenes de sus padres y/o familia, por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento; b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas, sino condiciones personales o circunstanciales del menor; c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías; d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa de (éste); e) la determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en la determinación.<sup>75</sup>

En el procedimiento de consulta participó un reducido número de países: México y Costa Rica. En los procedimientos correspondientes a otras opiniones, “vecinas” de la OC-17, hubo mayor intervención de Estados.<sup>76</sup> También recibió la Corte varios

irregular”, lo cual puede culminar en medidas normalmente reservadas para el supuesto de conductas delictivas. *Ibidem*, párr. 3o.

<sup>75</sup> *Ibidem*, párr. 4o.

<sup>76</sup> Así, en el procedimiento relativo a la OC-16 participaron El Salvador, República Dominicana, Honduras, Guatemala, México, Paraguay, Costa Rica y Estados Unidos de América (*cf.* CIDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva OC-16/99, del 1o. de octubre de 1999, párrs. 9-12 y 16; Canadá asistió como observador); y en el concerniente a la OC-18 estuvieron presentes México, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Canadá y Costa Rica (*cf.* Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, párrs. 7-10, 15, 20

escritos o escuchó diversas intervenciones en audiencia pública de *amici curia*.<sup>77</sup>

Es facultad de la Corte Interamericana —que ejerció en este caso— reestructurar la consulta, a fin de atenderla en forma sistemática, para beneficio de los fines que persigue una opinión consultiva.<sup>78</sup> La resolución, adoptada por mayoría de votos,<sup>79</sup> destacó el gran número de instrumentos internacionales existentes, emitidos en el siglo XX, a partir de la Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra, 1924), que constituyen un verdadero “...círculo de protección del niño”.<sup>80</sup> El tribunal se refirió tanto a la CADH como a la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha obtenido un amplio consenso internacional (*opinio juris comunis*), y refleja el desarrollo actual de esta materia.<sup>81</sup> Igualmente, tomó en cuenta otros instrumentos: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), de 1985; Directrices de las Naciones Unidas para la

y 32; estuvieron presentes, como observadores, Uruguay, Paraguay, República Dominicana, Brasil, Panamá, Argentina y Perú).

<sup>77</sup> Además del Instituto Interamericano del Niño y del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), hubo escritos o intervenciones en audiencia de varias organizaciones no gubernamentales: Coordinadora Nicaragüense de ONG’s, que trabaja con la Niñez y la Adolescencia, Instituto Universitario de Derechos Humanos, A. C., y otras organizaciones concurrentes en sus planteamientos (México), Fundación Rafael Preciado Hernández, A. C. (México), Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Comisión Colombiana de Juristas. *Cfr.* Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párrs. 9, 11, 13 y 15 (este párrafo abarca las pp. 11 y ss., en las que constan los argumentos de los participantes).

<sup>78</sup> *Ibidem*, párr. 37.

<sup>79</sup> El juez Oliver Jackman expresó su disidencia: “...el ‘objetivo’ de la solicitud es vago hasta casi el punto de carecer de significado, vaguedad que es agravada fatalmente por el ‘requerimiento’ de que la Corte formule ‘criterios generales válidos’. Esto es una invitación a efectuar una especulación puramente académica”. Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, pp. 143-145.

<sup>80</sup> *Ibidem*, párr. 26.

<sup>81</sup> *Ibidem*, párr. 29.

Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), de 1990, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990).<sup>82</sup>

Como señalé *supra*, la Corte no ingresó en el debate terminológico en torno al uso de las expresiones “niño”, “niña”, “adolescente”, “menor”: “...es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años”.<sup>83</sup>

Es verdad que a menudo se concentra el interés de un sector de los analistas y prácticos de esta materia en los aspectos penales, correccionales, procesales, etcétera, de la cuestión, con olvido —o con menor atención— de otros temas sustanciales, no obstante que de éstos derivan consecuencias que a su turno se reflejan en la actividad delictiva, antisocial, irregular, marginal —no agoto ni califico términos— de los niños y adolescentes.<sup>84</sup> La OC-17 fue más allá de la referencia a los procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños, y exploró los “Deberes de la familia, la sociedad y el Estado”, en un capítulo separado y anterior al análisis de los procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños.<sup>85</sup>

*Supra* mencioné otra opinión consultiva en que la Corte Interamericana hace referencia a la situación y los derechos de los ni-

<sup>82</sup> *Ibidem*, párr. 26.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párr. 40.

<sup>84</sup> “Llama la atención —escribe Mary Beloff— la forma en que los tribunales locales e internacionales se han concentrado en los aspectos relacionados con las garantías penales pero no se han pronunciado respecto a la protección de la infancia en general, cuando es sabido que el adolescente infractor es la punta del iceberg de un mundo de la infancia en el que están ausentes o muy deterioradas políticas públicas tanto universales cuanto específicas”. Agrega: “Ello ocurrió también con la Opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debía fijar estándares para la protección legal a los niños y se concentró sólo en la materia penal juvenil”. “Quince años de vigencia...”, *La aplicación de los tratados...*, *cit.*, nota 4, p. 285 y núm. 90.

<sup>85</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párrs. 62-91.

ños, cuando éstos enfrentan los severos problemas derivados de su condición migratoria. Se trata del documento “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, que recoge la Opinión consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, solicitada por México el 10 de mayo de 2002. En estos casos se reúnen varios factores que militan en contra de los titulares de derechos, sometiéndolos a graves condiciones de vulnerabilidad: edad, calidad de extranjeros, condición migratoria (irregular o indocumentada), pobreza.

En este caso, la Corte Interamericana acogió la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre “Protección de los migrantes”, que dispone “tener presente la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes”, y expresa preocupación por las “manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”. De ahí el pronunciamiento de la Asamblea General en el sentido de que los Estados debieran proteger “...plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica”.<sup>86</sup>

<sup>86</sup> Condición jurídica y derechos de los migrantes..., OC-18/03, *cit.*, nota 76, párr. 114.

## CAPÍTULO SEXTO

### PRINCIPIOS Y CRITERIOS QUE PREVALECE EN ESTA MATERIA

Del conjunto normativo sobre esta materia —recogido, analizado y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana— se desprende la rectoría de ciertos principios y criterios acuñados por el derecho nacional de factura reciente y por el derecho internacional de los derechos humanos,<sup>87</sup> bajo determinadas modalidades y matices. Hay que distinguir, desde luego, entre los principios políticos<sup>88</sup> que gobiernan la regulación de un tema —en la especie, principios políticos proyectados sobre el régimen de los niños y adolescentes—, las reglas técnicas que reciben y concretan en el orden sustantivo y adjetivo la aplicación de esos principios, y los criterios de la jurisdicción que acogen y aplican los principios y las reglas. En las siguientes páginas informaré sobre los temas y acerca de la posición de la Corte Interamericana frente a cada uno de ellos, con la misma pretensión de síntesis que caracteriza esta reflexión panorámica.

#### I. INTERÉS SUPERIOR

A la cabeza de esos principios figura el denominado “interés superior” del niño, la niña, el adolescente, el menor de edad. Se

<sup>87</sup> Villanueva Castilleja apunta cuatro principios generales a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño: no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y atención a las opiniones del niño en función de la edad y madurez. *Cfr. Los menores infractores...*, *cit.*, nota 27, pp. 27 y 28.

<sup>88</sup> Al respecto, *cfr.* García Ramírez, *Panorama del proceso penal*, *cit.*, nota 43, pp. 27 y ss.

trata del principio garantizador por excelencia, regla sustantiva proyectada sobre todos los extremos de la cuestión: la tarea legislativa, el desempeño jurisdiccional, la aplicación administrativa, las políticas públicas.<sup>89</sup> Aparece con frecuencia en los documentos concernientes al menor. Así, en 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, y asociado al desarrollo integral del menor, que abajo examinaré.<sup>90</sup> En la misma Declaración se le concibe como principio rector de la responsabilidad de los encargados de educar y orientar al niño.<sup>91</sup>

En la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, se le invoca con gran frecuencia.<sup>92</sup> 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 menciona

<sup>89</sup> “La no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia...”, indica la Declaración y Programa de Acción de Viena (21).

<sup>90</sup> “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (principio 2).

<sup>91</sup> “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres” (principio 7).

<sup>92</sup> 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. A partir de esta Convención —señala Villanueva Castilleja— “...el interés individual minoril se reafirma como interés superior del niño”. Véase, *Los menores infractores...*, *cit.*, nota 27, p. 36. Se trata —dice Carbonell— de “una especie de cláusula de prevalencia”, que prefiere el interés del niño sobre los demás intereses de edad”. *Cfr.* “Constitución y menores de edad”, en Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 16.

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).<sup>93</sup> En suma, 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.<sup>94</sup>

Desde luego, la idea de un “interés superior del niño” suscita cuestiones importantes y delicadas. 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.<sup>95</sup> Por otro lado, agreguemos, es claro que el interés superior del niño no se aprecia, pondera o actualiza desde el niño mismo —como pudiera suceder con respecto a otras categorías de sujetos, en sus casos respectivos—, sino desde fuera: el sujeto responsable del

<sup>93</sup> Mary Beloff observa, críticamente, “...la limitación a cada derecho que se reconoce en (la Convención)”, en conexión con “asuntos de interés del niño o por su interés superior”. “Quince años de vigencia...”, *La aplicación de los tratados...*, *cit.*, nota 4, p. 257; en el mismo artículo informa que numerosas sentencias, civiles o familiares, se fundan en este principio, pero no lo analizan; así, no se conoce la interpretación que le asigna el tribunal. *Cfr.*, *ibidem*, p. 290.

<sup>94</sup> “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).

<sup>95</sup> “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Infancia, ley y democracia...*, *cit.*, nota 5, pp. 75, 79 y 84. Villanueva Castilleja destaca la vinculación del principio de interés superior con el “principio de equidad aplicada a la justicia de menores”. Véase *Los menores infractores...*, *cit.*, nota 27, p. 37.

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, que apenas hallan cauce cuando se requiere el parecer del propio menor de edad, en supuestos de elección, duda o controversia. El problema no ha pasado inadvertido para la Declaración y Programa de Acción de Viena, cuando reconoce el carácter primordial de la no discriminación y el interés superior del niño en lo que respecta a todas las actividades concernientes a la infancia, y agrega: "...teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados" (21).

La Corte Interamericana entiende que el interés superior entraña un "principio regulador de la normativa de los derechos del niño", fundado en "la dignidad 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"; halla asiento, asimismo, en la naturaleza y los alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>96</sup> Obviamente, ese interés superior se debe analizar, definir y ponderar en cada caso, conforme a sus características y circunstancias. Es un postulado general, que cobra sentido en la aplicación que se haga a las cuestiones particulares.<sup>97</sup>

No es fácil acotar el sentido y el alcance del "interés superior" —concepto que viene al caso con respecto a menores de edad; no así en relación con otros sujetos de derecho—, aunque la caracterización que hace Cillero Bruñol resulta muy orientadora. Sucede que son porosas las fronteras entre este principio tan encumbrado y otros principios traídos a cuentas por la doctrina y la regulación jurídica. Entre ellos hay convergencias, penetraciones recíprocas, identidades que complican el deslinde. Por lo demás, lo que interesa no es tanto trazar linderos, sino sumar beneficios; de ahí —entre otros motivos— que haya optado por enunciar diversos principios, en la relación que figura en este apartado y

<sup>96</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párrs. 56 y 59.

<sup>97</sup> *Ibidem*, párr. 61.

en los siguientes, a sabiendas de que no siempre será sencillo el deslinde, y de que las expresiones de algunos pueden acomodarse igualmente a la naturaleza de otros.

## II. DESARROLLO Y PROTECCIÓN INTEGRALES

Mencionaré en segundo término el principio de desarrollo y protección integrales del niño y adolescente, ciertamente asociado con el interés superior al que antes aludí. Viene al caso el encauzamiento de la regulación y de las acciones —es decir, normas y políticas— a la atención del menor conforme al interés superior.

Es aquí que entran en colisión, según un sector de la doctrina, la idea de la situación irregular, “que legitima una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”, y el concepto de protección integral, “que expresa un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”; por esta vía se transita “...del menor como objeto de la compasión represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos”.<sup>98</sup>

Evidentemente, también en este ámbito sucede lo que señalé acerca del interés superior: el desarrollo integral, base de la protección de la misma naturaleza, se aprecia y mide desde fuera del niño, conforme a ciertos patrones o referencias culturales, siem-

<sup>98</sup> García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1994, p. 22. Asimismo, Beloff, “Protección integral de derechos del niño vs. Derechos en situación irregular”, *Memorias del Seminario Internacional...*, *cit.*, nota 27, pp. 99 y ss. (trabajo previamente publicado en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, pp. 1 y ss.). Para un análisis del tema de los derechos del niño, desde una perspectiva diferente, que recoge los extremos en pugna, *cfr.* González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 342 y ss.

pre opinables. Por lo demás, no es sencillo establecer un concepto de protección integral que logre pacífica admisión.<sup>99</sup>

En este apartado es pertinente mencionar la preocupación de la justicia interamericana, expuesta en diversos casos, por enfrentar fenómenos de estigmatización de menores o grupos de menores, que generan rechazo en contra de éstos y conducen a la realización —sistemática, como patrón de comportamiento autoritario— de violaciones de la vida y la integridad, tema que también concierne a la vigencia del principio de igualdad.<sup>100</sup>

La Corte ha insistido en el deber del Estado de procurar el desarrollo integral del niño y el adolescente, es decir, el despliegue de sus potencialidades, el acceso a su mejor destino, la realización —en su hora— de su “proyecto de vida”. En torno a este *desideratum* gira la obligación pública; también, por supuesto, las obligaciones de la sociedad y de la familia, mencionadas por la Convención Americana. El interés superior del niño, que implica realización cabal de sus derechos, queda bien servido cuando se provee al desarrollo integral a través de una protección igualmente plenaria. Obviamente, queda fuera de este espacio, en la etapa actual de la historia, cualquier pretensión reductora de los derechos e intereses del menor de edad: el desvalimiento, la mala situación, la irregularidad del medio o de las relaciones

<sup>99</sup> Beloff advierte: “no sabemos qué significa ‘protección integral’, ni siquiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha podido definir a la fecha”. Indica que esa noción ha sido tomada a partir de los años noventa 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...”. Véase “Quince años de vigencia...”, *La aplicación de los tratados...*, *cit.*, nota 4, p. 272 y núm. 59.

<sup>100</sup> Caso Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la calle”) (Guatemala), sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 189; caso Servellón García y otros (Honduras), sentencia del 21 de septiembre de 2006, párrs. 104, 110 y 112. La estigmatización se asocia a la condición de pobreza de niños y jóvenes, a los que se señala como delincuentes. *Cfr.* Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 116.

en las que se halla inmerso, no podrían desplazar —sino deberían propiciar— la protección integral con la mirada puesta en un desarrollo de la misma amplitud.

### III. TITULARIDAD DE DERECHOS

La idea de desarrollo y protección integrales supone la titularidad de derechos por parte del menor: derechos humanos o fundamentales, en general, y derechos humanos de carácter específico, como adelante señalaré: en suma, un estatuto de derechos y libertades que traduce y ampara la dignidad del ser humano menor de edad —niño, adolescente— y asume la necesidad de proveer condiciones jurídicas específicas conforme a las circunstancias del sujeto en desarrollo. Difícilmente podríamos decir que aquí exista un giro sustancial de la jurisprudencia interamericana, que invariablemente ha sostenido la condición jurídica del menor de edad, su calidad de sujeto de derechos; lo que en todo caso ha existido, en el curso del tiempo, ha sido la ponderación o puntualización sobre las implicaciones de esa calidad en ámbitos específicos o relaciones jurídicas concretas.

En este campo han entrado en colisión dos formas de considerar la posición del niño y el adolescente en el sistema jurídico general y especial: por una parte, reconocimiento de que el menor de edad es titular de derechos; por la otra, énfasis en el desvalimiento del sujeto y en el deber (y la facultad) de protección a cargo de la autoridad familiar y la autoridad estatal. Esto último, llevado al extremo, convertiría al individuo en objeto de tutela, más que en sujeto de derecho.<sup>101</sup> Cuando analiza el artículo 19, CADH, la Corte Interamericana ha sido enfática al establecer que los menores de edad son verdaderos sujetos de derecho y

<sup>101</sup> Villanueva Castilleja difiere de la idea de que la normativa tradicional trató al menor como objeto, no sujeto de derecho, a partir de la consideración de incapacidad jurídica de ejercicio de los derechos. *Cfr. Los menores infractores...*, *cit.*, nota 27, p. 227.

no sólo objeto de protección.<sup>102</sup> En este sentido es explícito el Estatuto del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.<sup>103</sup>

#### IV. ESPECIFICIDAD

Cuando aludimos a un principio de especificidad, debemos referirnos también, como factor de precisión que permita fijar el sentido y el alcance de los conceptos, al principio de igualdad y no discriminación. Estos son cruciales para el régimen total de los derechos humanos y la democracia; en su ausencia, aquéllos y ésta declinan, desaparecen.

La jurisprudencia interamericana ha avanzado en el examen de igualdad y no discriminación, por un lado, y especificidad, por el otro, a lo largo de diversas opiniones consultivas y sentencias. Reiteradamente ha sostenido el valor de *jus cogens* de la igualdad y no discriminación, con todo lo que ello implica. También reiteradamente ha observado que no toda diferencia de trato implica desigualdad o discriminación: por el contrario, hay medidas “diferenciales” que mejoran el acceso a la igualdad y se oponen con eficacia a la discriminación, en cuanto traen consigo el fortalecimiento de quienes serían, de otra suerte, desiguales y quedarían expuestos a mayor vulneración de sus derechos. Líneas abajo insistiré en estos conceptos. Es aquí donde ingresa a la reflexión la idea de vulnerabilidad: vulnerable, por supuesto, es el menor de edad.

<sup>102</sup> Aclara la Corte que cuando se redactó el artículo 19 —derechos del niño— “...existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades de niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección”. Véase Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 28.

<sup>103</sup> Su Estatuto le atribuye el cometido de “promover acciones orientadas a privilegiar el interés superior del niño, la niña y el adolescente, como sujetos plenos de derecho” (artículo 3.b).

Bajo este epígrafe me refiero a la previsión y provisión de medios específicos (además de los generales, aplicables a todas las personas) para la atención del menor de edad, conforme a su condición y a sus circunstancias.<sup>104</sup> Los Estados se hallan obligados, en los términos de la Convención sobre Derechos del Niño, a adoptar diversas medidas para la protección de los niños, a través de todas las instancias públicas: gobierno, parlamento y judicatura.<sup>105</sup> Cabe afirmar la existencia —coexistencia— de dos principios: juridicidad, que abarca a todas las personas: el universo completo, subjetivo y material, de los derechos humanos, y especificidad, que comprende a los integrantes de determinados grupos.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas subraya que los niños tienen derecho a protección a través de medidas especiales, de acuerdo con el artículo 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, además del disfrute de los otros derechos recogidos en ese instrumento y comunes a todas las personas. Agrega el Comité que “...a menudo los informes presentados por los Estados partes parecen subestimar esta obligación (de adoptar medidas especiales, además de las generales) y proporcionan datos insuficientes sobre la manera en que se garantiza a los niños el disfrute de su derecho a recibir protección especial”. Observación general 17 (1989), 1.

<sup>105</sup> En el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño —señala la Observación general 5 del Comité de los Derechos del Niño, de 2003— “...los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir una clara obligación jurídica para con todos y cada uno de los niños”. Esa Observación general —como también, previamente, la Observación 2, de 2002— se ocupa en detallar las generales de los Estados en esta materia.

<sup>106</sup> En diversas oportunidades he analizado estos principios. *Cfr.* mi trabajo “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, *Memorias del Seminario Internacional...*, *cit.*, nota 27, pp. 51 y ss. Carbonell hace notar que en la creciente constitucionalización de “parcelas de la vida humana”, ocurre un “...proceso de especificación de los derechos, gracias al cual los textos constitucionales ya no consideran a los sujetos de los derechos en forma abstracta (tratando como sujetos a ‘la persona’ o ‘al ciudadano’, por ejemplo) sino que toman en cuenta los distintos roles o características que las personas asumen o desarrollan en su vida, a fin de lograr una mejor protección”. Véase “Constitución y menores...”, en *Islas de González Mariscal y Carbonell, Constitución y justicia...*, *cit.*, nota 92, p. 1.

Evidentemente, especificidad no implica desigualdad en el sentido inadmisibles de la expresión; no trae consigo discriminación, sino igualación, o al menos corrección de los desequilibrios y apertura del espacio para el mejor acceso al ejercicio de los derechos y las libertades. En otros términos, se trata de agregar para reforzar, no de sustraer para debilitar. Corresponde examinar bajo esta óptica el régimen jurídico de los menores, y dentro de éste, el de los menores de edad sujetos a —o involucrados en— procedimientos judiciales o administrativos.<sup>107</sup>

Es así como se maneja esta materia en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>108</sup> y en la propia Convención de Derechos del Niño.<sup>109</sup> Aquél proscribe la discriminación en el universo de los menores de edad.<sup>110</sup> Otros instrumentos reconocen diferencias objetivas y permiten u ordenan tratamientos adecuados conforme a las condiciones del grupo o del caso.<sup>111</sup> En fin, no hay un *minus* en el estatuto del sujeto, sino un

<sup>107</sup> Acerca de la consideración de las características especiales de los menores de edad a través de un sistema específico de atención, *cfr.* Villanueva Castilleja, *Los menores infractores...*, *cit.*, nota 27, pp. 113 y ss.

<sup>108</sup> “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición” (artículo 10.3).

<sup>109</sup> Es preciso promover “...siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños (infractores) sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (artículo 40.3, b).

<sup>110</sup> *Cfr.* artículos 10.3 y 24.1; en el mismo sentido, artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>111</sup> En este sentido, tórnense en cuenta modalidades derivadas de la pertenencia a grupos minoritarios o indígenas (artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño); de la discapacidad que presenta el niño (*ibidem*, artículo 23.2; además, Declaración de Derechos del Niño, principio 5, y Declaración Mundial sobre Supervivencia, Protección y Desarrollo del Niño, punto 10), y de la condición de mujer cuando se trata de niñas, adolescentes y jóvenes reclusas (Declaración Mundial..., punto 11; y Reglas de Beijing, 26.4). La Declaración y Programa de Acción de Viena señala que “...deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, los niños abandonados, los niños de la

*plus*; los sujetos cuentan —dice Mary Beloff— “...con algunos derechos extra además de los que tienen todas las personas”.<sup>112</sup>

En las primeras líneas de este apartado me referí a la reflexión jurisprudencial acerca de la igualdad y la no discriminación, como en torno a los correctivos de la desigualdad material. Debo detenerme ahora en el examen de la jurisprudencia de la Corte IDH a propósito de la igualdad de todas las personas desde la perspectiva de los derechos humanos. Este principio, asociado a la no discriminación,<sup>113</sup> tiene el rango de *jus cogens*, “...puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”.<sup>114</sup>

La Corte ha examinado con frecuencia el tema de la igualdad y no discriminación, y en este examen ha fijado pautas que deben proyectarse sobre el régimen de los niños y adolescentes. Así, sostiene que no toda discriminación ofende la dignidad humana; la diferencia de trato establecida por una ley es reprobable cuando “carece de justificación objetiva y razonable”, como ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos. Hay diferencias de hecho que justifican desigualdad en el tratamiento jurídico.

calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades” (21). Aun cuando corresponde a cada Estado precisar las medidas pertinentes, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sugerido ciertas categorías en el doble ámbito de los derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales. *Cfr.* Observación general 17 (1989), 3.

<sup>112</sup> “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil...”, *Infancia, ley y democracia...*, *cit.*, nota 5, p. 91. En esto, entre otros factores, se funda —señala la autora— un sistema de responsabilidad penal juvenil. *Idem.*

<sup>113</sup> Generalmente las normas del derecho internacional (convencional) de los derechos humanos no mencionan la edad a la hora de enunciar los datos que suelen motivar normas o tratos desigualitarios y discriminatorios.

<sup>114</sup> Condición jurídica y derechos de los migrantes..., OC-18/03, *cit.*, nota 76, párr. 101.

Esta desigualdad legítima sirve al propósito de proteger al sujeto, considerando su desvalimiento.<sup>115</sup> En suma, el trato diferente no es *per se* discriminatorio en el sentido proscrito por la CADH.<sup>116</sup>

Abundan los supuestos en que la jurisprudencia interamericana fija o enfatiza actividades específicas del Estado en relación con los menores de edad. Recordaré ciertos lineamientos generales y algunas tareas, entre las más significativas. Se asegura que el Estado debe adoptar medidas para la plena protección de todos los derechos de los niños, no sólo de primera generación, sino también, destacadamente, derechos económicos, sociales y culturales,<sup>117</sup> lo cual nos coloca en el ámbito de la progresividad de estos derechos —terreno movedizo—, a la que se refieren tanto el artículo 26, CADH, como el artículo 1o. del Protocolo de San Salvador,<sup>118</sup> entre otras disposiciones internacionales. La jurisprudencia —nacional o internacional— no podría contemplar pasivamente el estancamiento o el retroceso cuando la norma ordena diligencia y progreso. Debe estar atenta en una doble po-

<sup>115</sup> *Ibidem*, párr. 46.

<sup>116</sup> *Ibidem*, párr. 55. La Convención Interamericana para Eliminar la Discriminación de Personas con Discapacidad señala, en el mismo orden de ideas que ahora interesa, que “...no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad...” (artículo 1.2.b).

<sup>117</sup> Condición jurídica y derechos humanos de los niños..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párrs. 87 y 88. En el caso del Instituto de Reeducación del Menor (Paraguay), la Corte IDH enfatizó que “...las medidas de que habla (el artículo 19 CADH) exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño abarcan aspectos económicos, sociales y culturales, que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de los niños”. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 149.

<sup>118</sup> Al respecto, la Corte IDH señaló que “...el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4o. de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles”. *Ibidem*, párr. 111.

sición: acogida judicial del reclamo contra medidas “diametralmente opuestas” a la realización progresiva de las estipulaciones de esta materia, por una parte; y bloqueo de las disposiciones regresivas, por la otra.<sup>119</sup>

La protección a cargo del Estado comprende tanto la conducta activa de los agentes estatales como la atención de éste hacia el comportamiento de terceros y la relación entre éstos y el menor de edad:<sup>120</sup> las omisiones del Estado implican incumplimiento de deberes generales y traen consigo responsabilidad internacional. En este sentido, ha sido enfática la jurisprudencia interamericana.<sup>121</sup>

Reviste señalada importancia la posición de la Corte Interamericana a propósito del derecho a la vida, analizado en casos que atañen a menores de edad. La tutela estatal no se contrae únicamente a los supuestos de privación arbitraria de la vida, ampliamente contemplados por el artículo 4o., a través de la mayoría de sus fracciones, sino se extiende a “la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas”: en tal virtud, el derecho a la vida se despliega como derecho a cierta calidad de vida: existencia y desarrollo, en inescindible binomio.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Zaffaroni, “La justicia como garante...”, *La justicia como garante de los derechos humanos...*, *cit.*, nota 15, p. 24.

<sup>120</sup> Condición jurídica y derechos humanos de los niños..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párrs. 87 y 88.

<sup>121</sup> *Cfr.* el parecer de la Corte en el tema de los derechos de trabajadores indocumentados, derivados de la relación establecida entre éstos y los empleadores particulares, en Condición jurídica y derechos de los migrantes..., OC-18/03, *cit.*, nota 76, párr. 104.

<sup>122</sup> Sostiene la Corte IDH: “...el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho de que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. Véase caso Villagrán Morales y otros, *cit.*, nota 100, párr. 144. Asimismo, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya

Resuenan aquí la letra y el espíritu del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que por supuesto no se contrae a los menores de edad, cuando proclama el derecho a “un nivel de vida adecuado”,<sup>123</sup> objetivo al que deben concurrir —en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño—, el Estado, los padres y otras personas responsables.<sup>124</sup> Esta cuestión ha sido fuente de una fecunda línea jurisprudencial interamericana, que guarda estrecho vínculo con la actualidad de los derechos humanos y la condición democrática y social del Estado moderno, por encima de deslices y extravíos que restauran la “mano invisible” incluso donde debiera operar, con fuerza, la visible mano del Estado en la tutela de personas vulnerables sujetas a su jurisdicción.

La jurisprudencia europea, por su parte, también ha destacado la obligación del Estado —de prevención efectiva: *effective deterrence*— en el sentido de regular las relaciones entre particulares —menores de edad en una institución asistencial para discapacitados— en forma que prevenga afectaciones al derecho a la vida privada y familiar (caso X y Y vs. Holanda, de 1985). La misma jurisprudencia dispone mayor diligencia del Estado —preventiva, indagatoria y punitiva—, considerando la corta edad del sujeto, cuando éste se halle sometido a investigaciones o medidas relacionadas con hechos sancionables conforme a la ley penal, a fin de evitar violaciones a los derechos del menor (caso Okkali vs. Turquía, de 2006).

En otras oportunidades se ha referido el tribunal interamericano a las medidas especiales que establece el artículo 19 y, ampliamente, a las medidas de protección destinadas a los menores,

(Paraguay), sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 177 (*cf.* mi voto particular en este caso, en García Ramírez, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, nota 4, pp. 545 y ss.), y caso de la Masacre de Mapiripán (Colombia), sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 162.

<sup>123</sup> “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”.

<sup>124</sup> *Cfr.* artículos 3 y 27.1.

tomando en cuenta sus circunstancias características.<sup>125</sup> Entre los temas puntuales recogidos en la jurisprudencia figuran la reprobación del reclutamiento de menores en las fuerzas armadas,<sup>126</sup> el reproche por la negativa de registro civil y de facilidades educativas,<sup>127</sup> etcétera.

La regla de trato diferente, sustentada por la Corte IDH, alcanza directamente al régimen del menor de edad “en conflicto con la ley penal”, como se suele decir, o en situación de riesgo, peligro, abandono, conducta irregular, ilícita o conflictiva,<sup>128</sup> conjunto de expresiones dirigidas a establecer el deslinde terminante entre la realización de conductas penalmente típicas, por una parte, y los comportamientos o situaciones que se hallan fuera de esa categoría. Igualmente, la jurisprudencia examina la organización y práctica del procedimiento judicial o administrativo.

<sup>125</sup> Caso Villagrán Morales y otros (Guatemala), *cit.*, nota 100, párr. 196 (entre las medidas especiales que derivan del artículo 19 “...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”); caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri (Perú), sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 164 (“...el concepto ‘medidas de protección’ puede ser interpretado tomando en cuenta otras disposiciones” del derecho internacional de los derechos humanos concernientes a menores de edad); caso de la Masacre de Mapiripán (Colombia), *cit.*, nota 122, párr. 153 (en el mismo sentido que la sentencia anterior: remite a la Convención sobre los Derechos del Niño y al Protocolo II de los Convenios de Ginebra); caso de las Masacres de Ituango (Colombia), sentencia del 1o. de julio de 2006, párrs. 244 y 246 (se refiere a la vulnerabilidad especial de los menores en una situación de conflicto armado interno).

<sup>126</sup> Caso Vargas Areco (Paraguay), sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrs. 112-114. La Declaración y Programa de Acción de Viena dan cuenta de la solicitud de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos al Comité de los Derechos del Niño de “...que estudie la cuestión de elevar a 18 años la edad mínima de ingreso a las fuerzas armadas” (50).

<sup>127</sup> Caso de las Niñas Yean y Bosico (República Dominicana), sentencia del 8 de septiembre de 2005, párrs. 167 y 186.

<sup>128</sup> La Corte Interamericana examina “imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo”. Véase *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, *cit.*, nota 31, párrs. 104 y ss.

Como se sabe, en este ámbito —reducto de problemas innumerables— han entrado en colisión las corrientes de pensamiento y las normas y prácticas derivadas de ellas, que analizan y resuelven diversamente el posible conflicto entre el poder y el menor de edad. Prolifera el debate y abundan las reformas legales, no siempre acompañadas, en verdad, de transformaciones prácticas, apremiantes y lejanas.

Cuando se examina la reacción pública —e incluso privada— frente a la conducta del menor, vienen al caso la licitud de esa conducta y, más todavía, su conformidad con los patrones de comportamiento regularmente establecidos y aceptados. En el derecho penal ordinario, el problema se resuelve —en una etapa— bajo la luz de la tipicidad: no es delictuosa ni punible la conducta atípica, que pudiera interesar a otros efectos, no a los fines del orden penal. En el caso de los menores se ha operado una larga y lenta evolución: desde la confusión prácticamente total —con sus naturales implicaciones— entre comportamiento típico, infractor e irregular, hasta el deslinde estricto entre estos extremos.

Tras un complejo y accidentado desarrollo,<sup>129</sup> prevalece esta última dirección, tanto en ordenamientos internos —con salvedades— como en el derecho internacional de los derechos humanos. De ahí la afirmación rotunda del principio de tipicidad de la conducta como supuesto para la intervención penal o parapenal —otro punto debatible— del Estado. Las conductas delictuosas atribuidas a menores deben hallarse descritas en la ley penal,<sup>130</sup>

<sup>129</sup> Véase un buen panorama informativo en *Infancia, adolescencia y control social en América Latina* (Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre el Delito y la Justicia (UNICRI)-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); García Méndez, Emilio y Carranza, Elías (coords.), Buenos Aires, Depalma, 1990.

<sup>130</sup> Así se prevé en el artículo 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que remite a las leyes nacionales o internacionales en el momento de la comisión de la conducta. En las Directrices de Riad se dice: “A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea conside-

lo cual conduce a considerar la firme jurisprudencia de la Corte a propósito del principio de tipicidad contenido en el artículo 9o. de la Convención Americana, tanto en lo que toca al rigor en la formulación de las descripciones de conductas ilícitas<sup>131</sup> como en lo que atañe al alcance de la potestad tipificadora y sancionadora del Estado, que ciertamente no es ilimitada,<sup>132</sup> cuestiones, ambas, que también acuden al ámbito de los menores de edad.

En la escena de estas preocupaciones entran temas característicos del derecho penal: así, imputabilidad y culpabilidad. Si asociamos aquélla con la capacidad de responsabilidad ante instancias penales o parapenales, o bien con el ingreso del individuo al ámbito de validez subjetiva de la ley penal ordinaria, surge la necesidad de definir “edades límite”, tanto en el peldaño inferior (sustracción del menor a cualquier reacción punitiva, parapunitiva o correccional del Estado, dejándolo en el ámbito pedagógico y asistencial) como en el superior (ingreso del sujeto al ámbito del derecho penal ordinario).

La Corte Interamericana se refirió a la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, y agregó: “Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal”. Recogió la advertencia de las Reglas de Beijing: la imputabilidad penal “...no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstan-

rado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven” (56).

<sup>131</sup> Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 121.

<sup>132</sup> *Cfr.* mis votos particulares en las sentencias correspondientes a los casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, sentencia del 21 de junio de 2002, y De la Cruz Flores, del 18 de noviembre de 2004, en García Ramírez, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, Guadalajara, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente-Universidad Iberoamericana. Ciudad de México-Universidad Iberoamericana. Puebla-Universidad de Guanajuato, 2005, pp. 115 y ss. y 325 y ss., respectivamente.

cias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual [del niño]” (4). No ingresó la Corte en el tema de la responsabilidad (penal) derivada de la culpabilidad.<sup>133</sup>

Los derechos y las garantías procesales son aplicables a todas las personas, pero es indispensable adoptar medidas específicas con el propósito de que los menores “gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”, habida cuenta de las condiciones en las que se encuentran.<sup>134</sup> En este sentido, es preciso correlacionar las garantías consagradas en los artículos 8o. y 25 de la CADH con las prevenciones del artículo 19 del mismo instrumento, “...en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”.<sup>135</sup> Sostiene el tribunal que “...es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”.<sup>136</sup>

La protección internacional de los derechos humanos en relación con niños y adolescentes alcanza múltiples cuestiones relativas al procedimiento en diversas áreas; destaca, por su mayor visibilidad —no necesariamente por su mayor importancia, que es común a todos los sectores del enjuiciamiento—, la materia

<sup>133</sup> García Méndez indica que los adolescentes son y deben ser inimputables penalmente (ni proceso ni sanciones ni instituciones para adultos), pero deben ser responsables de sus actos (típicos, antijurídicos y culpables). *Cfr.* “Adolescentes y responsabilidad penal...”, *Panorama internacional sobre justicia penal...*, *cit.*, nota 10, p. 345. Por su parte, Beloff entiende que en los términos de la sentencia de la Corte Suprema de Argentina en el caso Maldonado —sentencia que aprueba— “...menor edad no significa... inimputabilidad y, en consecuencia, ausencia de culpabilidad por carencia de un requisito estructural, sino que significa menor culpabilidad. Esta es una definición fundamental en la construcción de una nueva respuesta estatal a los delitos de los adolescentes”. Véase “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil...”, *La aplicación de los tratados...*, *cit.*, nota 4, p. 289.

<sup>134</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 98.

<sup>135</sup> *Ibidem*, párr. 95. También, caso del Instituto de Reeducación del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párr. 209.

<sup>136</sup> *Ibidem*, párr. 96.

penal. Aquí, como en otras especialidades, se carga el acento en órganos competentes (tribunales o instancias administrativas), características de los funcionarios que atienden estos servicios, desarrollo del procedimiento, etcétera.

En este campo, la jurisprudencia interamericana afirma la observancia de principios y normas del debido proceso, y enuncia aspectos relevantes de éste, que, como se sabe, es un fenómeno de múltiples facetas cuyo designio se concentra en el acceso a la justicia y la plena defensa del justiciable. Hay conceptos colindantes y, en algún caso, equivalentes, que traen a cuentas los medios de la jurisdicción aplicados al proyecto de justicia.<sup>137</sup>

El artículo 5.5, CADH, contiene una clara estipulación, que se refiere tanto al presupuesto del proceso como a la orientación y estructura de éste cuando se trata de menores de edad: “tribunales especializados”. El juzgador deberá ser, pues, un órgano independiente, imparcial y competente —que implica especialidad—, “...cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales”. Adviértase la suma de referencias: carácter del tribunal (juez natural y verdadero: independiente e imparcial), legalidad, especialidad, aplicación de criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, y posible ejercicio de potestades discrecionales<sup>138</sup> —siempre sujetas a preocupación y cuestionamiento—.

<sup>137</sup> La Constitución italiana —destaca Ennio Amodio— emplea la expresión “juicio justo” (artículo 111), que “revela adhesión a los valores ético-políticos situados por encima de la ley escrita, deducidos de la naturaleza y de la razón conforme a los postulados del jusnaturalismo”. *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 133.

<sup>138</sup> Las Reglas de Beijing permiten (habida cuenta de las diversas necesidades de los menores) “...un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones” (regla 6.1).

Los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionan diversos componentes del debido proceso,<sup>139</sup> tema al que también se refieren las Reglas de Beijing,<sup>140</sup> y que ha recogido la Corte Interamericana.<sup>141</sup> Ésta invoca las disposiciones contenidas en los textos internacionales correspondientes a esta materia y a sus destinatarios específicos, los menores de edad, y señala que las reglas del debido proceso “...sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia”.<sup>142</sup> Por supuesto, la ley nacional puede y debe ampliar los derechos enunciados en los instrumentos internacionales,<sup>143</sup> que no son el punto de llegada, sino un punto de partida o una estación mejorable cuando se trata de reconocer y garantizar derechos y libertades.

<sup>139</sup> Así, presunción de inocencia, información sobre cargos, juicio sin demo-  
ra ante juez que reúna condiciones de independencia, imparcialidad y compe-  
tencia, asistencia jurídica, exclusión de apremios indebidos, impugnación ante  
órgano superior, servicio de intérprete, respeto a la vida privada.

<sup>140</sup> “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas”, que ejemplificativamente enuncia la regla 7.1.

<sup>141</sup> Ésta enumera elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar  
medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales (caso  
del Instituto de Reeducción del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párr. 211);  
2) cuando sea necesario el proceso judicial, el tribunal dispondrá de diversas  
medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedi-  
miento, control respecto a la manera de tomar su testimonio y regulación de la  
publicidad; 3) margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales  
en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administra-  
ción de justicia (*ibidem*); 4) preparación y capacitación especiales, en derechos  
humanos y psicología infantil, de quienes ejerzan esas facultades (*ibidem*).

<sup>142</sup> La condición jurídica y los derechos humanos de los niños..., OC-17/02,  
*cit.*, nota 31, párr. 116.

<sup>143</sup> Mary Beloff se refiere, en este sentido, a las extensiones aportadas por  
la Ley 26061 de Argentina: “Ley de protección integral de los derechos de los  
niños, las niñas y los adolescentes”. Comenta que en materia penal se ha regis-  
trado un cambio considerable en los tribunales, que introducen las garantías del  
debido proceso en los juicios de menores de edad, con invocación de los instru-  
mentos y la jurisprudencia internacionales. *Cfr.* “Quince años de vigencia...”,  
*La aplicación de los tratados...*, *cit.*, nota 4, pp. 265-267 y 291 y 292.

La Corte IDH ha puntualizado la especificidad de la justicia para menores —que no implica, subrayémoslo de nuevo, sustracción de derechos y garantías; por el contrario, significa *plus*, no *minus*—: para atender al niño, el Estado “debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado,<sup>144</sup> instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”;<sup>145</sup> en diversos términos: los menores a quienes se atribuye la comisión de conductas penalmente típicas “...deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.<sup>146</sup> La Corte aborda cuestiones relevantes: juez natural,<sup>147</sup> doble instancia y recurso efectivo,<sup>148</sup> principio de inocencia,<sup>149</sup> principio de contradictorio,<sup>150</sup> principio de publicidad, acotado “...en cuanto a la observación pública de los actos procesales” para preservar al niño y al adolescente de “...apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pudieran gravitar sobre su vida futura”.<sup>151</sup> Este último tema, así como otros concernientes al de-

<sup>144</sup> “El personal encargado de administrar la justicia de menores —disponen las Reglas de Beijing— responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema” (regla 22.2). Es un error —dice Villanueva Castilleja, refiriéndose al artículo 18 de la Constitución mexicana, según la reforma de 2005— considerar “...que la especialización de un sistema se reduzca únicamente a las autoridades especializadas...”, dejando fuera las instituciones jurídicas especiales (procedimiento, legislación e infraestructura). Véase *Los menores infractores...*, *cit.*, nota 27, p. 219.

<sup>145</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 78.

<sup>146</sup> *Ibidem*, párr. 109. El pronunciamiento de la Corte IDH guarda clara correspondencia con el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>147</sup> *Ibidem*, párr. 120.

<sup>148</sup> *Ibidem*, párrs. 121-123.

<sup>149</sup> *Ibidem*, párrs. 124-131.

<sup>150</sup> *Ibidem*, párrs. 132 y 133.

<sup>151</sup> La Corte IDH acoge aquí el criterio de la Corte Europea (que atiende al artículo 40.2.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, y sostiene que “...a los niños acusados de crímenes debe respetárseles su privacidad en todas

bido proceso en el supuesto de menores de edad, fue examinado por la Corte Europea en el conocido caso *V. vs. Reino Unido*, fallado en 1999.

Por lo que hace a las medidas aplicables a los menores de edad en conflicto con la ley penal, es preciso tomar en cuenta que se trata, en todo caso, de restricciones o limitaciones de derechos y libertades, que de otra suerte se desplegarían con amplitud y no enfrentarían obstáculos impuestos por una resolución judicial. En consecuencia, deben atenerse a los principios que regulan ese género de restricciones: legalidad, necesidad, pertinencia, proporcionalidad, y o —entre otros— temporalidad. Algunos ordenamientos y la propia Corte Interamericana han acentuado la regla de proporcionalidad, no sólo en relación con el ilícito cometido, sino también con las circunstancias del infractor.<sup>152</sup>

Esta misma cuestión —legitimidad de la restricción de derechos— se plantea en torno a las medidas cautelares en el procedimiento para adultos y para menores, específicamente la detención y la prisión preventiva. El régimen de las medidas cautelares plantea

...un verdadero dilema para la ley penal y la justicia que bajo ésta se organiza, que debe elegir entre el respeto irrestricto de derechos y libertades esenciales, en un extremo, o las buenas cuentas para la administración de justicia, en el otro, que se resumen, de alguna manera, en la efectiva sanción de los responsables y el

las etapas del proceso”. Eur. Court H. R. Case *T. vs. The United Kingdom*, Judgement of 16 December, 1999, p. 74), así como la regla 8a. de Beijing.

<sup>152</sup> Reglas de Beijing: respuesta “proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito” (regla 5.1); y “la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad” (regla 17.1, a); igualmente, véase caso del Instituto de Reeducación del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párr. 211. En aquel sentido debiera interpretarse la norma constitucional mexicana: las medidas que se impongan “deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades” (artículo 18, sexto párrafo).

consecuente destierro de la impunidad. Como en todos los casos en que existe una colisión de intereses, sobre todo si éstos revisiten la más elevada jerarquía, es preciso buscar con exquisito cuidado el punto de equilibrio que permita responder a las atendibles exigencias individuales y sociales.<sup>153</sup>

Existe, sin duda, una tensión acaso insuperable entre presunción de inocencia y privación cautelar de la libertad,<sup>154</sup> tensión vinculada a las exigencias de la justicia, por una parte, y a los apremios de la necesidad, por la otra, extremos de los que me he ocupado en varias ocasiones, siempre para propiciar la racionalidad —ya que no la supresión, que por ahora parece imposible— de la privación cautelar de la libertad.<sup>155</sup>

En esta materia hay criterios importantes, sostenidos por instrumentos internacionales,<sup>156</sup> organismos del mismo alcance<sup>157</sup> y resoluciones de la Corte Interamericana: el Estado “garante” de los derechos de quienes se hallan sujetos a su jurisdicción asume

<sup>153</sup> García Ramírez, *Panorama del proceso...*, *cit.*, nota 43, p. 154.

<sup>154</sup> *Cfr.* el concepto de esta medida en las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, de 1990 (regla 11.b).

<sup>155</sup> *Cfr.* mis votos correspondientes a las sentencias en los casos Tibi (Ecuador), sentencia del 7 de septiembre de 2004 (el voto figura en mi libro *Temas de la jurisprudencia interamericana...*, *cit.*, nota 132, pp. 307 y 308); López Álvarez (Honduras), sentencia del 1o. de febrero de 2006 (el voto se recoge en mi libro *La Corte Interamericana...*, *cit.*, nota 4, pp. 529 y ss.); y Bayarri (Argentina), sentencia del 30 de octubre de 2008. *Cfr.*, asimismo, Bigliani, Paola y Bovino, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, presentación de Stella Maris Martínez, Buenos Aires, Defensoría Federal de la Nación-Ed. del Puerto, 2008.

<sup>156</sup> Ya me he referido a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; agréguese, por supuesto, la propia Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing. Éstas previenen que los menores sujetos a prisión preventiva y los confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que requieran, tomando en cuenta su edad, sexo y características individuales, en interés de su desarrollo sano (reglas 13.5 y 26.2).

<sup>157</sup> Federación Iberoamericana de Ombudsman, *Niñez y adolescencia...*, *cit.*, nota 22, pp. 357 y 504.

una garantía más intensa cuando se trata de personas —los detenidos— que no pueden proveer por sí mismos al pleno ejercicio de sus derechos y a la satisfacción de sus necesidades; esto destaca en lo que atañe a la supervivencia y el desarrollo del niño, la asistencia de salud y de educación y la preservación de los proyectos de vida de los menores privados de libertad.<sup>158</sup>

La detención preventiva debe ser último recurso y limitarse al plazo más breve posible;<sup>159</sup> por ello, señala la Corte IDH, “...la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva”.<sup>160</sup> La Convención Americana establece la separación entre niños y adultos. Por su parte, la Corte Europea se ha pronunciado en torno a esta materia, considerando que hubo violación del artículo 3o. de la Convención Europea cuando se privó de libertad a una menor de edad en un centro para adultos, manteniéndola, además, separada de su familia, en condiciones de extrema vulnerabilidad (caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica, de 2006)

Un tema destacado en este campo es la intervención del menor de edad en los procedimientos que atañen a sus derechos e intereses. En etapas anteriores se mantuvo al menor —incapaz, también

<sup>158</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párrs. 80 y 81, 84, 86 y 88; caso del Instituto de Reeducción del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párrs. 160-162. “La calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos”; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri (Perú), *cit.*, nota 125, párr. 170. En este sentido, ha sido relevante la sentencia dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Tyrer vs. Reino Unido, de 1978, primera resolución de este tribunal en torno a derechos del niño. El castigo corporal infligido al menor de edad violaba, en concepto de la Corte, el artículo 3o. de la Convención Europea, que proscribía la tortura y los tratos inhumanos o degradantes.

<sup>159</sup> En este sentido, Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 38.b), Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (2), Directrices de Riad (que observan: durante la reclusión “...deberá darse máxima importancia a los propios intereses del joven” (46) y Reglas de Beijing (regla 13.1).

<sup>160</sup> Caso del Instituto de Reeducción del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párr. 230.

en este sentido— al margen de las actuaciones, salvo aquellas en que se le sometía a observación: medio de prueba, no ejercicio de un derecho. Hoy se han recuperado su presencia y su voluntad. Titular de derechos sustantivos, pasa a serlo, además, de derechos procesales consecuentes con aquéllos; esto es, dispone de una legitimación de la que careció en otro tiempo. La presencia y la actuación del menor de edad en el procedimiento llevan a reconsiderar el “ambiente” en el que éste se desarrolla.<sup>161</sup>

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que se escuche a éste en todo procedimiento judicial o administrativo. Esta disposición —señala Baratta— ha de entenderse con el más amplio alcance, “...abarcando todas las interacciones formalizadas, semiformalizadas y hasta las informales, entre cualquier funcionario público o autoridad administrativa y el ciudadano-niño”.<sup>162</sup> La Corte IDH recoge esta intervención, ajustada al interés superior del niño y a sus condiciones específicas; esto conduce a la valoración de posibilidades y a la incorporación de “matices”.<sup>163</sup>

A propósito de la participación del niño y el adolescente en el enjuiciamiento, surge el problema de la confesión por parte de aquéllos, que interesó en la solicitud de opinión consultiva formulada por la Comisión Interamericana ante la Corte IDH, que desembocó en la OC-17. En este caso, el menor no interviene como sujeto procesal, a título de parte material o formal, sino como instrumento de prueba. Se trata, desde luego, de un acto delicado y

<sup>161</sup> La regla 14.2 de Beijing puntualiza: el procedimiento “...se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”.

<sup>162</sup> “Infancia y democracia”, *Infancia, ley y democracia...*, cit., nota 5, p. 53.

<sup>163</sup> Se considerarán las condiciones específicas y el interés superior “...para acordar la participación (del menor), según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”. Deberá “...matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior...”. Véase Condición jurídica y derechos humanos del niño..., cit., nota 31, párrs. 101 y 102.

trascendente, digno de examen especial de acuerdo con la minoría de edad. Debe sujetarse —señaló la Corte— a “medidas de protección especial”, tomando en cuenta “que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara y las consecuencias de su declaración”; en este caso “...el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración”.<sup>164</sup>

Es interesante la sugerencia de que intervenga un “mediador” en los procedimientos concernientes a menores (sobre todo, privados de su libertad), que asume funciones características del *ombudsman*: “...un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles”.<sup>165</sup>

En este punto debo mencionar nuevamente el encuentro entre las corrientes denominadas tutelar y garantista, o bien, de la situación irregular y de la protección integral, que he mencionado *supra*. El tema se hallaba sujeto a diversas soluciones nacionales, que marcaron virajes notables en el curso del siglo pasado.<sup>166</sup> En su momento, la Convención sobre los Derechos del Niño impul-

<sup>164</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párrs. 130 y 131. Sobre la diferencia entre hipótesis de ejercicio de derechos fundamentales, en atención a la condición de menor de edad, *cf.* Carbonell, “Constitución y menores...”, en Islas de González Mariscal y Carbonell, *Constitución y justicia...*, *cit.*, nota 92, p. 10.

<sup>165</sup> Punto 57 de las Directrices de Riad, que amplían la encomienda del mediador a la aplicación de las propias Directrices, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de libertad. Estas últimas se refieren al mediador (reglas 77 y 78).

<sup>166</sup> Fue importante el giro introducido por la jurisprudencia norteamericana, que dejó atrás la posición paternalista del poder público frente a los menores infractores de la ley penal y adoptó una orientación garantista, a través de la resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia el 15 de mayo de 1967, *In re Gault (Gerald Gault)*; reconoció a los menores derechos esenciales: conocimiento de cargos, asistencia jurídica, interrogatorio a testigos, no autoincriminación, acceso al expediente e impugnación. Sobre los sistemas tutelar y garantista, en general, *cf.* Islas de González Mariscal, “La reforma...”, en Islas de González Mariscal y Carbonell, *Constitución y justicia...*, *cit.*, nota 92, pp. 46 y ss.

só el relevo de las ideas, las normas y las prácticas. Se ha dicho que ese instrumento marca el relevo de una jurisdicción tutelar por una punitivo-garantista;<sup>167</sup> habría operado, pues, un cambio de paradigma, una modificación radical de los conceptos dominantes.<sup>168</sup> Esta opinión no es unánime.<sup>169</sup> Se hace notar —indica Villanueva Castilleja— que “...un sistema tutelar es un sistema de protección integral jurídicamente hablando...”.<sup>170</sup>

Por mi parte, he sostenido la posibilidad —y acaso la necesidad— de una tercera posición, síntesis entre los extremos en disputa. Para ello destaco, por una parte, 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”, y por la otra, 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”. Si esto es así, no existe verdadera contraposición entre ambas corrientes: “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”.<sup>171</sup>

<sup>167</sup> Así, por ejemplo, la posición expresa de Costa Rica en la audiencia celebrada durante el procedimiento relativo a la Opinión consultiva 17. *Cfr.* Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 15 (p. 25).

<sup>168</sup> Mónica González Contró hace ver que “...a pesar del gran número de reservas formuladas por diversos Estados —que en ocasiones llegaban a hacer inoperante el contenido de la Convención a juicio de algunos autores— no cabe duda que se estaba acudiendo al nacimiento de una nueva visión respecto del tratamiento del ser humano durante los primeros años de su vida”. Véase “Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes”, *Memorias del Seminario Internacional...*, *cit.*, nota 27, p. 428.

<sup>169</sup> “En los textos producidos fuera del ámbito regional latinoamericano, la aprobación de la (Convención) no es presentada como una ruptura sino como una evolución o continuidad cultural en la protección jurídica de la infancia, más allá de que ella constituya un hito muy relevante”. Véase Beloff, “Quince años de vigencia...”, *La aplicación de los tratados...*, *cit.*, nota 4, p. 257, núm. 13.

<sup>170</sup> *Los menores infractores...*, *cit.*, nota 27, p. 229.

<sup>171</sup> *Cfr.* mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, *Memoria* (del Coloquio Multidisci-

En virtud de lo anterior, llega el momento de “abandonar el falso dilema” y promover, “dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso”. La síntesis “retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con necesidades específicas de protección”, y “...adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor”.<sup>172</sup>

Me he referido sobre todo a los menores “en conflicto con la ley penal”. Ahora bien, el conflicto puede ocurrir en otros ámbitos del orden jurídico. Tiempo atrás se dio el mismo tratamiento —material y procesal— a todas las contiendas. Ha declinado esta forma de ver y hacer las cosas. La jurisprudencia interamericana adopta la distinción radical entre conductas penalmente típicas —y sus procedimientos y consecuencias jurídicas— y otro género de comportamientos o situaciones. Media una gran distancia cualitativa entre aquéllas y los supuestos de riesgo o peligro en que se encuentran los menores y las hipótesis en que “...simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte”.<sup>173</sup>

La distinción no entraña, en modo alguno, exclusión o suspensión de derechos y garantías:<sup>174</sup> es natural que así sea, puesto que se halla en juego —al igual que en la escena penal— la

plinario sobre Menores. Diagnóstico y Propuestas), *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1996, pp. 205 y 206.

<sup>172</sup> He sostenido este parecer en diversas ocasiones; así, en el coloquio mencionado en la nota precedente, en mi voto particular sobre la Opinión consultiva OC-17 (*cf. Temas de la jurisprudencia interamericana...*, *cit.*, nota 132, pp. 24 y ss., y “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, *Memorias del Seminario Internacional...*, *cit.*, nota 27, pp. 59 y ss.

<sup>173</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 110.

<sup>174</sup> “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 supervisión del mismo”. *Ibidem*, párr. 117.

definición de derechos y deberes a la que alude el artículo 8.1, CADH. De ahí la observancia del régimen de legalidad en todos los supuestos.<sup>175</sup> El proceso administrativo de protección debe ajustarse al principio de legalidad, lo cual “...permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad”.<sup>176</sup> Los niños “no pasan al dominio de la autoridad”; quedan “a salvo sus derechos materiales y procesales”; cualquier actuación que los afecte “...debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad”.<sup>177</sup>

Se abre paso, cada vez más, la composición de las contiendas al margen del proceso formal y de la sentencia estricta: soluciones discrecionales y vías alternas de solución autocompositiva. En el primer supuesto, volvemos al ejercicio de la discrecionalidad por parte de la autoridad que tiene a su cargo el conocimiento —en amplio sentido— de los casos de delincuencia de menores, con los riesgos que ello implica, ni escasos ni reducidos, aunque también con las ventajas que traen consigo cierta informalidad admisible y la celeridad en el procedimiento y en la solución.<sup>178</sup> Hay prevenciones judiciales a propósito del buen uso de la discrecionalidad y la adecuada preparación de quienes la ejercen, para evitar abusos.<sup>179</sup>

<sup>175</sup> En el mismo sentido, las Reglas de Beijing: 3.1 y 3.2

<sup>176</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 103.

<sup>177</sup> *Ibidem*, párr. 113.

<sup>178</sup> Las Reglas de Beijing facultan a la policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos para “...fallar discrecionalmente (los casos de delincuencia de menores), sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los sistemas establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos” en las Reglas (regla 11.2).

<sup>179</sup> Caso del Instituto de Reeduación del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párr. 211.

En el segundo supuesto llegan a la escena la mediación, la conciliación, la convención —vías, todas ellas, de autocomposición del litigio—,<sup>180</sup> que sirven a la “desjudicialización” de la contienda<sup>181</sup> y a la devolución del problema a las partes, para que lo resuelvan del mejor modo posible. Algunos ordenamientos del más elevado rango propician soluciones alternativas de este carácter,<sup>182</sup> que es preciso observar con cuidado para evitar excesos, injusticias, inequidades. La Corte IDH se ha pronunciado a favor de los medios alternativos “que permitan la adopción de soluciones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas”, y ha requerido, en prevención de males, “...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”.<sup>183</sup>

## V. FUNCIÓN DE LA FAMILIA

Sobre la función de la familia se proyectan los principios de interés superior y desarrollo y protección integral.<sup>184</sup> Varios instrumentos destacan la función de la familia;<sup>185</sup> a ella se refieren

<sup>180</sup> Alcalá-Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 73 y 75.

<sup>181</sup> Neuman, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 39.

<sup>182</sup> Así, la Constitución mexicana, tanto en general —a través de la reforma de 2008 al artículo 17— como en el caso de los menores que infringen la ley penal: “Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema (integral de justicia para menores de edad a los que se atribuye la realización de una conducta tipificada como delito), siempre que resulte procedente” (artículo 18, sexto párrafo).

<sup>183</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 135.

<sup>184</sup> O'Donnell, Daniel, “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”, *Memorias del Seminario Internacional...*, *cit.*, nota 27, pp. 119 y ss.

<sup>185</sup> La Declaración y Programa de Acción de Viena indica: “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos subraya... que el pleno y armonioso desarrollo

diversas normas de protección en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>186</sup> Aquí se suscitan algunos temas mayores: ¿cuál es el espacio de facultades y responsabilidades de la familia, y específicamente de los titulares de “potestades” y “deberes” familiares, en relación con el menor de edad? ¿Puede el Estado disponer de esas facultades y responsabilidades, excluyendo a los integrantes de la familia y asumiéndolas para sí, a título de “padre o tutor sustituto”? ¿Se hallan legitimados, y en qué medida, esos integrantes —particularmente quienes ostentan la representación legal del menor de edad— para intervenir en procedimientos jurisdiccionales, parajurisdiccionales o administrativos en los que se conoce sobre la situación jurídica y material del menor de edad? Este conjunto de temas delicados, que desborda, por supuesto, el marco del debate procesal, quedó a la vista en la solicitud de opinión consultiva formulada a la Corte por la Comisión Interamericana.

La Corte IDH reconoció con firmeza que la familia es el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, y que es debido preservar la presencia y el desenvolvimiento de aquél en el núcleo familiar, salvo lo que devenga indispensable en circunstancias excepcionales. La familia “...debe proporcionar la mejor protección de los niños... Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”.<sup>187</sup> Por supuesto,

de la personalidad del niño exige que éste crezca en un entorno familiar, que merece, por lo tanto, una mayor protección” (21, segundo párrafo).

<sup>186</sup> Entre esos instrumentos, *cf.*, por ejemplo, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y los puntos 18 y 19 de la Declaración Mundial sobre Supervivencia, Protección y Desarrollo del Niño. El artículo 17.1, CADH, sostiene que “...la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”; el artículo 15 el Protocolo de San Salvador alude al derecho a la constitución y protección de la familia; a esto se refiere, igualmente, el artículo 4o., e, de la Convención de Belém do Pará.

<sup>187</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño..., OC-17/02, *cit.*, nota 31, párr. 103. El Estado, “...como responsable del bien común, debe... resguardar

la obligación de proteger los derechos básicos del menor de edad surge inclusive frente a los miembros de la familia de la que éste forma parte, cuando la legislación no contiene previsiones conducentes a esa protección, como ha dicho la Corte Europea (caso El Reino Unido, de 1998).

Regularmente, el niño debe permanecer en el seno de la familia —“...salvo que existan razones determinantes (para que ocurra otra cosa), en función del interés superior de aquél”— y en todo caso la separación, si la hay, debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.<sup>188</sup> El proceso administrativo de protección “...debe apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable”.<sup>189</sup> Acaso se cuestionará la existencia de salvedades a la permanencia del menor en la familia y al ejercicio de los derechos de los familiares en relación con aquél. Empero, las circunstancias de la realidad —una realidad severa, imperiosa— no siempre permiten otra solución. Así lo ha reconocido, por su parte, la Corte Europea al considerar que la separación del menor de edad de la familia natural, con entrega a una familia adoptiva, no violó derechos del menor —conforme al artículo 8o. de la Convención Europea— en razón de que la medida resultó necesaria para proteger los intereses de aquél (caso *Roda y Bonfatti vs Italia*, de 2006).

## VI. GARANTÍA

La preservación, desarrollo y consolidación de estos principios —es decir, de todo el aparato normativo y práctico acerca de los menores de edad— actúa dentro de un marco de garantías y a través de éstas, como es característico del derecho de los de-

el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”. *Ibidem*, párr. 88.

<sup>188</sup> *Ibidem*, párr. 77. Una de las interferencias más graves de la autoridad “...es la que tiene por resultado la división de la familia”, *ibidem*, párr. 72.

<sup>189</sup> *Ibidem*, párr. 103.

rechos humanos, nacional e internacional. Acuden a este punto las garantías generales y especiales, producto de la legislación, la jurisprudencia<sup>190</sup> y la práctica.

Si examinamos el tema con mayor amplitud, al amparo de las obligaciones generales del Estado conforme a los artículos 1.1 y 2o., CADH, llegaremos a la conclusión de que el Estado debe organizar el aparato público en forma tal que sean efectivamente practicables los derechos y libertades que reconoce la Convención Americana (añadamos: y aquellos otros que menciona el ordenamiento interno del Estado o que resultan de las obligaciones internacionales de éste, más allá de la CADH). Esto abarca legislación, jurisdicción, administración, políticas, etcétera.<sup>191</sup>

No sobra señalar que muchas de las instituciones, figuras, procedimientos a los que me he referido en el apartado 5. *Función de la familia* tienen un manifiesto sentido garantizador, que ha sido rescatado y afirmado por la jurisprudencia interamericana. Es el caso de la comunicación de los agentes del Estado y del propio niño o adolescente con las personas que ejercen la custodia de éste, para que provean a su protección y defensa, generalmente

<sup>190</sup> Se ha dicho que no es abundante o relevante la jurisprudencia constitucional nacional a propósito de los niños: “Cuando existe, en pocos países se puede considerar relevante la jurisprudencia constitucional que afecte a los niños...”. Federación Iberoamericana de Ombudsman, *Niñez y adolescencia...*, cit., nota 22, p. 354. Sin embargo, no podríamos olvidar que la definición del antiguo derecho sobre menores infractores, con sus componentes autoritarios, y el viraje hacia el nuevo sistema jurisdiccional de la materia, fue producto de novedades jurisprudenciales; así, por diversos motivos —que adelante mencionaré— en Estados Unidos y en México. También en Francia, a partir de 1958, los tribunales optaron por reducir su intervención a las hipótesis de infracción penal, no apenas de desviación, que habían caracterizado el modelo autoritario imperante. Cfr. Delmas-Marty, *Modèles et Mouvements de Politique Criminelle*, París, Económica, 1983, pp. 108 y 109.

<sup>191</sup> La obligación de garantizar, ha sostenido la Corte, “...implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de junio de 1988, párr. 166.

en la circunstancia de conflictos frente a la ley penal. Que así sea, forma parte de la organización del aparato público de manera que proteja y garantice los derechos de los individuos, particularmente los menores, siempre vulnerables.

En este extremo, el deber de cuidado cobra mayor vuelo; debe acentuarse —ha reconocido la Corte en su desarrollo jurisprudencial— la diligencia del Estado proveedor de medidas que preserven la dignidad del menor y auspicien su desarrollo. Así lo ha visto la jurisprudencia interamericana cuando examina la situación en la que se hallan los menores de edad sujetos a medidas restrictivas de la libertad.

## VII. INTERPRETACIÓN

El principio *pro homine* o *pro persona* gobierna la interpretación<sup>192</sup> (y más que eso, la elaboración misma) del orden normativo de los derechos humanos. La regla vincula a todas las autoridades llamadas a interpretar las normas en este sector, entre las que figuran los convenios internacionales de derechos humanos, que poseen características diferentes de las que ofrecen los tratados en general: mientras éstos entrañan relaciones entre Estados, con la correspondiente carga de deberes y derechos recíprocos, aquéllos regulan el comportamiento de los Estados frente a otros sujetos: los seres humanos que se hallan bajo su jurisdicción, titulares de los derechos, provistos de la facultad de reclamar su cumplimiento y acudir, inclusive, a instancias tutelares independientes.<sup>193</sup> En este ámbito opera, en fin, una definición jerárquica: prevalece la disposición que brinde mayor

<sup>192</sup> Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, pp. 4 y ss.

<sup>193</sup> Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, párrs. 29-31.

protección al individuo, sea internacional, sea nacional, con lo que pierde entidad el antiguo dilema sobre la prelación del derecho internacional o del derecho interno.

La CADH contiene reglas de interpretación claramente fincadas en el principio *pro homine* (artículo 29). Otro tanto se puede decir de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.<sup>194</sup> Esta decisión jerárquica lleva al resultado que comenta Baratta: “...permite que prevalezcan todas las normas nacionales o internacionales —anteriores o posteriores a la Convención (de los Derechos del Niño)— aplicables a un Estado parte que sean más favorables al niño”.<sup>195</sup>

<sup>194</sup> Nada de lo dispuesto en la Convención “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 el Estado parte (artículo 41).

<sup>195</sup> “Infancia y democracia”, *Infancia, ley y democracia...*, *cit.*, nota 5, p. 34.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### REPARACIONES

El Estado que incurre en violación de derechos humanos se halla sujeto a responsabilidad internacional y debe enfrentar ciertas reparaciones, que son la consecuencia del hecho ilícito. Existe, pues, un enlace lógico y jurídico entre éste, la responsabilidad del Estado (por la conducta de sus agentes o de terceros)<sup>196</sup> y la reparación. La existencia del hecho y su condición ilícita se establecen en la porción declarativa de la sentencia (o en una sentencia de fondo, autónoma), y las consecuencias de aquello figuran en la porción condenatoria (o en una sentencia de reparaciones, igualmente autónoma).

Las reparaciones —como el proceso internacional sobre derechos humanos, en su conjunto— sirven al múltiple objetivo de restablecer el orden jurídico quebrantado, afirmar la seguridad, la paz y la justicia en las relaciones sociales y rescatar el derecho de la persona, brindándole resarcimiento por la lesión causada. El régimen de las reparaciones queda sujeto al orden internacional: fuente, naturaleza, alcance, características, aplicación, supervisión, conclusión. En una primera etapa se cargó el acento en los aspectos patrimoniales de la reparación (indemnizaciones), ligados al daño material y moral causado a la víctima. Hoy día se pone énfasis en otras cuestiones, sin perder de vista la correspondencia patrimonial. Evidentemente, no habría verdadero acceso a la justicia si no se repararan las consecuencias del hecho violatorio: el proceso tendría interés académico, pero carecería de

<sup>196</sup> García Ramírez, *La Corte Interamericana...*, cit., nota 4, pp. 240 y ss.

lo que más importa: trascendencia política, jurídica y material. Es manifiesta la relación entre el cumplimiento de las obligaciones generales del Estado (respeto y garantía) y las reparaciones que resuelve el tribunal: vinculación entre los artículos 1.1, 2o. y 63.1, CADH.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una amplia jurisprudencia, verdaderamente innovadora y relevante, en materia de reparaciones.<sup>197</sup> Este sector constituye uno de los extremos cualitativos más destacados en el desempeño de la Corte. Así se ha reconocido.<sup>198</sup> No me propongo examinar aquí los desarrollos en materia de reparaciones, sino presentar, en forma sucinta, las decisiones de la jurisdicción interamericana cuando ésta dispone una medida que atiende a la condición de la víctima como menor de edad: en síntesis, reparaciones en relación con niños y adolescentes, no con cualesquiera personas. Desde luego, en muchos casos las reparaciones alcanzan genéricamente a menores de edad —como también a adultos mayores, hombres

<sup>197</sup> Para el examen de esta materia me remito a mi libro *La Corte Interamericana...*, *cit.*, nota 4, pp. 271 y ss., así como a un trabajo reciente, *en prensa*: “El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, presentado al encuentro *Advocacy Before Regional Human Rights Bodies: A Cross-Regional Agenda*, de American University Washington College of Law and the Inter-American Commission and Court of Human Rights, Washington, D. C., 20 de octubre de 2008, y que será incluido en la obra colectiva en homenaje al profesor Diego Valadés (en prensa).

<sup>198</sup> “El progreso de la Corte Interamericana en el ámbito de reparaciones es tal vez su más importante contribución a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos”. Pasqualucci, Jo, *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2003, p. 289; Burgorgue-Larsen, Laurence y Übeda de Torres, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 250 y ss.; Londoño Lázaro, María Carmelina, “Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos con perspectiva comparada”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5, junio de 2005, pp. 406 y ss.; y Antkowiak, Thomas M., “Remedial Approaches to Human Rights Violations: the Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *The Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, núm. 2, 2008, pp. 353 y ss.

o mujeres, indistintamente y sin miramiento especial— que son víctimas de hechos ilícitos. En los siguientes párrafos mencionaré casos en que hubo condena a reparaciones que favorecen a niños y adolescentes, individualmente o como miembros de un grupo identificado por la edad. La referencia será solamente ejemplificativa.

Por lo que toca a indemnizaciones por daño material y moral, cuando ha fallecido la víctima menor de edad, la Corte ha considerado el monto de aquéllas por los conceptos de pérdida de ingresos según la esperanza de vida (y expectativa de trabajo y remuneración), y de sufrimiento causado cuando ocurrió la violación; una vez fijada la cuantía de la indemnización, ha resuelto que la cantidad respectiva se entregue a la persona que tenga derecho a percibirla (conforme a la disposición del tribunal interamericano o a la legislación nacional, en su caso).<sup>199</sup> También ha establecido medidas de protección de los beneficiarios a través de diversas figuras jurídicas, como la inversión bancaria adecuada, el establecimiento de una fundación o la creación de un fideicomiso, que permiten asegurar la integridad de la indemnización mientras llega el momento —mayoría de edad— de entregar la indemnización al beneficiario.<sup>200</sup>

Ya señalé que la protección del derecho a la vida no sólo abarca la exclusión de ejecuciones arbitrarias, sino también la creación de condiciones de vida digna a favor de niños y adolescentes. En este ámbito es posible ubicar las medidas tendientes

<sup>199</sup> Casos Villagrán Morales y otros (Guatemala), *cit.*, nota 100, párrs. 79, 81, 84, 88-90; Instituto de Reeducación del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párrs. 274, 288, 289 y 300-304; Hermanos Gómez Paquiyauri (Perú), *cit.*, nota 125, párrs. 206 y 216; Molina Theissen (Guatemala), *cit.*, nota 199, párrs. 56, 57 y 68; Bulacio (Argentina), sentencia del 18 de septiembre de 2003, párrs. 84, 85, 98 y 104; Hermanas Serrano Cruz (El Salvador), sentencia del 1o. de marzo de 2005, párrs. 158 y 160 a); y Servellón García y otros (Honduras), *cit.*, nota 100, párrs. 174, 176, 180 y 185.

<sup>200</sup> Caso Aloebtoe (Surinam), sentencia del 10 de septiembre de 1993, párrs. 100 y 101.

al tratamiento médico-psicológico de menores victimados<sup>201</sup> y el suministro de dotaciones de emergencia para preservar la salud y la vida de quienes se hallan en situación de riesgo.<sup>202</sup>

Para mejorar la situación de niños y adolescentes vinculados a los hechos violatorios —e incluso de miembros de la comunidad que por esta vía podrían resultar favorecidos— la Corte dispuso la apertura o reapertura de centros de educación y salud.<sup>203</sup> En algunos casos se ha ocupado la Corte en el denominado proyecto de vida: con el propósito de restablecerlo o al menos aliviar la situación del titular, ha dispuesto becas u otros apoyos para favorecer la reanudación de estudios. Cabe mencionar en este orden de acciones la asistencia vocacional y la educación especial destinadas a ex internos de establecimientos para menores infractores.<sup>204</sup>

Entre las más importantes medidas de derecho interno —consecuentes con el artículo 2o. de la Convención Americana— que suele ordenar la Corte, se halla la adecuación de la normativa nacional a los estándares internacionales, disposición que se ha desplegado, asimismo, en casos de menores de edad, para que la ley nacional acoja las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en lo que atañe a problemas penales y procesales,<sup>205</sup> aunque también se ha hecho referencia a la legislación sobre inscripción de nacimientos en el registro civil.<sup>206</sup> Igualmente, se ha dispuesto la elaboración de una política

<sup>201</sup> Caso del Instituto de Reeducción del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párr. 319.

<sup>202</sup> Caso Yakye Axa (Paraguay), sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 221.

<sup>203</sup> Caso Aloeboetoe (Surinam), *cit.*, nota 200, párr. 96.

<sup>204</sup> Caso del Instituto de Reeducción del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párr. 321.

<sup>205</sup> Casos Villagrán Morales (Guatemala), *cit.*, nota 100, párrs. 98 y 99; Instituto de Reeducción del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párrs. 211 y 213, y Bulacio (Argentina), *cit.*, nota 199, párrs. 143 y 144.

<sup>206</sup> Caso de las niñas Yean y Bosico (República Dominicana), *cit.*, nota 127, párrs. 236-251.

de Estado sobre niños en conflicto con la ley,<sup>207</sup> así como la ejecución de una campaña de sensibilización de la opinión pública en torno a la protección de niños y jóvenes estigmatizados.<sup>208</sup>

El Estado se halla obligado a garantizar el ejercicio de los derechos y libertades que consagra la Convención Americana; en el marco de esa obligación de garantía figura el deber de justicia (principal, aunque no exclusivamente, penal), que se cumple a través de la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de violaciones. Este deber de justicia se ha proyectado sobre casos atinentes a menores de edad, que fueron victimados dentro de un contexto de violaciones en agravio de niños y adolescentes.<sup>209</sup>

Ha sido frecuente la orden judicial sobre registro de personas desaparecidas, relación de muertes violentas y localización de restos humanos y entrega de éstos a los familiares de las víctimas. Estos problemas determinaron la disposición de crear registros de detenidos,<sup>210</sup> medidas especiales para la búsqueda de menores

<sup>207</sup> Caso del Instituto de Reeduación del Menor (Paraguay), *cit.*, nota 117, párr. 316 y 317. Este último párrafo indica que la política de Estado "...debe contemplar, entre otros aspectos, estrategias, acciones apropiadas y la asignación de los recursos que resulten indispensables para que los niños privados de libertad se encuentren separados de los adultos; para que los niños procesados estén separados de los condenados; así como para la creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad".

<sup>208</sup> Caso Servellón García y otros (Honduras), *cit.*, nota 100, párr. 201 y 202. En aquel párrafo se indica la finalidad de la campaña: sensibilizar a la sociedad hondureña respecto de la importancia de la protección a los niños y jóvenes, informarla sobre los deberes específicos para su protección que corresponden a la familia, a la sociedad y al Estado y hacer ver a la población que los niños y jóvenes en situación de riesgo social no están identificados con la delincuencia".

<sup>209</sup> Casos Villagrán Morales (Guatemala), *cit.*, nota 100, párrs. 196 y 197; Molina Thissen (Guatemala), sentencia del 4 de mayo de 2004; Hermanos Gómez Paquiyauri (Perú), *cit.*, nota 125, párr. 76; y Servellón García y otros (Honduras), *cit.*, nota 100, párrs. 125 y 154.

<sup>210</sup> Caso Bulacio (Argentina), *cit.*, nota 199, párr. 132.

desaparecidos,<sup>211</sup> sistema de información genética para contribuir al esclarecimiento de la filiación de niños desaparecidos,<sup>212</sup> y un registro unificado y coordinado sobre muertes violentas de menores de dieciocho años.<sup>213</sup>

Entre las medidas reparadoras correspondientes al propósito de dar satisfacción a la víctima y aleccionar a la sociedad, relacionadas con violaciones cometidas en agravio de niños y adolescentes, se hallan la imposición de nombres a calles, plazas o planteles,<sup>214</sup> o el homenaje público a las víctimas.<sup>215</sup>

Es importante la disposición judicial en torno a programas de desarrollo específicos en comunidades determinadas, que repercuten en acciones dirigidas a mejorar las condiciones de vida de los menores de edad. En la especie se trata de programas distintos y complementarios de los programas generales de desarrollo, que no tienen su raíz en violaciones de derechos humanos, compromisos estatales y respuestas directas a esas violaciones con sustento en tales responsabilidades.<sup>216</sup>

Cuando se trata de violaciones cometidas por encargados de instituciones o funciones de seguridad y justicia —aunque también en otros casos—, principalmente sobre el control de movimientos colectivos o de seguridad en prisiones, la Corte ha dispuesto el desarrollo de programas de formación y capacita-

<sup>211</sup> Caso de las Hermanas Serrano Cruz (El Salvador), *cit.*, nota 199, párrs. 183-191.

<sup>212</sup> *Ibidem*, párrs. 192 y 193; y Molina Theissen (Guatemala), *cit.*, nota 199, párr. 91.

<sup>213</sup> Caso Servellón García y otros (Honduras), *cit.*, nota 100, párr. 69.

<sup>214</sup> Casos Villagrán Morales (Guatemala), *cit.*, nota 100, párr. 103; Molina Theissen (Guatemala), *cit.*, nota 199, párr. 88; Hermanos Gómez Paquiyauri (Perú), *cit.*, nota 125, párr. 231; y Servellón García y otros (Honduras), *cit.*, nota 100, párr. 199.

<sup>215</sup> Caso de las Hermanas Serrano Cruz (El Salvador), *cit.*, nota 199, párr. 196 (designación de un día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno).

<sup>216</sup> Casos Mayagna (Nicaragua), párr. 167; Plan de Sánchez (Guatemala), párrs. 105 y 110, y Masacres de Ituango (Colombia), *cit.*, nota 125, párr. 407.

ción de personal, que forman parte de las medidas conducentes a evitar violaciones futuras (garantía de no repetición). Esto ha ocurrido a propósito de servidores públicos de instituciones destinadas a la custodia y el tratamiento de niños y adolescentes,<sup>217</sup> e igualmente de quienes tienen a su cargo la inscripción de nacimientos.<sup>218</sup>

<sup>217</sup> Casos Bulacio (Argentina), *cit.*, nota 199, párr. 136; y Servellón García y otros (Honduras), *cit.*, nota 100, párr. 200.

<sup>218</sup> Caso de las niñas Yean y Bosico (República Dominicana), *cit.*, nota 127, párr. 242, que se refiere a “un programa para la formación y capacitación en derechos humanos, con especial énfasis al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de los funcionarios estatales encargados de la inscripción de nacimiento, en el cual se les instruya sobre la especial situación de los menores de edad y se impulse la cultura de tolerancia y no discriminación”.

## CONCLUSIONES

El panorama que he trazado en las páginas precedentes permite observar la relevancia y el desarrollo adquiridos por el tema de los niños y adolescentes —o en otros términos, los menores de edad— en la jurisprudencia interamericana de los derechos humanos. Esta materia, que no figuró en el primer plano de la atención durante los años iniciales del desempeño jurisdiccional, ha adquirido prestantia y contribuido tanto a esclarecer los correspondientes estándares específicos como a favorecer el examen de cuestiones que se suscitan en el ámbito de los menores, pero interesan igualmente a otros extremos de la tutela internacional: así, el debido proceso.

Destacan los menores de edad en el conjunto de grupos vulnerables que ha examinado aquella jurisprudencia, más que las mujeres, los enfermos, los discapacitados, y por lo menos tanto como los sujetos privados de la libertad, muchos de los cuales son, por otra parte, niños o adolescentes sujetos a la acción penal o protectora del Estado.

Esta atención concentrada, así como la situación que guardan los menores de edad en la población de los países americanos, sugiere la conveniencia de avanzar en la elaboración de instrumentos interamericanos —declaraciones, primero; más tarde, quizá, auténticos tratados— que recojan los progresos de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, expresándolos y sistematizándolos a la luz —que en ocasiones es sombra— de las circunstancias de nuestros países; esto es, desde una perspectiva específica que establezca el perfil de los derechos del “niño en América”. Obviamente, no se trata de reducir derechos de alcance general, sino de establecer el *plus* que convenga, conforme a la idea —que sostengo en este artículo y que ha proclamado, en sus propias

palabras, la Corte Interamericana— de enriquecer el principio de juridicidad con aplicaciones del principio de especificidad en el ámbito de los derechos humanos.

El planteamiento de asuntos concernientes a niños y adolescentes ha suscitado el enriquecimiento de la jurisprudencia que ahora analizo en lo que respecta al derecho a la protección de la vida, mencionado en el artículo 4o. de la CADH. Fue precisamente a propósito de los menores de edad que la Corte Interamericana sostuvo conceptos valiosos y fecundos en lo que respecta al aspecto “positivo” de ese derecho: no sólo abstenciones del Estado —generalmente vinculadas al régimen de la pena de muerte—, sino actuaciones positivas, es decir, generación de factores que confieran calidad a la vida y permitan el desarrollo integral del individuo. Así se observa en la sentencia de un caso notable: “Niños de la Calle” o Villagrán Morales.

El Estado, atento a las prevenciones del artículo 4o. en relación con el artículo 19, debe proveer esos factores, señaladamente en el caso de los menores de edad. Esta nueva o renovada dimensión del derecho a la protección de la vida constituye un significativo avance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, comentada en el presente trabajo. La misma orientación ha seguido la Corte cuando se ocupa en asuntos correspondientes al derecho a la integridad y a la libertad de los menores de edad.

La elaboración de una doctrina jurisprudencial en torno a amplios grupos humanos que requieren protección específica quedó de manifiesto en la Opinión consultiva 17/02, frecuentemente citada. En este orden, conviene observar que si bien la Corte recibió un planteamiento que destacaba, sobre todo, asuntos concernientes al enjuiciamiento del menor o al procedimiento para la tutela de individuos desprovistos de protección, fue mucho más allá en el examen de la materia. En efecto, consideró, habida cuenta de la letra y la intención del artículo 19 —entendido en concierto con la Convención de Naciones Unidas, de 1989— los diversos espacios en los que se actualiza la necesidad de protección espe-

cial, así como el papel que juegan en esos espacios diversos sujetos obligados a brindar cuidados a los menores de edad.

Este es un supuesto singular. Regularmente, la carga de obligaciones prevista por el tratado internacional recae sobre el Estado; en la especie, abarca tanto al Estado mismo como a la sociedad y a la familia. Esta ampliación evidente del universo de obligados favorece nuevas reflexiones en torno a la identidad de los sujetos que operan en la relación entre el titular de los derechos fundamentales (ser humano, con el perfil adicional de la menor edad) y el titular de la obligación (el Estado, sin duda, pero también la sociedad —un sujeto de contornos imprecisos— y la familia). Por supuesto, la Corte se ha inscrito claramente en la corriente que favorece la mayor participación de la familia en el desarrollo del niño y el adolescente, y toma en cuenta la opinión de estos mismos —o bien, la decisión— en los asuntos que les conciernen.

Es muy importante la creciente jurisprudencia de la Corte acerca de medidas de protección derivadas de ciertos derechos humanos de los niños, como son las concernientes a la identidad, el registro civil, el nombre, la nacionalidad, el cuidado de la salud, la educación, entre otros. Esta materia, en la que figuran decisiones importantes invocadas *supra*, se ha relacionado con la situación de los indígenas, los migrantes, los desplazados. Así, la Corte ha avanzado en el estudio del derecho a la identidad —que une a los integrantes de sucesivas generaciones, permite la subsistencia de grupos humanos y preserva la cultura propia de sus miembros—, que probablemente será materia de mayores desarrollos en la futura jurisprudencia del tribunal interamericano.

En este punto cabe destacar la presencia de gravísimas violaciones —que inciden severamente sobre menores de edad, aunque no sólo se cifren en ellos—, con afectación de los derechos a la protección de la vida y la integridad. La revisión de los hechos constitutivos de “masacres”, e incluso de desapariciones forzadas (secuestros de menores, para integrarlos en grupos humanos extraños o simplemente sustraerlos al suyo), pone de manifiesto la vulnerabilidad acentuada de los menores de edad.

También son relevantes, por mucho, las decisiones de la Corte Interamericana para reprobar conductas discriminatorias, estigmatizadoras, de niños y adolescentes, en cuya “cuenta” se cargan comportamientos ilícitos, a partir de los cuales se pretendería “explicar” la reacción de la fuerza pública. En este terreno es oportuno señalar las aplicaciones del llamado “derecho penal del enemigo”, al que también me refiero en el presente trabajo, en la actuación del Estado y el “acondicionamiento” de la sociedad.

En lo que respecta al antiguo y difícil tema de la responsabilidad del menor por hechos ilícitos, la posición de la Corte es —en mi concepto— clara y adecuada. Existe un debate de escuelas —que tiene, desde luego, larga raíz histórica, política, ética: refleja opciones diversas en el “encuentro” entre el poder y el niño—, pero el tribunal ha optado por extraer de esas opciones el mejor legado, el pertinente para la mayor protección del menor de edad, conforme a sus intereses superiores, a su desarrollo integral, a sus requerimientos específicos.

No hay, ni podría haber, un paso atrás en la concepción garantista que campea en esta materia, como en todas las concernientes a derechos humanos. La Corte reitera: plenas garantías para el menor; así, legalidad, jurisdicción, procedimiento, consecuencias jurídicas de la conducta. Enfáticamente se rechaza la equiparación entre conducta típica (tipicidad que se analiza de cara a la ley penal) y problemas de comportamiento o situaciones de riesgo, que deben quedar sustraídos al imperio de la ley persecutoria y sujetos a protección razonable, siempre al amparo de la juridicidad y con el imperio de las garantías que es debido proveer a todas las personas.

Conviene llamar la atención sobre el énfasis que la Corte Interamericana ha puesto en la atención a las medidas aplicables a los menores cuyo internamiento se ha estimado pertinente (pertinencia que siempre se halla sujeta a examen). Este es otro ámbito crítico para la defensa de los derechos humanos, independientemente de la edad de los individuos. Es evidente, sin embargo, que la adopción de medidas restrictivas de derechos, con motivo de

tutela, cautela o precaución —extremos procesales que es preciso analizar casuísticamente—, tiene resonancias particulares en el supuesto de un grupo de población especialmente vulnerable, como es el compuesto por el de los menores de edad.

Otro tanto ocurre en la hipótesis —escasamente recorrida por la jurisprudencia interamericana— de los discapacitados sujetos a internamiento. En casos emblemáticos, como el conocido del *Instituto de Reeducción del Menor*, la Corte ha podido explorar tanto el procedimiento aplicable a niños y adolescentes como las condiciones en que se encuentran los privados de libertad, tema que también se ha examinado en medidas provisionales en torno a internos en establecimientos de custodia.

En lo que podemos llamar la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana, que ejerce impacto cada vez mayor —a través de la denominada “recepción nacional”— en el ordenamiento interno de los Estados americanos, figura destacadamente el régimen de las reparaciones: consecuencias jurídicas del hecho ilícito imputable al Estado. En este sector ha sido muy importante y creativo el trabajo de nuestra jurisprudencia, que hace tiempo avanzó mucho más allá de las tradicionales indemnizaciones compensatorias de los daños materiales e inmateriales.

Se ha incluido en el marco de las reparaciones, en sentido amplio —que es el único sentido pertinente para la construcción de un verdadero sistema regional de protección de los derechos humanos— una extensa serie de medidas que procuran arraigar el respeto y la garantía de los derechos humanos, restaurar el orden jurídico objetivo, establecer condiciones de justicia y libertad en las relaciones sociales, brindar amparo y satisfacción a la víctima de la violación. También en este punto destacan las medidas reparatorias determinadas o acentuadas por la condición de menor de edad que tiene la víctima.

En el desarrollo de esta materia —que ha ganado espacio al parejo del desenvolvimiento de los conceptos sobre el alcance y las características de los derechos y las libertades— cuentan las decisiones contenidas en diversas sentencias referentes a niños y

adolescentes, de las que se informa *supra*: medidas específicas de salud, educación y bienestar (para las víctimas menores de edad y para otros integrantes del mismo grupo etario), reforma legislativa, formación de recursos humanos para la jurisdicción de menores, protección de la integridad de indemnizaciones, identificación de restos humanos, creación de sistemas técnicos para la determinación de la identidad, rechazo de la estigmatización, así como recordación y homenaje —a través de monumentos, por ejemplo— a menores victimados, etcétera.

En suma, la importante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que se refiere a niños y adolescentes, o menores de edad, se ha expresado en las diversas vertientes del quehacer jurisdiccional: opiniones consultivas, sentencias, medidas provisionales y supervisión del cumplimiento de sentencias. En este trabajo se examinan los diversos temas que abordó, en los últimos años, esa jurisprudencia creativa. Cabe decir que concurrió al afianzamiento de los principios y criterios cuyo estudio integra la mayor parte de este artículo; se trata del marco conceptual y normativo en el que se despliega el actual derecho interamericano de los derechos humanos: interés superior, desarrollo y protección integrales, titularidad de derechos, especificidad, función de la familia, garantía e interpretación pro niño.

## APÉNDICE

### I. VOTO EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/02 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En este apéndice se reproduce el *Voto concurrente razonado* del autor de esta obra, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. La opinión fue solicitada por la Comisión Interamericana. En primer término se ofrece una síntesis sobre el propósito de la solicitud y en seguida se transcriben los principales planteamientos que a este respecto formuló la Comisión y las determinaciones que emitió la Corte.

En seguida figura el Voto del autor:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó a la Corte una solicitud de Opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8o. (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación con los niños. Asimismo, requirió la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

En su presentación, la Comisión Interamericana hizo ver que existen ciertas “premisas interpretativas” que algunos Estados aplican a la hora de dictar medidas en relación con menores de edad, y que debilitan las garantías judiciales de éstos. Al respecto, solicitó el pronunciamiento del tribunal sobre la compatibilidad de las siguientes medidas especiales con los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana:

“a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decidor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento.

“b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad, causales que o configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor (:)

“c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;

“d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor; (y)

“e) (l)a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación”.

En su Opinión, adoptada por seis votos contra uno, la Corte aceptó su competencia y la admisibilidad de la solicitud planteada, declaró que la expresión “niño” o “menor de edad”, para los efectos de la propia Opinión, abarca a toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, y sostuvo:

“1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

“2. Que la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

“3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los

niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

“4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe 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. Que debe preservarse y favorecerse la presencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

“6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

“7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de privación arbitraria, establecidas en el artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

“8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

“9. Que los Estados partes en la Convención Americana tienen la obligación, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

“10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los

principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal (en) dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

“11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

“12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

“13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos”.

### *Voto*

1. En la solicitud de opinión consultiva recibida y atendida por la Corte —OC-17/2002, sobre “Condición jurídica y derechos humanos del niño”—, a la que se agrega este *Voto concurren-*

*te razonado*, se refleja, entre otras cuestiones, la preocupación por identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado para actuar en relación con los niños en ciertos supuestos de suma importancia. Éstos deben ser cuidadosamente deslindados: a) la realización de una conducta, activa u omisiva, que se halle legalmente prevista como delictuosa, es decir, que sea penalmente típica, y b) una situación que no implique conducta típica alguna y que sugiera la necesidad de esa actuación en beneficio —real o supuesto— del menor de edad. Bajo cierta concepción, que no necesariamente comparto, pero que resulta expresiva para acotar estos supuestos, se hablaría de “menor delincuente” o de “delincuencia infantil o juvenil”, en el primer caso, y de “menor en situación irregular” o en “estado de peligro”, en el segundo. Sobra decir que estas denominaciones tienen, hoy día, una elevada “carga desfavorable”, o por lo menos controvertible. El gran debate comienza —o termina— en el empleo mismo de dichas expresiones.

2. No es ocioso señalar que la frontera entre esos supuestos debe subordinarse a la naturaleza de los hechos o las situaciones correspondientes a cada uno, desde la perspectiva de los bienes reconocidos y tutelados por el orden jurídico —en mi concepto, desde el plano mismo de la Constitución nacional— y de la gravedad de la lesión que se cause a éstos o del peligro en que se les coloque. En una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites de cada hipótesis, conforme a su naturaleza, y establecer en consecuencia la regulación que corresponda. No es aceptable que la ubicación de una conducta dentro de alguna de las categorías mencionadas dependa sólo del libre arbitrio del órgano Legislativo, sin tomar en cuenta los principios y las decisiones constitucionales, que gobiernan la tarea del legislador a la hora de “seleccionar” las conductas que deben ser consideradas delictuosas, así como las consecuencias jurídicas correspondientes.

3. En este *Voto*, como en la misma opinión consultiva OC-17, se utilizan indistintamente las voces “niño” y “menor” en su

sentido más estricto (párr. 39), y al mismo tiempo más distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa. El idioma es un sistema de claves. Debo establecer el alcance de las que ahora empleo, adhiriéndome al uso que de ellas ha hecho la Corte en esta opinión consultiva, para colocarlas por encima o fuera —como se prefiera— de un debate que a veces aporta más sombras que luces. La palabra “menor”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno —o amplio— ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades; regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o antes inclusive), y la capacidad de ejercicio de ellos (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra “niño” ha poseído, en principio, un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano.

4. El concepto “niño” coincide con el de “menor de edad” cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de derecho. La Convención sobre Derechos del Niño, de Naciones Unidas, abundantemente invocada en la presente opinión consultiva, considera que es niño la persona menor de 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1o.) (párr. 42). Esto confiere un sentido jurídico preciso a la palabra niño, y en tal virtud coloca a este concepto —y a este sujeto— como punto de referencia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. Huelga decir que la palabra “niño” abarca aquí al adolescente, porque así resulta de esa Convención tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma. La propia Corte Interamericana declara el alcance que tienen las voces “niño” y

“menor de edad” para los efectos de la opinión consultiva. Se me excusará, en consecuencia, por no utilizar a cada paso la relación exuberante: niño, niña y adolescente (que pudiera ampliarse si también se distingue “el” adolescente de “la” adolescente).

5. Ni en la declaración de la Corte ni en los párrafos considerativos o en las opiniones específicas que figuran al final de la OC-17 aparece deslinde alguno que conduzca a establecer distinciones a partir o en relación con el discernimiento o la llamada presunción sobre la capacidad (o incapacidad) de dolo; distinciones que crearían, a su turno, nuevos subconjuntos dentro del gran conjunto de los niños. Se entiende, pues, que dieciocho años son una frontera precisa entre dos edades que traen consigo dos estatutos característicos en el ámbito que aborda este *Voto*: una, la correspondiente a quienes se hallan fuera del ámbito de validez subjetiva de las normas penales ordinarias, y otra, la de quienes se encuentran sujetos a éstas.

6. Cuando la opinión consultiva se refiere a determinado trato para los niños o menores de edad, y lo distingue de otro relativo a los adultos o mayores de edad, supone —en mi concepto— que el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores (párr. 109). Esto no obsta, desde luego, para que: a) existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (derechos humanos, garantías), sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o, incluso, necesarias, y b) existan, en el ámbito de los menores, diferencias derivadas del distinto desarrollo que existe entre los individuos menores de dieciocho años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con ocho o diez años de edad y quien ha alcanzado dieciséis o diecisiete. Por cierto, también existen diferencias —que no pretendo examinar ahora— en el otro conjunto, el de los adultos, por motivos diversos; el ejemplo más evidente es el de quienes se hallan privados de la razón.

7. Evidentemente, las cuestiones que mencioné en el párrafo 1o., *supra*, interesarían también si se tratara de un adulto o “mayor de edad”, y de hecho han determinado algunos de los más

prolongados, intensos e importantes desarrollos vinculados con la democracia, el Estado de derecho, las libertades, los derechos humanos y las garantías. Estos temas —con sus correspondientes valores— entran en la escena cuando se enfrenta el poder público con el individuo “delincuente”, por una parte, o “marginal o desvalido”, por la otra. En este enfrentamiento, tan antiguo como dramático, quedan en peligro los derechos individuales más relevantes —vida, libertad, integridad, patrimonio— y se elevan los más impresionantes argumentos, no necesariamente justificados o persuasivos, para legitimar la actuación del Estado, así como las características y objetivos (confesados o inconfesables) de aquélla.

8. Ahora bien, el punto se complica cuando además de la delicadeza que éste reviste según la materia —irregularidad, extravagancia, marginalidad, peligrosidad, delito—, vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (párr. 10). Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen —en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones— de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, *ope legis*, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo.

9. En el sistema penal del pasado distante, los mayores y los menores estuvieron sometidos a reglas semejantes, cuando no idénticas, aliviadas en el caso de los segundos por una benevolencia dictada por el sentimiento de humanidad o sustentada en la falta o disminución del discernimiento (sujeta a prueba, por-que *malitia supplet aetatem*). Las diferentes edades del sujeto pu-

dieron establecer también distintos grados de vinculación con la justicia penal y sus consecuencias características. La minoridad extrema —hasta siete o nueve años, por ejemplo— pudo excluir de plano el acceso a la justicia penal, aunque no a toda justicia del Estado. Una edad más avanzada, pero todavía no juvenil, moderó las consecuencias de la conducta delictuosa o relativizó la intervención de la justicia penal de acuerdo con el discernimiento que podía tener el sujeto para apreciar y gobernar su conducta. Finalmente, el cumplimiento de otra edad —la juvenil: entre dieciséis y veintiún años— hizo al sujeto plenamente responsable de su conducta, y por lo tanto susceptible de enjuiciamiento y condena penales. En la realidad de la “vida penal”, las cosas no siempre ocurrieron como lo querían la ley o la cordura: sobran relatos —desde forenses y criminológicos hasta literarios— sobre la confusa reclusión de niños, adolescentes, jóvenes y adultos en los mismos depósitos de personas.

10. En algo más que el último siglo se abrió paso la idea de trazar un deslinde terminante entre quienes serían menores y quedarían sujetos a una jurisdicción o a una acción semipaterna por parte del Estado, y quienes serían mayores —capaces de derecho penal— y quedarían sujetos a la justicia penal ordinaria. Se dijo entonces que la imputabilidad penal comenzaría en la edad límite, y que por debajo de ella existiría una inimputabilidad absoluta, por determinación de la ley. Esta certeza se resumió en una expresión centenaria: “L’enfant est sorti du Droit pénal”.<sup>219</sup>

11. No me extendiendo en este momento sobre la pertinencia o no de hablar a este respecto, como es frecuente hacerlo, de “inimputabilidad”, o utilizar otros conceptos que expliquen mejor la distinción entre mayores y menores para efectos de derecho penal. Si se considera, como lo hacen una acreditada doctrina y muchas leyes penales, que la imputabilidad es la capacidad de entender

<sup>219</sup> Garçon, en el Primer Congreso Nacional de Derecho Penal (*Rev. Pénitentiaire*, 1905), cit. Nillus, René, “La minorité pénale dans la législation et la doctrine du XIX siècle”, *Le problème de l’enfance délinquante*, Paris, Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris, Lib. du Recueil Sirey, 1947, p. 104.

la licitud de la propia conducta y de conducirse conforme a ese entendimiento, se convendrá en que aquélla no es un tema de grupo, sino de persona; efectivamente, se es o no imputable según la capacidad aludida, que se tiene o no se tiene personalmente. La atribución de imputabilidad o inimputabilidad *ope legis* a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica —la única que existe— en el caso de cada uno de ellos.

12. En todo caso, el deslinde, que debió ser uniforme, no lo ha sido nunca: en diversos países prevalecieron distintas fronteras, que también hubo o hay en el interior de un mismo país con régimen federativo. La situación es particularmente diversa incluso entre países que poseen comunidad de valores jurídicos, como es el caso en Europa: la edad de responsabilidad penal es de siete años en Chipre, Irlanda, Suiza y Liechtenstein; ocho en Escocia; trece en Francia; catorce en Alemania, Austria, Italia y varios Estados de Europa del Este; quince en los países escandinavos; dieciséis en Portugal, Polonia y Andorra, y dieciocho en España, Bélgica y Luxemburgo.<sup>220</sup>

13. La distribución de la población en esos dos grandes sectores, para fines de responsabilidad por conducta ilícita, implicó la creación o el desenvolvimiento de jurisdicciones —*lato sensu*— diferentes, órdenes jurídicos propios y procedimientos e instituciones diversos para cada uno. En el caso de los adultos, ese desarrollo coincidió con el auge del principio de legalidad penal y procesal, que dio origen a un régimen de garantías más o menos exigente. En el de los menores, en cambio, la extracción de la justicia penal tuvo como efecto el establecimiento de jurisdicciones “paternales o tutelares” fundadas en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad

<sup>220</sup> Eur. Court of H. R., *Case of T. v. The United Kingdom, Judgement of 16 December 1999*, p. 48.

o la tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen. En la tradición anglosajona, la raíz de esta idea se halla en el régimen de *parens patriae*,<sup>221</sup> que entronca con el principio *the king as father of the realm*.

14. La evolución y adaptación de esta forma de enfrentar el tema de los jóvenes infractores guarda relación con la idea del “Estado social”, dotado de amplias atribuciones para asumir tareas económicas, sociales, educativas o culturales. El mismo impulso de intervención y asunción de funciones, que antes correspondieron solamente a otras instancias —aduciendo para ello razones atendibles y correspondiendo a realidades apremiantes—, anima en cierta medida el avance del Estado sobre los espacios de la paternidad y la tutela. Si los padres o tutores pueden resolver con gran libertad sobre el desarrollo sus hijos, adoptando inclusive medidas de autoridad que no serían aplicables a un adulto fuera de procedimiento judicial, el “Estado padre o tutor” podría hacer otro tanto, poniendo de lado, por ello, las formalidades y garantías del derecho ordinario: desde la legalidad en la definición de las conductas que motivan la intervención y la naturaleza y duración de las medidas correspondientes, hasta el procedimiento para adoptar decisiones y ejecutarlas.

15. La legislación y la jurisprudencia nacionales, apoyadas por una doctrina que en su tiempo pareció innovadora, afirmaron en diversos países la posición paternalista del poder público. En Estados Unidos, estas ideas se instalaron a partir de una resolución de la Corte Suprema de Pennsylvania, de 1838: *Ex parte Crouse*. En México, casi cien años después, una conocida sentencia de la Corte Suprema de Justicia, dictada en el juicio de amparo de Ezequiel Castañeda en contra de actos del Tribunal de Menores y de la ley correspondiente, expuso el criterio tradicional: en la especie, el Estado no actúa “como autoridad, sino en el desempeño de una misión social y substituyéndose a los particulares encargados por la ley y por la tradición jurídica de la civilización

<sup>221</sup> Senna, Joseph J. y Siegel, Larry J., *Introduction to Criminal Justice*, 4<sup>th</sup> ed., St. Paul, West Publishing Company, 1987, p. 535.

occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores”.<sup>222</sup> Así se definió el rumbo que seguiría esta materia, de manera más o menos pacífica, en muchos años por venir. Tomando en cuenta el relevo paterno y tutelar que explicó y justificó, desde el plano jurídico, la actuación del Estado, así como el propósito asignado a la intervención de aquél en estos asuntos, que coincidía aproximadamente con el designio correccional o recuperador que campeaba en el caso de los adultos, esta forma de actuar y la corriente que la sustenta recibieron una denominación que ha llegado hasta nuestro tiempo: “tutelar”.

16. La idea tutelar, entendida como se indica en los párrafos precedentes, representó en su momento un interesante progreso con respecto al régimen que anteriormente prevalecía. En efecto, quiso retirar a los menores de edad, y efectivamente lo hizo, del espacio en el que se desenvuelve la justicia para adultos delincuentes. Al entender que el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor “sui géneris”, pretendió excluirlo del mundo de los delincuentes ordinarios. También advirtió el enorme peso que el aparato de la justicia puede ejercer sobre el menor de edad, y supuso preferible instituir unos procedimientos y organizar unos organismos carentes de la “figura y el estrépito” de la justicia ordinaria, cuyos resultados no habían sido precisamente satisfactorios en el caso de los menores.

17. La entrega de los niños a este método para resolver sus “problemas de conducta”, entendidos como “problemas con la justicia”, trajo consigo diversas cuestiones difíciles que acarrearón el creciente cuestionamiento y la propuesta de sustituirlo por un régimen diferente. En primer término, la extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado llevó a reunir dentro del mismo

<sup>222</sup> “Ejecutoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo del amparo promovido a favor del menor Castañeda por su detención en el Tribunal de Menores”, en Ceniceros, José Ángel y Garrido, Luis, *La ley penal mexicana*, México, Botas, 1934, p. 323.

marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y aquellos que no lo eran, incluyendo ciertos conflictos domésticos cuya solución correspondía a los padres y se transfería, por incompetencia o comodidad de éstos, a los órganos correccionales del Estado. Esta confusión reunió en los mismos tribunales e instituciones a quienes habían cometido delitos calificados como graves y a quienes habían incurrido en “errores de conducta” más o menos leves, que debieron ser abordados bajo otra perspectiva. Por ello surgió la impugnación de la idea tutelar:

el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como “derecho tutelar”, ha sido puesto en duda con sobrados motivos hace algunos años, y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etcétera.<sup>223</sup>

18. Igualmente, la asunción estatal de las facultades de padres y tutores, no sólo captó y capturó a los menores, sino también privó a los mayores, de manera fulminante, de algunos derechos del estatuto familiar. Además, la pretensión de excluir la figura y la forma del juicio ordinario, sumada a la noción de que el Estado no se halla en conflicto con el niño, sino constituye el mayor garante del bienestar de éste —procedimientos sin litigio y, por ende, sin partes procesales—, condujo a minimizar la intervención del menor y de sus responsables legales en los actos del procedimiento, prescindir de algunos actos que en el derecho común integran el “debido proceso legal”, y suprimir el sistema de garantías, que son otros tantos controles del quehacer del Estado para moderar su fuerza y dominar su arbitrio en bien de la legalidad, que debe traducirse, en definitiva, como bien de la justicia.

<sup>223</sup> “Documento de discusión para el Seminario de San José (11 al 15 de julio de 1983), redactado por el coordinador, profesor Eugenio R. Zaffaroni”, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 94.

19. Estos y otros problemas acarrearón, como señalé, una fuerte reacción que reclamó el retorno —o la evolución, si se prefiere decirlo de esta manera— a los métodos legales diferentes, que entrañan una suma relevante de garantías: ante todo, legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable. La erosión del antiguo sistema comenzó desde diversas trincheras. Una, muy relevante, fue la jurisprudencia: del mismo modo que ésta entronizó con fuerza la doctrina de *parens patria*, acudiría a demoler las soluciones entroncadas con ésta y a instituir un régimen nuevo y garantista. En los Estados Unidos, una famosa resolución de la Corte Suprema, del 15 de mayo de 1967, *In re Gault*,<sup>224</sup> imprimió un viraje en el sentido que luego predominaría, restituyendo a los menores ciertos derechos esenciales: conocimiento de los cargos, asistencia jurídica, interrogatorio a testigos, no autoincriminación, acceso al expediente e impugnación.<sup>225</sup> La reacción dio origen a un sistema distinto, que se suele conocer con el expresivo nombre de “garantista”. Esta calificación denota el retorno de las garantías —esencialmente, derechos del menor, así como de sus padres— al régimen de los niños infractores.

20. En la realidad, ha ocurrido que las crecientes oleadas de delincuencia —y dentro de éstas la delincuencia infantil o juvenil en “sociedades juveniles”, como son las de Latinoamérica—, que provocan reclamaciones también crecientes y explicables de la opinión pública, han desencadenado cambios legales e institucionales que parecen caracterizar una de las posiciones más importantes y significativas de la sociedad y del Estado en la hora actual. Entre esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales: a él ingresan, con cada cambio reducción de la edad, millones de personas, que eran ni-

<sup>224</sup> *In re Gault*, 387 U.S. 9, 1967, dictada en el caso del adolescente —quince años de edad— Gerald Gault, a quien se inculcó —en unión de otro joven: Ronald Lewis— de llamadas telefónicas obscenas.

<sup>225</sup> Cole, George F., *The American System of Criminal Justice*, 3a. ed., Monterey, California, Brooks-Cole Publishing Company, 1983, p. 474.

ños o menores en la víspera y devienen adultos por acuerdo del legislador. La transformación de los procedimientos en el ámbito de los menores ha traído consigo, evidentemente, la adopción de figuras características del proceso penal, conjuntamente con la cultura o la costumbre penales inherentes a ellas.

21. En la actualidad existe en muchos países, como se percibió claramente en el curso de los trabajos (escritos y exposiciones en la audiencia pública del 21 de junio de 2002) (párr. 15) conducentes a la Opinión consultiva a la que corresponde este *Voto*, un fuerte debate de escuelas, corrientes o conceptos: por una parte, el régimen tutelar, que se asocia con la llamada doctrina de la “situación irregular” —que “no significa otra cosa, se ha escrito, que legitimar una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”—<sup>226</sup> y por la otra, el régimen garantista, que se vincula con la denominada doctrina de la “protección integral” —con la que “se hace referencia a una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”; se transita, así, del “menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos”.<sup>227</sup> Ha surgido una gran polarización entre estas dos corrientes, cuyo encuentro —o desencuentro— apareja una suerte de dilema fundamental, que puede generar, en ocasiones, ciertos “fundamentalismos” con sus estilos peculiares. Ese dilema se plantea en términos muy sencillos: o sistema tutelar o sistema garantista.

22. 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

<sup>226</sup> García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1994, p. 22.

<sup>227</sup> *Ibidem*, pp. 82 y 83.

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, como lo hago en este *Voto* y lo ha hecho, a mi juicio, la Opinión consultiva, que no se afilia a doctrina alguna.

23. ¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño —ante todo, un ser humano— es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?

24. Si eso es cierto, probablemente sería llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo. Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas —acertando y errando, y queriendo ahora superar los desaciertos o, mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento— hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones. Las contradicciones reales —y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos— se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideracio-

nes, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro.<sup>228</sup> En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Ésta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra “tutela” su sentido genuino —como se habla de tutela del derecho o de tutela de los derechos humanos—, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el derecho de los menores infractores,<sup>229</sup> que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un derecho protector, no un derecho desposeedor de los derechos fundamentales.

25. 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: 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

<sup>228</sup> Cfr: el desarrollo de esta opinión en mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, *Memoria* (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas), *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, 1996, pp. 205 y 206.

<sup>229</sup> Así, Jescheck, cuando afirma que el derecho penal de jóvenes es una parte del derecho tutelar de menores. Cfr. *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, vol. I, pp. 15 y 16.

específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, por un lado, y la juridicidad, por otro.

26. Por eso, en mi concepto, la Opinión consultiva de la Corte Interamericana evita “suscribir” alguna de las corrientes en juego, y opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración —convenientemente agrupadas, como lo señala la propia resolución, bajo conceptos amplios que se pueden proyectar sobre las hipótesis específicas— y exponer las opiniones correspondientes. De esta manera, el tribunal contribuye a alentar, atendiendo a los objetivos inherentes a una opinión de estas características, el desenvolvimiento del derecho nacional conforme a los principios que recoge y proyecta el derecho de gentes.

27. En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por situaciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto apareja igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar, como lo hice *supra* —y en ello es enfática la Opinión consultiva— que todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la “diferencia” entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas “especiales” con respecto a los niños. La idea misma de “especialidad” constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe —una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el derecho— y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad.

28. Es sobradamente sabido que en el proceso social —no público, no privado— se procura la igualdad de las partes por medios distintos de la simple, solemne e ineficaz proclamación de que todos los hombres son iguales ante los ojos de la ley. Es preciso introducir factores de compensación para conseguir, en la mejor medida posible, esa igualación. Lo ha sostenido expresamente la propia Corte Interamericana en su jurisprudencia, citada en esta Opinión consultiva<sup>230</sup> (párrs. 47 y 97). Los procesos en que intervienen menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, coinciden en buena medida con los procesos de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales. En aquéllos se requiere la defensa “material” que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera.

29. Una forma extremosa del procedimiento sobre menores infractores excluyó de éste a los padres y tutores. Dicha exclusión en este ámbito —donde campeaba lo que algún ilustre procesalista denominó un procedimiento de “naturaleza tutelar-inquisitiva”—<sup>231</sup> obedeció a la idea de que en el enjuiciamiento de menores no existía auténtico litigio, porque coincidían los intereses del menor y de la sociedad. La pretensión de ambos era idéntica: el bienestar del niño. En términos actuales se diría: el interés superior del menor. Si ésta era la teoría, en la regulación

<sup>230</sup> *Cfr.* El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva OC-16/99, del 1o. de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párr. 119. En sentido similar, asimismo, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 57.

<sup>231</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1966, p. 245.

concreta y en la práctica las cosas no funcionaban en esa dirección, y en todo caso se hallaban en predicamento tanto el derecho de los padres en relación con sus hijos como los derechos de estos mismos, de carácter familiar y de otra naturaleza. Es indispensable, en consecuencia, aceptar que el menor no puede ser un extraño en su propio juicio, testigo y no protagonista de su causa, y que los padres —o tutores— también tienen derechos propios que hacer valer y por ello deben comparecer en el juicio, todos asistidos por un asesor, promotor o defensor que asuma la defensa con eficacia y plenitud.

30. Esta reivindicación procesal debe tomar nota, por otra parte, de ciertos hechos. En un caso, el niño no se encuentra calificado —piénsese, sobre todo, en los de edades más tempranas— para desenvolver una actuación personal como la que puede asumir un adulto, avezado o por lo menos maduro (párr. 101). Este rasgo del niño justiciable debe proyectarse sobre su actuación en el juicio y sobre la trascendencia de los actos que realiza —las declaraciones, entre ellos, cuyos requisitos de admisibilidad y eficacia suele contemplar la propia ley procesal—; no puede ser ignorado ni por la ley ni por el tribunal, so pretexto de igualdad de cuantos participan en el proceso, que al cabo ocasionaría los más grandes daños al interés jurídico del niño. Y en otro caso, es posible —habida cuenta, sobre todo, de las características de los conflictos que aquí se dirimen— que exista una contradicción de intereses y hasta de posiciones entre los padres y el menor. No siempre es este el terreno propicio para que se ejerza, en toda su natural amplitud, la representación legal que corresponde, en principio, a quienes ejercen patria potestad o tutela.

31. Las consideraciones que se hacen en estas hipótesis y en otras semejantes no debieran ser interpretadas como impedimentos para que el Estado actúe con eficacia y diligencia —e invariablemente con respeto a la legalidad— en aquellas situaciones de urgencia que demanden una atención inmediata. El grave peligro en el que se encuentra una persona —y no solamente, como es obvio, un menor de edad— exige salir al paso del riesgo en forma

expedita. Sería absurdo pretender que se apague un incendio sólo cuando exista orden judicial que autorice a intervenir en la propiedad privada sobre la que aquél ocurre, o que se proteja a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte, sólo previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente.

32. El Estado tiene deberes de protección inmediata —previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia— de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos —la familia, por ejemplo— no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro. Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo ni difiere o suprime el juicio —o el procedimiento— correspondiente.

33. Considero indispensable subrayar —y celebro que lo haya hecho la OC-17/2002— una cuestión mayor para la reflexión sobre esta materia, que integra el telón de fondo para entender dónde se hallan las soluciones a muchos de los problemas —no todos, obviamente— que en este orden nos aquejan. Si se mira la realidad de los menores llevados ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales y luego sujetos a medidas de protección en virtud de infracciones penales o de situaciones de otra naturaleza, se observará, en la inmensa mayoría de los casos, que carecen de hogar integrado, de medios de subsistencia, de acceso verdadero a la educación y al cuidado de la salud, de recreación adecuada; en suma, no cuentan ni han contado nunca con condiciones y expectativas razonables de vida digna (párr. 86). Generalmente son éstos —y no los mejor provistos— quienes llegan a las barandillas

de la policía, por diversos cargos, o sufren la violación de algunos de sus derechos más esenciales: la vida misma, como se ha visto en la experiencia judicial de la Corte Interamericana.

34. En estos casos, que corresponden a un enorme número de niños, no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, cuya “progresividad” no ha permitido abarcar, hasta hoy, a millones y millones de seres humanos que, en plena infancia, distan mucho de contar con los satisfactores que esas declaraciones y esas normas —pendientes de cumplimiento— prometen formalmente. A esto se ha referido la Corte en el caso *Villagrán Morales*, que se cita en la presente Opinión consultiva (párr. 80), cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, contenidas en el artículo 4o. de la Convención Americana, sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores.<sup>232</sup>

35. En este extremo cobra presencia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles, mutuamente complementarios y condicionados. Bien que se organicen los procedimientos en forma tal que los niños cuenten con todos los medios de asistencia y defensa que integran el debido proceso legal, y bien, asimismo, que no se les extraiga injustificadamente del medio familiar —si cuentan con él—, pero nada de esto absuelve de construir las circunstancias que permitan a los menores el buen curso de su existencia, en todo el horizonte que corresponde a cada vida humana, y no solamente en las situaciones —que debieran ser excepcionales— en que algunos menores afrontan “problemas con la justicia”. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y

<sup>232</sup> Caso de los “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros*), sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párr. 144.

perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención.<sup>233</sup> No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizá, esmero sobre los derechos civiles y políticos —o sólo algunos de ellos, entre los más visibles— y desatención acerca de los otros.

36. La OC-17 acierta, a mi juicio, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto subraya la obligación de los Estados, que se plantea —por lo que toca al plano americano— desde la Carta de Bogotá conforme al Protocolo de Buenos Aires, de adoptar medidas que permitan proveer a las personas, de satisfactores en múltiples vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. En efecto, no bastaría con atribuir deberes a los Estados si no se reconocen, en contrapartida, los derechos que asisten a los individuos: de esta suerte se integra la bilateralidad característica del orden jurídico. En este ámbito ha ocurrido una evolución de conceptos semejante a la que campea en el sistema interno: si las Constituciones tienen, como ahora se proclama, carácter normativo —son, en este sentido, genuina “ley suprema”, “ley de leyes”—, también los tratados poseen ese carácter, y en tal virtud atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos. Entre estos últimos se localizan, por lo que hace al tema que aquí me ocupa, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

## II. LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL (2005)

En esta segunda parte del apéndice incluyo mi punto de vista en torno a la reforma de 2005 al artículo 18 constitucional, que

<sup>233</sup> En los términos de los Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (junio de 1986), “en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales” (principio 3).

incorporó en la ley fundamental una nueva versión sobre el tratamiento de los individuos menores de 18 años de edad que incurrían en conductas típicas conforme a la ley penal. Esta breve apreciación acerca de la reforma fue tomada de un artículo más amplio,<sup>234</sup> que en su hora incorporó el examen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y que ha sido el producto de diversas presentaciones del autor ante foros especializados.<sup>235</sup>

El impulso para realizar una importante reforma al artículo 18 en materia de menores infractores —tema que apareció en 1964-1965—<sup>236</sup> provino de las propuestas presentadas en el Senado de la República el 4 de noviembre de 2003, suscritas por senadores pertenecientes a los diversos partidos políticos con presencia en esa Cámara.<sup>237</sup> En 2004 hubo una iniciativa presidencial de reforma al conjunto del sistema penal —inclusive el enjuicia-

<sup>234</sup> “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, pp. 51 y ss., y figura también en mi libro *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Seminario de Cultura Mexicana-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, pp. 153 y ss.

<sup>235</sup> Así, “Derechos humanos de los menores de edad y justicia penal”, en el Seminario Internacional “Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, organizado por Secretaría de Relaciones Exteriores, UNICEF, DIF del estado de Nuevo León y Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del ITESM, Monterrey, Nuevo León, 20 de octubre de 2005; y “Justicia para adolescentes”, en la Conferencia Nacional “El nuevo modelo de justicia para adolescentes en México”, organizado por Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaría de Seguridad Pública y UNICEF, México, D. F., 11 de noviembre de 2005. Sobre la reforma de 2005 al artículo 18 constitucional, *cfr.* Carbonell, “Constitución y menores...”, en *Constitución y justicia...*, *cit.*, nota 92, pp. 31 y ss., e Islas de González Mariscal, “La reforma al artículo 18 constitucional”, *ibidem*, esp. pp. 54 y ss.

<sup>236</sup> *Cfr.* mi estudio de esta primera reforma en García Ramírez, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, esp. pp. 95-98.

<sup>237</sup> A saber, los suscriptores de la iniciativa del 4 de noviembre del 2003, senadores Jorge Zermeño Infante, del Partido Acción Nacional; Rutilo Escandón Cadenas, del Partido de la Revolución Democrática; Orlando Paredes Lara,

miento de menores infractores— que no prosperó o que fue absorbida, en lo que respecta a este tema específico, por el trabajo y las propuestas de los legisladores. La deficiente negociación del proyecto, el escaso conocimiento que hubo sobre sus características y fundamentos, la errónea explicación de algunos de sus datos principales —así, se confundió con una ley “antisequestros” y se simplificó bajo el rubro casi exclusivo de “proceso oral”— y otros defectos de fondo y forma que no procede examinar ahora, determinaron su suerte en el Congreso. En diversas oportunidades he analizado la propuesta de reforma constitucional presentada por el Ejecutivo, que al lado de manifiestos errores contenía sugerencias plausibles.

El 22 de abril de 2004 se presentó el dictamen de las comisiones senatoriales<sup>238</sup> al que me he referido *supra*. Son diversos los precedentes normativos en esta materia, de fuente internacional y nacional, varios de los cuales fueron mencionados en los trabajos preparatorios de la reforma. Destaca, por lo que hace a los nacionales, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, del 29 de mayo del 2000, publicada el mismo día, que ciertamente no es un modelo de técnica legislativa. Como precedentes internacionales cuentan la Declaración de Ginebra, de 1924, acerca de los derechos del niño, y la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959. Descuella el moderno marco de los derechos internacionalmente reconocidos: la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, que ha sido suscrita por la mayoría absoluta de los Estados, con dos excepciones, que no es fácil entender.

La relación incluye, asimismo, Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), un relevante conjunto de principios y disposiciones en esta materia; Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad

del Partido Revolucionario Institucional, y Emilia Patricia Gómez Bravo, del Partido Verde Ecologista.

<sup>238</sup> Se trató de las comisiones de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda.

(Reglas de Tokio), y Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad). Puede agregarse, porque ya existía entonces y fue suficientemente conocida por quienes intervinieron en la elaboración de las propuestas y el dictamen, la Opinión consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana.

La iniciativa senatorial inicial postuló, como dije, “un sistema integral de justicia penal para adolescentes” —individuos mayores de doce y menores de dieciocho años— a quienes se acusara “por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales”. Las personas menores de doce años quedarían “exentas de responsabilidad penal”. La aplicación del sistema se encomendaría a instituciones, tribunales y autoridades “específicamente previstas para la procuración e impartición de la justicia penal para adolescentes”. También se preveía que “las formas alternativas al juzgamiento deberán observarse en la aplicación de la justicia penal para adolescentes” y que en el procedimiento se atendería al “sistema procesal acusatorio”. La privación de libertad se emplearía “como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda”.

En la iniciativa de reforma se propuso que ésta abarcara tanto el artículo 18, sede final de los cambios, como el artículo 73 constitucional; esto último con el propósito de dar atribuciones al Congreso de la Unión para establecer las bases uniformes de la legislación nacional de la materia. Esta posibilidad se desechó. Además, hubo modificaciones importantes y acertadas en un segundo documento suscrito por senadores de la República —el 31 de marzo de 2005—, que aportaría el texto de la reforma. El cambio principal introducido por éste con respecto al primer proyecto senatorial consistió en la eliminación de referencias “penales”. Este giro mejoró considerablemente la iniciativa y fijó el buen rumbo de la reforma constitucional y de sus expresiones normativas y prácticas.

En el dictamen modificado del 31 de marzo se consideró que la intención de establecer el nuevo sistema “se encuentra colmada con las reformas y adiciones propuestas al artículo 18 cons-

titucional, por lo que el hecho de facultar al Congreso para expedir una ley que establezca las bases normativas a que deberán sujetarse los estados y el Distrito Federal, resulta innecesario”. Consecuentemente —se añade—, la Federación, los estados y el Distrito Federal actuarán concurrentemente conforme a sus “respectivas competencias, sin perjuicio de los mecanismos de coordinación y concurrencia que prevén las leyes”. Esas instancias están “facultadas para legislar en materia de justicia para adolescentes, sin mayor limitación que la observancia y el apego a las bases, principios y lineamientos esenciales introducidos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante la presente reforma”. En consecuencia, la propuesta final que se convertiría en reforma constitucional determinó la concurrencia de facultades entre la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, para ocuparse de esta cuestión. El nuevo párrafo del artículo 18 constituye la base para el ejercicio de las atribuciones federales y locales.

Queda pendiente para el futuro, tal vez distante, la posibilidad de unificar en mayor medida la legislación de la materia —como también, y acaso sobre todo, la regulación penal y procesal penal— en bien de una verdadera política nacional de prevención y persecución del delito. Comprendo y respeto las consideraciones políticas que han mantenido la copiosa diversidad legislativa en este terreno, pero tampoco puedo ignorar las buenas razones que han militado desde hace tiempo —sin éxito— en favor de la unificación. Habrá que desplegar un intenso esfuerzo político-legislativo para la “armonización”, por lo menos, de las soluciones en este campo, antes de que surjan particularidades —algunas admisibles, desde luego— que priven al conjunto de congruencia y eficiencia.

La reforma —al igual que el dictamen inicial— se refiere a un “sistema integral” de justicia. No se desea, pues, resumir la acción del Estado sólo en una porción de las atenciones que requiere esta materia: la noción de un “sistema integral” apunta a la más amplia cobertura de necesidades y a la adopción completa y adecuada de soluciones pertinentes, con todos los recursos y

en todas las direcciones. Ojalá que hubiera una declaración igual —y, obviamente, acciones del mismo signo— en lo que corresponde a la política criminal, tan invocada como desatendida.

He mencionado *supra* que la revisión del dictamen y la correspondiente reelaboración del proyecto, para abrir la puerta al texto final, se caracterizaron por el abandono de la idea de justicia “penal” a cambio del concepto de “justicia” —sin aquel calificativo— para adolescentes que infringen la ley penal. A veces ocurre que un cambio de redacción no queda amparado por suficientes explicaciones o precisiones en la exposición de motivos o en el debate, o bien, se observa una manifiesta contradicción entre lo que dice la norma y lo que sugiere la reflexión de sus autores, como ocurrió cuando fueron reformados los artículos 16 y 19 constitucionales, en 1999, para reparar el desacierto de la reforma de 1993 que sustituyó “cuerpo del delito” por “elementos del tipo penal”. Empero, en algún punto específico el dictamen de los senadores marchó por un rumbo diferente al que sustentó la reforma y quedó expresado en los correspondientes preceptos. Afortunadamente, este no ha sido el caso en la reforma del 2005 al artículo 18. Por la importancia que tuvo el cambio incorporado en el curso de los trabajos legislativos —como dato relevante para su orientación y culminación— y por la trascendencia que debe tener en la reglamentación y aplicación del nuevo sistema integral, me permitiré transcribir *in extenso* los razonamientos expresados en la revisión del dictamen.

Los integrantes de las comisiones expresaron su convencimiento de que el “espíritu” de las iniciativas sujetas a dictamen “no es el de reducir la edad penal o el crear una estructura gubernamental que juzgue como inimputables a los menores de 18 años. Por ello consideramos que es necesario suprimir el calificativo ‘penal’, a fin de evitar cualquier confusión con las instituciones y procedimientos relativos a la justicia para adultos”. Igualmente, señalaron: “en el ámbito jurídico la idea de lo ‘penal’ implica la imposición de penas como principal consecuencia del delito, mismas que constituyen la privación o restricción de

bienes jurídicos, impuestas conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una conducta antijurídica tipificada previamente como delito”.

Habida cuenta de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad —señaló el nuevo documento— “no es dable que se haga referencia a un sistema ‘penal’ para menores adolescentes, a quienes no es posible aplicarles una pena en estricto sentido, puesto que no tienen la posibilidad de determinar la comisión de un ilícito penal”. Dado que no hay “pena sin culpabilidad”, los autores del giro consideraron “pertinente que el sistema a que se refieren las iniciativas se identifique como ‘Sistema Integral de Justicia para Adolescentes’”. Otras modificaciones atendieron a la misma línea de pensamiento: “eliminar toda noción relacionada con la imputabilidad, culpabilidad o responsabilidad penal, que no pertenecen al ámbito de la justicia para menores”. Finalmente, “el concepto de sanciones se sustituye por el de medidas, con el mismo criterio de evitar la confusión con el régimen punitivo aplicado a los imputables, es decir a los mayores de edad”.

Son relevantes las referencias a la edad de los individuos sujetos a la justicia para adolescentes. Hacía falta una definición en este punto, que debió presentarse desde hace tiempo, merced a un juicioso consenso —y en todo caso a partir de la vigencia en México de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño—, sin necesidad de que la Constitución resolviera lo que puede decidir, sin orden normativa, el acuerdo promovido por la razón. Pero no fue así: las características de nuestro federalismo penal o parapenal permitieron que varias entidades carecieran de referencia sobre la edad mínima de acceso a la justicia especial para menores —antes de la cual sólo se plantea la atención asistencial— y que se mantuvieran una gran variedad de soluciones acerca del ingreso al ámbito de la justicia penal —no diré a la imputabilidad penal, que es un problema diferente—, fijado en dieciséis años por varias legislaciones, en diecisiete por alguna y en dieciocho por la mayoría. La reforma ha puesto orden en esta materia, aun cuando existen opiniones respetables

que prefieren fijar en catorce años y no en doce, como finalmente se dispuso, la edad de acceso a la justicia especial. En este orden, sólo se consignó una precisión, que adelante mencionaré, sobre la adopción de medidas privativas de libertad.

Sin perjuicio del debate que puede existir acerca de la edad —examen que no está cerrado— se ha ganado mucho terreno gracias a las nuevas definiciones constitucionales. Éstas toman en cuenta un generalizado criterio sobre lo que es “adolescencia”, etapa posterior a la “niñez” y anterior a la “juventud adulta”: entre doce y dieciocho años. Los menores de aquella edad quedan sustraídos a la persecución. Para ellos prevalecen otros conceptos, cuando incurren en conductas infractoras de la ley penal: rehabilitación y asistencia social

También hacía falta establecer, más allá de dudas e interpretaciones, que sólo quedarán comprendidos en este sector de la función estatal quienes realicen conductas penalmente típicas, como lo ha reclamado la tendencia dominante desde hace varias décadas y lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana, basada en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, quedan fuera, pues, los estados de peligro y riesgo, que en otra época determinaron la actuación de los tribunales y consejos para menores.

También se hallan excluidas las conductas constitutivas de infracción administrativa, cuyas sanciones constituyen igualmente —también lo ha precisado la jurisprudencia interamericana— una expresión del poder punitivo del Estado, potencialmente severa y siempre inquietante desde la perspectiva de los derechos individuales y la vigencia del orden democrático. Habrá que reflexionar cuidadosamente en torno a las consecuencias de la infracción administrativa (faltas de policía, principalmente) cometidas por sujetos de entre doce y dieciocho años: ¿el mismo régimen de los adultos, que no parece acertado? ¿Un sistema especial, sin contravenir la norma constitucional?

La subordinación del sistema integral de justicia al concepto de tipicidad, que constituye garantía de legalidad, no implica,

sin embargo, que esa legalidad sea la misma para todos. Puesto que subsiste la desconcentración de las atribuciones legislativas en materia penal, es decir, de las facultades tipificadoras, habrá que atender aquí —como en el supuesto de los adultos— a las decisiones particulares de los legisladores federal y locales: los problemas que surgen en el campo del derecho penal ordinario aparecerán en el nuevo derecho especial para menores infractores a propósito de la caracterización de las conductas ilícitas y sus consecuencias jurisdiccionales.

La reforma constitucional acoge el sano criterio de comprender tanto garantías generales aplicables a todas las personas como garantías especiales dirigidas a los adolescentes. Así se atiende a la legalidad y a la especificidad de los sujetos en su condición de personas en desarrollo. Esto último demanda medidas de corrección de las desigualdades que provienen de las diferencias materiales, punto al que me he referido ampliamente y sobre el que no insistiré. Evidentemente, la recepción de ambas garantías debe trasladarse a la legislación secundaria y a la organización real de la justicia para adolescentes.

En el texto constitucional se alojan algunas garantías procesales específicas. Aquí se recibe la noción de debido proceso legal, que no figuraba en la Constitución. Tenemos, pues, dos versiones para resolver una misma preocupación garantizadora, como *supra* mencioné: garantías esenciales del procedimiento, que señala el artículo 14, y debido proceso, que indica el nuevo párrafo del artículo 18. Se podrá entender que son conceptos diferentes, no necesariamente sinónimos, pero esta comprensión no resuelve el punto, sino lo desplaza: ¿por qué garantías esenciales, no debido proceso, para los adultos, y por qué debido proceso, no garantías esenciales, para los menores? Merecía mayor reflexión el empleo de fórmulas diversas, que siembra de problemas la interpretación, aunque sea plausible —por supuesto— la inclusión del debido proceso —o mejor todavía, de las ideas e imperativos que éste entraña— en la nueva justicia para menores.

El primer dictamen de las comisiones senatoriales apoyó la referencia al sistema procesal acusatorio, por contraste con el inquisitivo. Es comprensible y satisfactoria esta preocupación del legislador, aun cuando ciertamente no existe un concepto final y acabado acerca de aquellos sistemas procesales y sus variantes mixtas. En fin de cuentas, todos los sistemas son mixtos, en alguna medida. Ahora bien, la referencia al régimen acusatorio —que recoge una corriente reformadora en boga— no fue aceptada en la decisión final sobre la reforma. La revisión senatorial del 31 de marzo del 2005 optó por excluir la alusión al sistema acusatorio y referirse, en cambio, al dato clásico y nuclear de éste: deslinde entre la persecución y la resolución, expresado de la siguiente manera: habrá “independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas”.

Aquí resta decidir —pero lo hará la ley reglamentaria— en qué espacio del Estado se hallará cada una de esas autoridades, principalmente la jurisdiccional, que impone las medidas: ¿jurisdicción autónoma (no necesariamente tribunales administrativos) o incorporación en los poderes judiciales de la Federación, de los estados y del propio Distrito Federal? Cada solución ofrece ventajas e inconvenientes, no sólo desde la perspectiva técnica —en orden a la división de funciones y a la independencia de los órganos jurisdiccionales—, sino también desde el ángulo práctico: recursos para instalar los órganos y atender a su buen despacho.

También las soluciones institucionales deben examinarse bajo el rubro de las garantías. Lo son, por varias razones, que atañen a la adecuada operación del conjunto. La Constitución vuelve a la necesidad de crear instrumentos específicos para la atención de problemas específicos. Justicia integral para adolescentes no es apenas un capítulo de la justicia penal ordinaria para los adultos, al que deban trasladarse fielmente la instituciones, las categorías jurídicas, la “filosofía” y las prácticas de ésta. Se requiere especialización —personal, orgánica, institucional, material, procesal— de las instituciones, los tribunales y las autoridades que actuarán en la procuración y la impartición de la justicia para

adolescentes infractores de la ley penal. La ley suprema omitió un ámbito, que reviste, sin embargo, enorme importancia: la ejecución de las medidas.

Las medidas previstas se disciplinan a determinados principios —protección integral e interés superior, que no sólo debieron vincularse con aquéllas, sino con el enjuiciamiento mismo— y tienen como objeto la orientación, protección y tratamiento de los menores con el propósito de alcanzar la reintegración social y familiar del adolescente —fin que pudiera resultar, en la realidad, inabordable o desaconsejable— y el pleno desarrollo de su persona y capacidad —propósito incuestionable—. No faltarán los sinónimos para la protección ni el debate acerca del concepto de tratamiento.

Es importante el acento que la reforma ha puesto en la naturaleza y, sobre todo, en la intensidad de las medidas. Se prevé que sean proporcionales a la conducta realizada. Sobre este punto tómesese en cuenta que las medidas entrañan afectaciones de los derechos de quien se encuentra sujeto a ellas: principalmente, aunque no exclusivamente, la libertad. De ahí que no se autorice la desproporción, la desmesura, el exceso. Es indebido corresponder a ciertas conductas con reacciones excesivas, expresión de un rigor defensorista o punitivo que pudiera resultar absolutamente injustificado y totalmente inaceptable en una sociedad democrática. Cualquier injerencia en los derechos fundamentales de las personas debe tener como referencia las exigencias y los límites que la explican lógicamente y la justifican jurídicamente: necesidad, razonabilidad, oportunidad, proporcionalidad, e incluso inevitabilidad.

Que haya proporción entre el hecho ilícito y la reacción correspondiente no impide que el órgano emisor de la medida tome en cuenta, sin romper ese marco garantista, los datos que conduzcan al cumplimiento de la función estatal y de la finalidad de las medidas, particularmente en el supuesto de menores de edad, con respecto a los cuales la misma Constitución dispone orientación, protección, tratamiento, reintegración social y familiar. Esto re-

quiere considerar las condiciones particulares del individuo al que se aplican las medidas. Disponer éstas sin miramiento para las personas llevaría a decisiones “en abstracto”, *in vitro*, ajenas al destinatario y alejadas de la realidad, y en todo caso impertinentes o arbitrarias.

La conciliación entre los intereses legítimos del individuo y los legítimos intereses de la sociedad, que viene al caso en el enjuiciamiento por conductas ilícitas, obliga a apreciar detenidamente las medidas restrictivas de libertad, como precaución procesal o como consecuencia del comportamiento ilícito. Esto quedó a la vista en el proceso de reforma constitucional. De nueva cuenta es preciso considerar el carácter excepcional, restringido, marginal, de las afectaciones admisibles en el ámbito de la libertad. Por ello la reforma destaca ciertas fronteras imperiosas para el internamiento de adolescentes. Se entiende que esta expresión abarca cualquier medida restrictiva o privativa de libertad, sea durante el proceso, sea como resultado de éste, amparada por una resolución jurisdiccional.

Son varias las restricciones para la adopción del internamiento, que revelan una orientación garantista diferente de la que se observa en el caso de los adultos. Aquélla se informa en las mejores tendencias en esta materia y aparece en el artículo 37, b), de la Convención de los Derechos del Niño. La misma tendencia se aprecia en los pronunciamientos de la Corte Interamericana, que ha examinado el tema de la prisión preventiva y se ha referido, con un criterio aún más restrictivo, a la privación de la libertad en el caso de menores de edad.

En los términos del texto constitucional reformado, el internamiento es una medida extrema; por lo tanto, no se debe aplicar —como suele ocurrir en el supuesto de la prisión preventiva para mayores de edad— en forma automática, regular, rutinaria, sino sólo cuando resulte verdaderamente indispensable y se justifique su necesidad. La medida deberá durar “el tiempo más breve que proceda”: así, se aplicará en periodos generalmente cortos, tanto como sea posible, optando —si cabe la opción— por suspender

la medida, no por prolongarla. Sólo están sujetos a internamiento los adolescentes mayores de catorce años: quedan a salvo quienes se hallen por debajo de esa edad. La medida es aplicable únicamente cuando se juzga al sujeto por la comisión de una conducta antisocial calificada como grave.

Esta última precisión constitucional no implica que el internamiento proceda siempre que exista imputación por delito grave. Será preciso valorar la medida a la luz de los otros factores que la Constitución enuncia, principalmente su carácter de “medida extrema”. La referencia a delitos “graves” traerá consigo, en este campo, los mismos problemas que ya ha producido —y que no son pocos— en el enjuiciamiento de adultos a partir de la reforma de 1993. Ésta ha motivado diversas —y en ocasiones muy desafortunadas— formas de entender que una conducta ilícita es “grave”, calificación que se proyecta sobre el acceso a la libertad.

Acertadamente, la reforma propicia el empleo de formas alternativas de justicia, que se han venido desarrollando en años recientes, de manera más o menos formal, prohijadas por el expansivo régimen de la querrela y el perdón. Las soluciones compositivas son perfectamente admisibles en un amplio número de casos, e incluso resultan indispensables. Ahora bien, la reglamentación de esta norma deberá buscar los medios para que la solución alternativa sirva de veras a la justicia, no la enarezca o defraude. Evidentemente, lo que digo sobre la justicia para menores infractores es aplicable, aún más ampliamente, al enjuiciamiento de adultos. Estamos iniciando un camino promisorio, pero es preciso vigilar la marcha, para que en ella imperen la pertinencia y la probidad.

Con alguna frecuencia los artículos transitorios de nuevas leyes o decretos que reforman leyes existentes disponen que las novedades entren en vigor “al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”. Esta norma pudiera resultar razonable en algunos casos, pero no en todos. Efectivamente, es preciso proveer a la difusión de las disposiciones emergentes, como lo es preparar las condiciones para su aplicación y eficacia,

que a menudo reclaman formación de funcionarios y renovación de antiguos criterios, además de provisión de medios materiales para el éxito de la reforma.

La modificación del artículo 18 no incurrió en ese error. Tampoco estableció una *vacatio legis* muy amplia, como parece necesario si se toma en cuenta la magnitud de los cambios que dispone o sugiere y la época en la que aparece. Empero, los tiempos que prevé debieran permitir una razonable preparación, si en ellos se trabaja con intensidad y buena orientación. Los dos preceptos transitorios fijan plazos sucesivos. El primero, de tres meses a partir de la publicación del decreto, para que la reforma entre en vigor. El segundo, de seis meses contados desde el inicio de la vigencia, como plazo del que disponen “los estados de la Federación y el Distrito Federal” para “crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente decreto”. No se alude a la Federación, como si ésta contara ya con todo lo necesario para aplicar exitosamente la reforma en el momento mismo de su vigencia.

No deja de llamar la atención que entre en vigor una disposición que no resulta aplicable —o no parece serlo— cuando comienza su vigencia, porque se carece de las condiciones para que ello ocurra, y que, entendiéndolo así, el propio Constituyente disponga un nuevo plazo —“de gracia”, después de una llamada “de alerta”— para preparar la eficacia de la norma ya vigente. Mientras tanto, ésta permanecerá como derecho en vigor, por una parte, pero apenas en “proceso de aplicación”, por la otra. Más allá de estos comentarios, lo cierto es que habrá que poner manos a la obra, diligencia y cuidado para crear las condiciones del gran progreso que se ha querido imprimir en la justicia para adolescentes. Bienvenidas las palabras y las normas, las intenciones y los programas: sigue la hora de los hechos.

## BIBLIOGRAFÍA\*

### 1. Libros

- ABRAMOVICH, Víctor *et al.* (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto-Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-Canadian International Development Agency, 2007.
- ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1966.
- , *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- BIDART CAMPOS, Germán F., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, presentación de Stella Maris Martínez, Buenos Aires, Defensoría Federal de la Nación-Ed. del Puerto, 2008.

\* En este apartado sólo se mencionan los libros —de autor único o varios autores—, los artículos de revistas y otras fuentes que aparecen efectivamente citados tanto en el texto principal como en el Voto sobre la OC-17/02 y en el comentario acerca de la reforma de 2005 al artículo 18 constitucional, que figuran como apéndice. En esta relación de fuentes no aparecen las numerosas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las que se alude en el texto, y en el Voto y se identifican puntualmente con notas a pie de página, ni las resoluciones de otras instancias internacionales, cuya mención en este lugar extendería excesivamente la relación y duplicaría innecesariamente la alusión a opiniones consultivas y casos contenciosos.

- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryanth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- COURTIS, Christian *et al.* (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005.
- DELMAS-MARTY, *Modèles et Mouvements de Politique Criminelle*, París, Económica, 1983.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN, *Niñez y adolescencia. III Informe sobre Derechos Humanos*, Escobar, Guillermo (dir.), Madrid, Trama Editorial, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. de Miguel Carbonell, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y CARRANZA, Elías (coords.), *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre el Delito y la Justicia, Buenos Aires (UNICRI)-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), Depalma, 1990.
- y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967.
- , *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006.
- , *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2008.

- , *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Seminario de Cultura Mexicana-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.
- e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Temas penales diversos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos humanos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos (coord.), *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Memorias del Seminario Internacional*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y CARBONELL, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, vol. I.
- KRSTICEVIC, Viviana y TOJO, Liliana (coords.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*, San José, CEJIL, 2007.
- La política criminal en materia de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en México*, México, Procuraduría General de la República-Programa de Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en México, Unión Europea-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Costa Rica, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003.

- MEMORIA (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas), México, UNAM, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1996.
- NEUMAN, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- PASQUALUCCI, Jo, *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2003.
- PROGRAMA NACIONAL DE PREVENCIÓN DEL DELITO, *Justicia y tratamiento del menor infractor en México*, México, Porrúa, 1986.
- REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ RUIZ, María Carolina, *Las generaciones de derechos humanos. Libertad-igualdad-fraternidad*, 2a. ed., Bogotá, Página Maestra Editores, 2003.
- RUIZ FUNES, Mariano, *Criminalidad de los menores*, México, Imprenta Universitaria, 1953.
- SENNA, Joseph J. y SIEGEL, Larry J., *Introduction to criminal justice*, 4a. ed., West Publishing Company, St. Paul, 1987.
- VARIOS, *Le problème de l'enfance délinquante*, París, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Lib. du Recueil Sirey, 1947.
- , *Anuario de Derechos Humanos 1981*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, 1982.
- , *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de la Comunidad Europea, 1993.
- , *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, San José, Unión Europea-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1996.
- , *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José, Costa Rica, Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional, 2004.

- , *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- , *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- , *La política criminal en materia de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en México*, México, Procuraduría General de la República-Programa de Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en México, Unión Europea-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006.
- , *XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2008.
- VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, *Los menores infractores en México*, México, Porrúa, 2005.
- ZAFFARONI, E. Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2008.
- , *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

## 2. Artículos

- ANTKOWIAK, Thomas M., “Remedial Approaches to Human Rights Violations: the Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *The Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, núm. 2, 2008.
- BARATTA, Alessandro, “Infancia y democracia”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.
- BELOFF, Mary, “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto-Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-Canadian International Development Agency, 2007.

- , “Protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Memorias del Seminario Internacional*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- , “Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en Argentina”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto-Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-Canadian International Development Agency, 2007.
- BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 1981*.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN, *Niñez y adolescencia. III Informe sobre Derechos Humanos*, Escobar, Guillermo (dir.), Madrid, Trama Editorial, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, “Prefacio”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano”, *Panorama internacional sobre justicia penal*.
- , “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía”, *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 38, “Justicia y seguridad”, julio-diciembre de 2003.
- , “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2003.
- , “El sistema interamericano de protección de los derechos Humanos. La Corte Interamericana”, *La jurisdicción interamericana*.
- , “Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *XXIX Congreso Colombiano*.
- , “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, *Memoria* (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas).
- , Voto particular sobre la Opinión consultiva OC-17, en *Temas de la Jurisprudencia Interamericana*.
- , “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Memorias del Seminario Internacional*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- , “Dos temas recurrentes: debido proceso y derechos de indígenas”, en GARCÍA RAMÍREZ, *La jurisdicción interamericana*.
- , “El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, artículo en prensa, presentado al encuentro *Advocacy Before Regional Human Rights Bodies: A Cross-Regional Agenda*, de American University Washington College of Law and the Inter-American Commission and Court of Human Rights, Washington, D. C., 20 de octubre de 2008, que será incluido en la obra colectiva en homenaje al profesor Diego Valadés (en prensa).
- , “Derechos humanos de los niños y adolescentes”, *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa y Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, 2009.

- , *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1994.
- GARCÍA SAYÁN, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- GONZÁLEZ ESPINOZA, Olger I., “Obligaciones internacionales de los Estados respecto de los niños y las niñas a la luz del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Memorias del Seminario Internacional*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- LIWSKI, Norberto Ignacio, “Hacia un sistema integral de justicia y políticas públicas acordes con el marco jurídico internacional”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Memorias del Seminario Internacional*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, “Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos con perspectiva comparada”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5, junio de 2005.
- NILLUS, Renée, “La minorité pénale dans la législation et la doctrine du XIX siècle”, *Le problème de l'enfance délinquante*.
- O'DONNELL, Daniel, “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Memorias del Seminario Internacional*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- PARRA VERA, Óscar *et al.*, “Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano”, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

- SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, “La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos”, en COURTIS, Christian *et al.* (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005.
- VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, “La reforma al artículo 18 constitucional y su impacto en el sistema de menores infractores”, *Panorama internacional sobre justicia penal*.
- ZAFFARONI, E. Raúl, “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, *La justicia como garante*.
- , «Justicia penal y discriminación», *El juez y la defensa de la democracia*.
- , «Documento de discusión para el Seminario de San José (11 al 15 de julio de 1983), en *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*.

### 3. Otras fuentes

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.
- Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, 1989.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), 1994.
- Convención Interamericana contra el Terrorismo, 2002.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.
- Declaración de los Derechos del Niño, 1959.
- Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, 1986.

- Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño. Plan de Acción para la Aplicación de la Declaración Mundial, 1990.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil (Directrices de Riad), 1990).
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), de 1988.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 1985.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Tokio), 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, 1990.

DOCTOR

en Derecho por la UNAM. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas e Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Ha sido miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM. Fue juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2009). Presidió este tribunal entre 2004 y 2008. Entre otras funciones jurisdiccionales, se ha desempeñado como juez de tribunal para menores. Es autor de numerosos libros y artículos sobre temas jurídicos, especialmente en materia de justicia penal y derechos humanos. En los últimos años ha publicado varias obras: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Porrúa, 2007), *La reforma constitucional en materia penal* (Porrúa 2008; 2ª ed. y ed. Especial del Tribunal Superior de Justicia del D.F./Anales de Jurisprudencia, 2009) y *Cuestiones Jurídicas en la sociedad moderna* (Seminario de Cultura Mexicana, 2009).