

341.481.054  
B4342

BI	CONJUNTA
CÓDIGO - IJDH	
Fecha de Ingreso:	Julio 2009
Origen:	Buenos Aires
Nº Inscripción:	CDD 35897
Preço:	

Los derechos del niño en el sistema interamericano

Mary Beloff



© 2009 Editores del Puerto s.r.l. 3ª reimp.  
© 2008 Editores del Puerto s.r.l. 2ª reimp.  
© 2006 Editores del Puerto s.r.l. 1ª reimp.  
© 2004 Editores del Puerto s.r.l.

Corrientes 1515 - 10º - A  
C1042AAB - Ciudad Autónoma  
de Buenos Aires - Argentina  
Telefax (54-11) 4372-8969 / 4375-4209  
www.editoresdelpuerto.com  
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego GRINBAUM

Impreso en marzo de 2009 en  
ARTES GRÁFICAS CANDIL S.R.L.  
Estévez 2184. Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Tirada: 4000 ejemplares

Libro de edición argentina.

Beloff, Mary Ana  
Los derechos del niño en el sistema interamericano -  
1a ed. 3a reimp. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :  
Del Puerto, 2009.  
224 p. ; 22x15 cm.  
ISBN 978-987-9120-65-1  
1. Derechos del Niño. I. Título  
CDD 341.481

Fecha de catalogación: 12/02/2009

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

## Índice

<b>Prólogo</b>	
por Susana Villarán de la Puente . . . . .	I
<b>Capítulo I</b>	
Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular . . . . .	1
<b>Capítulo II</b>	
La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno . . . . .	47
<b>Capítulo III</b>	
Cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle") . . . . .	57
<b>Capítulo IV</b>	
Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" . . . . .	79
<b>Capítulo V</b>	
Condición jurídica y derechos humanos de la niñez y la adolescencia en el marco del sistema interamericano. . . . .	193

## Prólogo

Susana Villarán de la Puente\*

Fue un momento inolvidable para Mary BELOFF y para mí. Nos encontrábamos en Ciudad de Guatemala, rodeadas de la algarabía de los niños y las niñas que a duras penas podían contener sus maestros, de activistas de derechos humanos y de autoridades gubernamentales en el recinto de la escuela pública que desde ese día llevaría el nombre de "Niños de la Esperanza". Fue un acto sencillo pero lleno de significado, ya que en esa humilde escuela del centro de la ciudad se colocaría la placa con los nombres de cinco vidas segadas violentamente, antes de tiempo, en junio de 1990, cumpliendo así la sentencia de reparación dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y dignificando la memoria de cinco jóvenes guatemaltecos.

Habían pasado doce largos años para que Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anastrum Villagrán Morales fueran reivindicados. Sus cuerpos inertes habían sido hallados con señales de tortura en Los Bosques de San Nicolás y en Las Casetas. Dos de ellos eran niños; los cinco, vivían y trabajaban en la calle. Eran insignificantes para la sociedad y lo fueron también para la justicia en su país. Dos organizaciones de de-

\* Segunda Vicepresidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

rechos humanos llevarían su causa a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1994 y, cinco años después, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaría una memorable sentencia condenando al Estado de Guatemala por la violación al derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad personal, a las garantías y a la protección judicial. El caso sería conocido desde entonces como el de "Los niños de la calle".

Los cinco habían sido asesinados en una operación de "limpieza social" por las fuerzas de seguridad de Guatemala, por el estigma que padecen por vivir o trabajar en la calle y que cargan en sus débiles humanidades decenas de miles de niños y niñas en nuestro hemisferio. En la explotación sexual, en las peores formas de trabajo, en el conflicto armado interno, atrapados en redes de criminalidad, en los centros en los que se les priva de libertad, en la trata internacional. Desde cada una de estas situaciones de extrema violencia surge el clamor de nuestra infancia por hacer efectivo el derecho a ser protegida integralmente. Se trata de niñas y niños pobres y excluidos; ellas y ellos son los "ninguneados", como diría Gustavo GUTIÉRREZ –el teólogo peruano de la liberación–, afirmando con esta expresión el desconocimiento social e institucional de su calidad de personas con plenos derechos. Vidas que se inician a la deriva desde muy temprano. Son aquellos y aquellas a las que se transmite generacionalmente la pobreza y la violencia. Ellas y ellos nos revelan el rostro de sociedades profundamente inequitativas. A ellos y ellas les dedicó Jorge AMADO su célebre novela *Los capitanes de la arena*. Lamentablemente, no son personajes de ficción. Existen aunque la sociedad y el Estado los quieran volver invisibles, considerándolos como parte del paisaje urbano de nuestras ciudades. Su sola existencia en las condiciones de desamparo y peligro en las que viven nos lacera y desafía radicalmente a construir sociedades incluyentes y justas.

Ese día, en Ciudad de Guatemala, la hermana de uno de estos niños asesinados nos dijo a Mary y a mí: "Aquí, en nuestro propio país, no nos tomaron en cuenta, no somos importantes. Tuvieron que venir ustedes, de fuera –refiriéndose a la Comisión– para que nos consideraran, para que se hiciera justicia". Es en momentos como éstos que se valora lo que el sistema interamericano de protección de derechos humanos puede hacer para reparar la injusticia en personas concretas. Los "casos" se tornan en rostros, en nombres, se humanizan.

He iniciado este breve texto que prologa un nuevo libro de Mary BELOFF, relatando una historia compartida que forma parte ya de nuestros más entrañables recuerdos. Juntas hemos promovido el sistema interamericano de derechos humanos para la protección de los derechos de los niños y niñas del hemisferio. Juntas, ella como abogada experta en la materia y yo como comisionada relatora para los derechos de la infancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hemos compartido el privilegio de fortalecer la relatoría más joven de la Comisión poniendo en las manos de las y los operadores de justicia, de las autoridades a cargo de las políticas para la infancia, de las y los activistas de derechos humanos y de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las herramientas de protección del sistema interamericano.

En ese caminar por más de diez países del hemisferio pude constatar el rigor académico, y la calidad del enfoque con el que Mary BELOFF trabaja el concepto de protección integral de los derechos que surge de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. He sido testigo de excepción de la capacidad pedagógica con la que Mary BELOFF traducía los actuales debates y desarrollos jurídicos en ejemplos concretos, constatando cuán presentes están aún la cultura y mentalidad tutelares en las políticas públicas, y desafortunadamente aún, en las legislaciones de algunos de nuestros países. En cada uno de estos pueblos, Mary era conocida

-no sólo leída-; los estudiantes de derecho la buscaban para que les diera conferencias, los funcionarios públicos y operadores de justicia habían trabajado con ella en los procesos de elaboración de los códigos o en la capacitación orientada a su implementación en políticas públicas. No es usual encontrar una persona así, que combine de manera tan dinámica lo académico y el activismo. En todo momento, Mary nos dio muestra de su compromiso vital con la problemática de la infancia y la adolescencia, de su combativa manera de enfrentar las inercias del pasado que persisten en nuestra aproximación institucional a los problemas que enfrentan los niños y niñas del continente.

En la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hemos iniciado este camino con su valioso aporte en el proceso que condujo a la emisión de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que comenta en este libro; nos hemos beneficiado de su agudeza para discernir las ambigüedades en las que aún cae el sistema en la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana. Mary BELOFF sistematizó lo actuado por el sistema en *La infancia y sus derechos*, texto que condensa la jurisprudencia del sistema en relación a la infancia y que hoy sirve de herramienta concreta a quienes tienen responsabilidades diferentes ámbitos del quehacer en relación a los derechos de los niños y niñas en el hemisferio; también, aportó con su comentario acertado en la preparación de informes y casos individuales así como en medidas cautelares otorgadas por la Comisión.

La Convención Internacional de 1989 ha impregnado afortunadamente en el hemisferio nuestros ordenamientos legales, dando lugar a códigos de la niñez y la adolescencia que ofrecen un marco de protección radicalmente distinto para nuestra infancia. Sin embargo, como sostiene la autora en este libro, existe la imperiosa necesidad de seguir desarmando un modelo que está presente aún en políticas, instituciones y en mentalidades: el sistema tutelar que criminaliza a quienes pa-

decen en sus tiernas vidas la exclusión y la violencia, el que viola los derechos humanos de nuestros niños y niñas para "protegerlos", vulnerando el principio de legalidad al que tienen derecho, el que judicializa los problemas sociales. Hacer efectiva la nueva legalidad surgida de la Convención Internacional es un arduo camino que requiere de líderes. Mary BELOFF es una de ellas.

Washington D. C., octubre de 2004

**Un modelo para armar y otro para desarmar!:  
protección integral de derechos del niño  
vs. derechos en situación irregular\***

**I. Impacto normativo de la Convención Internacional  
sobre los Derechos del Niño en América Latina**

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>1</sup> se aprobó por aclamación en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de no-

\* Este trabajo reconoce muchos antecedentes. En primer lugar, el titulado *Estado de avance del proceso de adecuación de la legislación provincial a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño en la Argentina*, preparado para el Foro de Legisladores provinciales sobre derechos del niño en 1997. Agradezco a la Lic. Irene KONTERLLNIK el haberme invitado a escribirlo e instado a incluir, en las conferencias para grandes auditorios, técnicas audiovisuales que hasta entonces no usaba en las conferencias académicas, y a recurrir a modelos gráficos explicativos del tipo de los que se desarrollan en este texto. En segundo lugar, le precede el trabajo que con un nombre parecido, sin referencias a la situación argentina, se incluyó en la "Revista Justicia y Derechos del Niño", Ed. UNICEF, Santiago de Chile, 1999, n° 1, ps. 9-22. En tercer lugar, la conferencia que dicté en el Seminario "La Niñez y la Adolescencia ya no son las mismas (lo que todavía no se dijo)", organizada por el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad, realizado en Buenos Aires, el 15/4/2002, por invitación de la Lic. Eva GIBERTI, a quien agradezco la oportunidad de haber participado en esas excelentes jornadas. Finalmente, decenas de reuniones, seminarios, conferencias, clases. Vaya pues mi reconocimiento a los cientos de personas que, en diferentes países, han debatido conmigo estos temas, con quienes, *as maos dadas*, estamos construyendo una nueva cultura en relación con la infancia y sus derechos. Agradezco, por último, a Verónica SPAVENTA el cuidadoso trabajo de edición de la conferencia del año 2002 y sus lúcidos aportes.

<sup>1</sup> En adelante la Convención o CDN.

viembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos<sup>2</sup>. Su ratificación por veinte países –el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia<sup>3</sup>– ocurrió menos de un año después, lo que la convierte en el tratado que más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos. Es, además, el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia de todos los tratados de derechos humanos. Ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención<sup>4</sup>. A la fecha, sólo Estados Unidos y Somalía no la han ratificado<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> La Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. La condición social y jurídica de los niños ha sido por largo tiempo un asunto considerado del mayor interés por parte de la comunidad internacional. Diferentes relevamientos señalan que entre el comienzo del siglo y mediados de la década de los ochenta, diferentes organizaciones internacionales adoptaron entre sesenta y nueve (INTEGRITY, 1986) y cuarenta (Philip VEERMAN, 1991) –las diferencias obedecen al método empleado– declaraciones y convenciones que tratan exclusivamente sobre niños. Así, la Declaración de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional de relevancia que incluyó explícitamente el tema. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron, junto con otras organizaciones internacionales regionales o globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos del niño en uno o varios artículos. Todos estos instrumentos, sin embargo, no alcanzan –ni en contenido, fuerza vinculante o impacto cultural– sino mínimamente, a la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>3</sup> Cf. art. 49 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

<sup>4</sup> Cf. LE BLANC, Lawrence J., *The Convention on the Rights of the Child. United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995, ps. 11 y siguientes.

<sup>5</sup> Es de destacar que el recientemente independiente Timor Oriental ya la ha ratificado. En relación con la falta de ratificación por parte de Estados

Varias y diversas razones explican tal generalizada aceptación<sup>6</sup>. La que comúnmente se invoca es que en todo el mundo los niños<sup>7</sup> son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, requieren protección específica.

Aunque la comunidad internacional demoró bastante en formalizar en diferentes tratados que los derechos humanos pertenecen también a otros sujetos históricamente marginados, tales como las mujeres, los pueblos indígenas o las perso-

Unidos y Somalía, puede afirmarse que la omisión se explica, en el primer país, por la presencia de demasiados estados; en tanto que en el segundo, por su ausencia casi total. Somalía es un sujeto de derecho internacional, pero de la mayor fragilidad, y lentamente ha comenzado a vincularse con el resto de la comunidad internacional. En cambio, en Estados Unidos algunos estados no sólo toleran sino que aplican la pena de muerte a personas menores de 18 años de edad imputadas de determinados delitos, práctica que está prohibida por la Convención. Este es el argumento de fondo, vinculado con las características de la justicia juvenil en algunos de sus estados, por el cual este país se resiste a ratificar un tratado “políticamente correcto” como la CDN, si bien formalmente se esgrimen otras razones. Obviamente, la posición tradicional de Estados Unidos de América, contraria a la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, constituye también un factor relevante en la explicación general.

<sup>6</sup> Otras razones que en mi opinión explican la generalizada firma y ratificación del tratado son: a) débil mecanismo de control al Estado; b) débil exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales; c) reconocimiento limitado de los derechos en razón de la edad, madurez, capacidad o por el interés superior del niño; y e) ambigüedad en temas problemáticos tales como trabajo infantil, responsabilidad penal, adopción internacional, castigos disciplinarios, derechos sexuales y reproductivos, entre otros. Estas razones son desarrolladas más adelante.

<sup>7</sup> La Convención considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad (cf. art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño). La Argentina declaró en la ley 23.849 aprobatoria del tratado, con relación al art. 1, que éste debía ser interpretado en el sentido de que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

nas con necesidades especiales, en relación con la infancia esta formalización y reconocimiento llegaron aún más tarde. Recién sobre el final del siglo XX los niños fueron reconocidos en su subjetividad jurídica y política, como últimos actores sociales invitados a sentarse a la mesa de la ciudadanía.

La Convención implica, en América Latina, un cambio radical desde el punto de vista jurídico tanto como político, histórico y –muy especialmente– cultural. Con su aprobación por los países de la región se genera la oposición de dos grandes modelos o cosmovisiones para entender y tratar con la infancia.

Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación con la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como “modelo tutelar”, “filantrópico”, “de la situación irregular” o “asistencia- lista”, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas. A partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde esa perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes.

Es indudable que en prácticamente todos los países latinoamericanos se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad en los últimos quince años, como consecuencia del impacto de la incorporación de la CDN al derecho interno. Esta transformación suele resumirse en el paso de una concepción de los “menores” –una parte del universo de la infancia– como objetos de tutela y protección segregativa, a la consideración de niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Sobre la distinción entre “menores” y niños ver BELOFF, Mary, *No hay menores de la calle*, en “No Hay Derecho”, Buenos Aires, n° 6, junio de 1992.

Sin embargo, en términos concretos de reconocimiento y goce de esos derechos, es posible relativizar el impacto real de la ratificación de la Convención en el contexto latinoamericano<sup>9</sup>.

En relación con el poder judicial, pese a la manifiesta contradicción de las leyes tutelares de menores sancionadas con anterioridad a la ratificación de la Convención Internacional –y aún después– con las Constituciones nacionales y con otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros), ningún tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de esas leyes<sup>10</sup>. En este sentido, el proceso de reconocimiento de derechos a los niños en el contexto latinoamericano se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en los Estados Unidos, donde la Corte

<sup>9</sup> Es interesante destacar que en América Latina la incorporación de este tratado a los sistemas jurídicos nacionales tuvo lugar en el marco de procesos de transición o consolidación democráticas. Las implicancias de esta coincidencia histórica no han sido aún estudiadas en profundidad.

<sup>10</sup> La no aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de tribunales locales con el argumento de su programaticidad no es poco frecuente en los tribunales latinoamericanos, y no es privativa de los tratados relacionados con los derechos de niños y adolescentes. En el contexto argentino, este argumento fue superado a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ekmekdjian c/Sofovich”, sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492, en el que se sostuvo que cuando se ratifica un tratado existe una obligación internacional consistente en que todos los órganos del Estado –administrativos o jurisdiccionales– apliquen ese instrumento siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas que hagan posible su aplicación inmediata. Un análisis más profundo del tema puede verse en BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 623 y siguientes.

Suprema disparó el proceso de transformación de la condición jurídica de la infancia con el fallo “Gault” en 1967<sup>11</sup>.

Respecto de los poderes ejecutivo y legislativo, los países latinoamericanos han seguido un proceso que a la fecha puede ser dividido en dos etapas. La primera de esas etapas, que comprende la década 1990-2000 –en la que me concentro en este artículo–, encontró a los países latinoamericanos recorriendo tres caminos diferentes<sup>12</sup>.

En algunos países la ratificación de la Convención Internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial o un impacto retórico. Ratificada la Convención, su incorporación al derecho interno no produjo realmente ningún cambio en lo sustancial, más allá del impacto político –representado, por ejemplo, por la participación del país en la Primer Cumbre Mundial de la Infancia– o el impacto retórico que sí se ha producido en todos los países<sup>13</sup>.

En otros países se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Este segundo grupo comprende los países en los que se introdujeron reformas en sus leyes –

<sup>11</sup> Cf. *in re* “Gault”, 387 U.S. 1 (1967).

<sup>12</sup> La división en tres vías de este proceso es tomada de UNICEF/TACRO, *Informe final. Reunión de puntos focales. Área derechos del niño*, Paipa, Colombia, 6 al 9 de diciembre de 1993, p. 16.

<sup>13</sup> Sin lugar a dudas, a este grupo pertenecen los países que están más atrasados desde el punto de vista de la adecuación de sus ordenamientos legales a la Convención, que son básicamente México y los países del Cono Sur (Argentina, Chile y Uruguay). Ningún otro país de la región puede ser ubicado en este grupo. Sobre la problemática argentina puede consultarse BELOFF, Mary, *Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina. Tendencias y perspectivas*, separata del Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos del Niño y la Adolescencia, Salta, 1998, en lo pertinente. También, BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en la Nación y en las provincias argentinas*, en BELOFF, Mary (dir.), *Los derechos del niño en las provincias argentinas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, en prensa.

eventualmente en sus instituciones– pero que sólo operaron como una adecuación formal del derecho interno a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. A este proceso se lo denomina de adecuación formal o eufemística porque se reformaron las leyes pero no cambió la concepción, lo que se refleja a veces hasta en el propio nuevo texto legal<sup>14</sup>. En este sentido, una de las primeras tareas que se llevó adelante en América Latina a partir de la ratificación de la CDN fue poner en evidencia los llamados “fraudes de etiquetas” en relación con la infancia y la adolescencia, porque en el fondo nada cambia si sólo se trata de un cambio de nombres vacío de contenido. Por eso es importante tener en cuenta que la nueva cultura de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes no propone un cambio en el nivel de los significantes (o al menos no sólo y fundamentalmente), sino que propone un cambio absoluto en el nivel de los significados.

Finalmente, otros países han realizado –o se encuentran en proceso de realizar– una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> En esa situación, el caso más simpático es el de la República Dominicana. Allí, cuando recién se había ratificado la CDN, se aprobó un Código de la Niñez que en nada modificó la condición jurídica de la infancia en el país. Para dar un ejemplo, no regulaba la figura del abogado defensor; nada más y nada menos. Este Código fue derogado por la ley 136 del 15/7/2003. Lo mismo sucedió, básicamente, en Honduras –en la parte del Código referida a la protección–, en Bolivia –que ya tiene un nuevo Código, aprobado por ley 2.026 del 14/10/1999– y en Ecuador, donde el Código sancionado a comienzos de los años 90, también derogado recientemente por la ley 100, R.O. 737 del 17/12/2002, diseñaba un modelo de justicia de carácter administrativo y en la que, por lo tanto, no intervenían jueces, aun en asuntos penales. Se trata aquí de lo que Antonio Carlos GOMES DA COSTA ha llamado “el paradigma de la ambigüedad”.

<sup>15</sup> El caso más citado es el de Brasil (Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley 8.069 sancionada el 13 de julio de 1990), al que pueden sumarse, en esta primer década, Paraguay (Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1.680 de noviembre de 2001, modificada por Ley 2.169 de marzo de

**¿Qué pasó en los países de América Latina  
a partir de la ratificación de la CDN?  
Primer etapa de reformas legales e institucionales  
(1990-2000)**

<b>Grupo A</b>	La ratificación no tuvo ningún impacto o tuvo un impacto político superficial o un impacto retórico.
<b>Grupo B</b>	Se llevó a cabo un proceso de adecuación formal o eufemística de las leyes internas del país a la CDN.
<b>Grupo C</b>	Se llevó a cabo un proceso de adecuación sustancial de las leyes internas del país a la CDN.

En el nivel de la adecuación sustancial se advierte, en general, otra tendencia. Diferentes razones (muchas relacionadas con las circunstancias particulares históricas, políticas o con la cultura jurídica del país) explican que algunos países hayan optado por aprobar un Código integral, en tanto otros hayan optado por el dictado de leyes específicas.

Los primeros<sup>16</sup> sancionaron Códigos o leyes integrales que regulan todos los derechos reconocidos por la Convención, distinguiendo los aspectos relacionados con las políticas públicas de aquellos vinculados con la intervención judicial. Aún más, muchas veces estos Códigos o leyes integrales contienen también dispositivos orientados a la reforma institucional que una

2003), Costa Rica (Ley 7.576 de Justicia Penal Juvenil sancionada en marzo de 1996 y el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7.739 del 2 de diciembre de 1997), El Salvador (Ley del Menor Infractor, Decreto 863 del 27 de abril de 1994, D.O. 106 tomo 323 del 8 de junio de 1994), Panamá (Régimen especial de responsabilidad penal para la adolescencia, ley 40 vigente desde el 26 de agosto de 1999), Nicaragua (Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287 aprobada el 24 de marzo de 1998, publicada en mayo y vigente desde el 23 de noviembre del mismo año) y Venezuela (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en vigencia desde el 1º de abril de 2000).

<sup>16</sup> Tales los casos de Nicaragua, Venezuela o Paraguay.

ley basada en la protección integral de derechos necesariamente implica. Como es evidente, el dictado de una ley o Código con estas características requiere un detallado estudio y articulación con todas las normas vigentes que tratan de una manera u otra la materia (por ejemplo, el Código Civil o el Código de Trabajo, los decretos de creación y funcionamiento de los organismos de la administración, etcétera).

Los segundos<sup>17</sup> optaron por dictar leyes específicas en el marco de la Convención: leyes o Códigos de Familia o de algún tema puntual (adopción, violencia, identidad, etcétera), leyes sobre la responsabilidad penal de los adolescentes o sobre un aspecto en particular (por ejemplo, ejecución de las sanciones penales juveniles), y leyes de organización o reorganización institucional. Estas adecuaciones sólo lo son respecto de algunos artículos de la Convención (por ejemplo, si se trata del régimen para infractores de la ley penal, se trataría de los artículos 12, 37 y 40 del mencionado instrumento internacional); por eso, un país que sólo dicta una ley específica no está cumpliendo en toda su dimensión con el compromiso asumido al ratificar la CDN en el sentido de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole, necesarias para hacer efectivos todos los derechos allí reconocidos<sup>18</sup>.

Hay argumentos que apoyan la variante de la reforma a través de varias leyes y otros que apoyan la variante de la reforma a través de una sola ley o Código. Lo importante a tener en cuenta en el marco de un proceso dirigido a adecuar el derecho interno de un país al tratado que se comenta es que no queden ámbitos del orden jurídico al margen de los estándares internacionales. Si eso se hace con una ley, reglamento, Código, o con diez, dependerá de cada situación particular. Lo decisivo es no olvidarse ningún derecho en el camino.

<sup>17</sup> Tales los casos de Panamá, El Salvador o Costa Rica.

<sup>18</sup> Cf. art. 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Frente a estas reformas legales, mejores o peores, completas o incompletas, aparecen en el imaginario social latinoamericano dos visiones respecto del efecto que las leyes tienen en relación con la producción de cambio social. Por un lado existe una visión basada sobre una profunda desconfianza en las leyes como herramientas capaces de producir transformaciones sociales<sup>19</sup>. Es la posición característica de ciertos movimientos de base en la región, extendidos en los años 70 y reflejados en la actualidad en la posición que en la materia defienden algunas ONGs relacionadas con la infancia. Por otro lado, hay quienes creen que el derecho puede automáticamente producir cambio social. Esta posición se suele encontrar en sectores tradicionalmente considerados conservadores, como ocurría en las ya superadas discusiones en torno del divorcio vincular en algunos países, o bien como ocurre todavía cuando se plantea el debate acerca de la necesidad de que exista alguna clase de regulación de interrupciones de embarazos.

En materia de infancia se oscila también entre estos dos extremos, sin que sea posible identificar posiciones con personas; por el contrario, según el tema en discusión las mismas personas pueden tener una posición de confianza en la ley, que se convierte en escepticismo o desconfianza si se trata de otro tema (justicia juvenil frente a salud o educación, por ejemplo).

Hace algunos años un fiscal de menores hondureño me dijo en una clase que aquello que yo estaba explicando respecto de la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño era literatura. Su afirmación –compartida por muchos de sus colegas en distintos países latinoamericanos y comprensible si referida a otro orden de cosas–, en el orden del derecho y con el sentido que él atribuía a su frase, no puede sostenerse. La Convención, en la clave que aquí se propone, no es literatura.

<sup>19</sup> Sobre derecho y cambio social ver MINOW, Martha, *Law and social change*, traducción al castellano de Mary BELOFF, *Derecho y cambio social*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", año 5, n° 1, Buenos Aires, 2000, ps. 1-14.

### Proceso de adecuación sustancial

#### Código Integral de la Niñez y la Adolescencia/Juventud

- a) aspectos de protección / políticas públicas
- b) redefinición institucional
- c) justicia (de familia, penal)

#### Leyes específicas

- a) Leyes o Códigos de Familia
- b) Leyes de responsabilidad penal juvenil / Ejecución sanciones juveniles
- c) Leyes de organización institucional
- d) Leyes de maltrato / violencia
- e) Leyes sobre identidad / adopción
- f) Otras leyes

De manera simple, como es sabido, los tratados, las convenciones y los pactos son fuente de derecho internacional. La Convención es una especie dentro de los tratados de derechos humanos, forma parte de ese universo. ¿Qué significa que la Convención sea un tratado de derechos humanos? Significa que los países firmaron un contrato que deben honrar, del mismo modo que cuando dos personas firman un contrato deben cumplirlo. Significa también que es el Estado quien debe respetar los derechos humanos de las personas. La diferencia es que en un tratado, en lugar de ser particulares, quienes se obligan son los estados –que actúan como sujetos del derecho internacional–. Si los Estados no respetan las obligaciones y compromisos asumidos al firmar un tratado, pueden incurrir en responsabilidad internacional, la que eventualmente puede acarrear consecuencias muy serias.

Por consecuencias serias no me estoy refiriendo necesariamente a consecuencias desde el punto de vista de la fuerza. Hay diversas consecuencias disvaliosas para los Estados que incumplen sus obligaciones internacionales, que implican mayor o menor coactividad; pero que la coactividad o coerción a los Estados por el incumplimiento sea débil no autoriza a concluir que la CDN no es un orden normativo sino mera ficción o literatura.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no es una Declaración, como la firmada en el año 1959<sup>20</sup>, que era una formulación de principios acerca de cómo el mundo de posguerra se proponía tratar a los niños. La Convención, en cambio, es un contrato en el que toda la comunidad internacional –con excepción de los Estados Unidos y Somalia– se ha puesto de acuerdo respecto del estándar mínimo de tratamiento de la infancia, y se obliga a respetarlo, de modo que cuando un país no cumple con el tratado puede ser responsabilizado y sancionado internacionalmente por ello.

Los derechos que se reconocen en los tratados no necesitan, en general y como principio, ser reglamentados. Cierta doctrina en algunos países –sobre todo en aquellos de tradición inquisitivo-española, como toda la América Latina– plantean que el ejercicio efectivo de un derecho reconocido en un tratado está sujeto a reglamentación por parte de cada uno de los Estados. Si bien existen, por ejemplo, temas procesales que muchas veces requieren mayor reglamentación de los derechos y garantías reconocidos en los tratados, la cuestión, al final, pasa por decidir actuar en defensa de los derechos y no al margen de ellos. En cada situación, frente a un problema concreto, la Convención se puede aplicar directamente. Por ejemplo, el niño tiene derecho a un abogado defensor siempre, cualquiera sea el tipo de procedimiento que le acarree alguna consecuencia disvaliosa. ¿Qué puede decir la ley que reglamente ese derecho que tiene el niño? Es claro: o el niño tiene derecho a un abogado o no lo tiene. El argumento de la reglamentación –que remite a la distinción que en cierta doctrina se hace entre de-

<sup>20</sup> Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los arts. 23 y 24) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el art. 50).

rechos operativos y programáticos– está emparentado con el formalismo propio de la tradición inquisitiva del expediente, de lo escrito, del secreto y la delegación, donde es más relevante el color de la tinta o el papel en el que se hace una petición que el contenido de esa petición o que el derecho involucrado en esa presentación.

Al firmar la CDN los Estados se obligan a respetar los derechos allí incluidos mediante la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para darles efectividad<sup>21</sup>. Si alguien alega que el Estado no cumple con esta obligación podría denunciarlo, por ejemplo, en el informe de las ONGs al Comité de Ginebra o, eventualmente, ante un tribunal internacional.

Entonces, si existe el tratado, si ha sido ratificado y está en vigencia, es pertinente preguntarse ¿por qué los niños están como están?, ¿de qué ha servido la CDN?

Hace diez años el tratado no existía y no había forma de obligar a nadie para que hiciera algo diferente; hoy se puede. En este tema los abogados tenemos todavía una deuda pendiente que consiste en aceitar y desarrollar mecanismos de exigibilidad de los derechos de niños y niñas. De modo que, para concluir con este punto, los niños no están como estaban; algo ha cambiado, para mejor: su condición jurídica. La mejora sustancial del estatus legal de los niños constituye una condición necesaria, pero no es suficiente para la mejora de sus condiciones concretas de vida. Cómo hacer para que esa transformación normativa tenga un impacto directo en las vidas de los niños y las niñas, es *la* asignatura pendiente en este campo.

En otro orden de cosas, es importante tener en cuenta que como en cualquier tratado ampliamente ratificado, hay temas problemáticos que el tratado no resuelve, unos relacionados con la estructura del tratado, otros relacionados con su contenido. Al-

<sup>21</sup> Cf. art. 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

gunas cuestiones problemáticas que presenta la estructura de la Convención son: a) el débil mecanismo de control a los Estados; b) la limitación de cada derecho que se reconoce; y c) la baja exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

La Convención considera al niño como sujeto, esto es, como titular de todos los derechos que corresponden a todas las personas, más derechos específicos por encontrarse en una etapa de crecimiento. Sin embargo, cada vez que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reconoce un derecho lo limita por razones diversas, en general por la madurez, capacidad para formarse un juicio propio, desarrollo emocional o interés superior del niño<sup>22</sup>. La pregunta que una hermenéutica orientada hacia la máxima satisfacción de los derechos del niño debe resolver es cómo es posible compatibilizar el ejercicio de los derechos con la etapa de crecimiento por la que un niño se encuentre atravesando. En la nueva concepción se trata de una interpelación a los adultos, no más una autorización para limitar los derechos a los niños. Son los adultos los responsables de generar los arreglos institucionales y condiciones necesarias para que en cada momento los niños puedan ejercer sus derechos reconocidos por el tratado. Otra interpretación implicaría concluir que el tratado se firmó para que nada cambie, lo que no parece razonable.

Una salida que se ha explorado y que algunos consideran como implícita en la CDN es el concepto de "autonomía progresiva": el niño, por la "evolución de sus facultades", va adquiriendo autonomía para el ejercicio de sus derechos. La pregunta es hasta qué punto este desarrollo teórico no reproduce las doctrinas clásicas del derecho civil en el sentido de que, como afirman algunos autores, no es exacto que las leyes tutelares no reconozcan derechos a los niños (incapacidad de derecho) sino que por su condición no pueden ejercerlos por sí, por lo que necesitan representantes legales –sus padres o el asesor de me-

<sup>22</sup> Por ejemplo, arts. 9, 12 y 14 de la Convención.

nores, por ejemplo– para que los ejerzan por ellos (incapacidad de hecho).

Otro tema importante es la limitación de los derechos en función del interés superior del niño<sup>23</sup> que casi sin excepción hace la Convención cuando reconoce un derecho<sup>24</sup>. A pesar de los esfuerzos que algunos autores han realizado para darle un contenido conforme los nuevos estándares<sup>25</sup> –que obviamente comparto–, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por *interés superior del niño* no ha permitido plantear la discusión en términos superadores de la obsoleta cultura tutelar. Es que se trata de una noción que, aunque inserta en la Convención, respondió a una visión del mundo y de la infancia diferente de la que se instaura con ella. El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era *el interés superior* del niño o niña involucrado –ya sea en el plano

<sup>23</sup> Expresado en términos generales en el art. 3.1 de la Convención: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, el art. 9 establece: "1. Los Estados Parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el *interés superior del niño* (...) 3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al *interés superior del niño*" (destacado agregado).

<sup>25</sup> Al respecto pueden verse ALLSTON, Philippe (ed.), *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994; CILLERO, 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*, Ed. Temis/Depalma, Bogotá, 1ª ed., 1998, ps. 69 y ss. Hay una segunda edición actualizada y ampliada, en dos tomos, de 1999, y una tercera en prensa, 2004.

judicial, en el orden administrativo, educativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, etc.— obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales. Su inclusión en la Convención —que era previsible ya que la CDN es producto de un proceso histórico en el que esta categoría, sobre todo en la cultura anglosajona, ha cumplido un papel muy relevante— no ha logrado reducir su uso en este sentido<sup>26</sup>, y de hecho es de ese artículo de donde muchos se toman para defender la vigencia de las antiguas instituciones tutelares en el marco de la CDN. Este es un ejemplo claro de lo que llamo una hermenéutica “hacia atrás”, que convierte a la Convención en una herramienta legitimadora del *statu quo* e inútil para producir cambio social.

Otro aspecto problemático de la Convención es que si bien reconoce todos los derechos —es la primera vez que un tratado reconoce derechos civiles y políticos, y también derechos económicos, sociales y culturales, que son los que históricamente tuvieron que ver con la infancia, ya que las discusiones tradicionales en materia de protección a la niñez estuvieron relacionadas con la supervivencia de los niños, la salud, la vivienda, etc.—, limita ese reconocimiento a las posibilidades del desarrollo económico de cada país<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> De hecho, en Argentina, donde rigen plenamente las instituciones tutelares, el art. 3 de la Convención es el más citado por la jurisprudencia.

<sup>27</sup> Textualmente el artículo 4 dispone: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas *hasta el máximo de los recursos de que dispongan* y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. También, por ejemplo, en materia de derecho a la salud el art. 24 concluye su redacción en los siguientes términos: “Los Estados Parte se comprometen a promover y alertar la cooperación internacional con miras a lograr *progresivamente* la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrá plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo” (destacado agregado).

Tal vez los núcleos problemáticos señalados brevemente más arriba expliquen por qué prácticamente todos los países del mundo firmaron la Convención. Es claro que el argumento referido a que los niños son considerados a nivel mundial las personas más vulnerables en términos de sufrir violaciones a sus derechos humanos es un argumento débil para explicar tan masiva aceptación del tratado. Pero visto desde esta perspectiva, si los Estados se obligan a respetar derechos pero limitados por el interés superior del niño, la madurez, la capacidad para formarse un juicio propio, y en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, limitados por el desarrollo del país, parecería que el costo de firmar este tratado no era muy alto; por el contrario, el costo de no firmarlo es evidentemente mucho mayor y sino véase el caso de los Estados Unidos.

A esto se agrega el factor del débil mecanismo de control y seguimiento al Estado, ¿cuál es el sistema de control que prevé la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño? ¿Cómo se responsabiliza al país que no cumple con la Convención?

El mecanismo de seguimiento diseñado en la segunda parte de la Convención es muy débil<sup>28</sup>. No prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional encargado de aplicar el instrumento. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados, la Convención crea el Comité de los Derechos del Niño<sup>29</sup>. A tal fin los Estados Parte deben presentar, la primera vez

<sup>28</sup> Este tema es particularmente importante, ya que, en muchos casos, esta debilidad se reproduce a nivel nacional. De hecho, las nuevas leyes de protección, en el ámbito latinoamericano, evidenciaron una carencia notable desde el punto de vista del propio texto legal en cuanto descuidaron el diseño de los dispositivos eficaces de garantía y exigibilidad de los derechos. Un análisis sistemático sobre los mecanismos de control previstos en los tratados puede consultarse en PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, cap. VII.

<sup>29</sup> Cf. arts. 43 y 44 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

cada dos años y luego cada cinco, informes sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos<sup>30</sup>.

No obstante, en busca de construir mejores estándares jurídicos para la infancia, es posible compensar la debilidad del sistema de la Convención con la mayor exigibilidad del sistema interamericano. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José crea dos órganos específicos de control<sup>31</sup>: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

---

El 27 de febrero de 1991 se designaron los diez primeros integrantes del Comité, que actualmente está integrado por 18 expertos y sesiona dos veces por año en Ginebra. Además del informe gubernamental, el Comité recibe información sobre la situación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en los países a través de otras fuentes, entre ellas las organizaciones no gubernamentales, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones académicas y la prensa. Teniendo presente toda la información disponible, el Comité examina el informe junto con los representantes oficiales del Estado Parte. Sobre la base de este diálogo, el Comité expresa sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como "Observaciones Finales", que son públicas.

El Comité también hace públicas su interpretación del contenido de las disposiciones de los derechos recogidos en la Convención, que se conocen como "Observaciones Generales". Asimismo expresa Recomendaciones Generales sobre cuestiones temáticas o sobre sus métodos de trabajo. Celebra también discusiones públicas, o días de debate general sobre determinados problemas, como "La violencia contra los niños".

<sup>30</sup> Un estudio español comprobó que si todos los países hubieran cumplido con el primer envío de informes en plazo debido –dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte la Convención entró en vigor–, el Comité habría tardado más de cinco años en leer, procesar y responder todos esos informes, período en el que se habrían acumulado un informe más por país, por lo menos. Ello demuestra que además de ser un mecanismo débil, es un mecanismo de implementación imposible en términos ideales. La solución que recientemente ha encontrado el sistema es aumentar el número de comisionados, pero es evidente que esto no resuelve el problema de fondo vinculado con el nivel de exigibilidad del sistema de informes periódicos.

<sup>31</sup> Art. 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>32</sup>, que estructuran el mecanismo regional de protección de derechos humanos. Específicamente en relación con el juzgamiento de los Estados, éstos tienen que declarar expresamente que reconocen la competencia de la Corte, porque al admitirla están cediendo parte de su soberanía<sup>33</sup>.

La solución en este punto es, entonces, ingresar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a través del Pacto de San José de Costa Rica –Convención Americana sobre Derechos Humanos– al sistema interamericano, para compensar la debilidad del mecanismo de control al estado de la CDN. Con los mecanismos de control más intensos que el tratado regional diseña es posible, entonces, reclamar los derechos del instrumento internacional específico para la infancia. De hecho, esto se ha comenzado a realizar. Así, en ejercicio de la jurisdicción contenciosa, en "Villagrán Morales y otros" (caso de los "Niños de la calle"), la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que ambos instrumentos forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños<sup>34</sup>, postura que la misma Corte mantuvo en opor-

<sup>32</sup> Las cuestiones vinculadas a la organización, funciones, competencia y procedimiento de cada uno de estos órganos supranacionales están reguladas en los capítulos VI y VII de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>33</sup> Cf. arts. 45.1 y 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado argentino mediante ley 23.054 aprobó en 1984 la Convención Americana y, expresamente, reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial para aquellos casos en los que esté comprometida la aplicación e interpretación de ese instrumento (art. 2 de la mencionada ley).

<sup>34</sup> Cf. "Villagrán Morales y otros" (caso de los "Niños de la calle"), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, n° 63. Un análisis del fallo puede consultarse en BELOFF, Mary, *Los derechos de los niños en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Cuando un caso no es "el caso"*, comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la calle"), incluido como Capítulo II de este libro.

tunidad de expedirse en uso de la competencia que le asigna el art. 64 del Pacto de San José en la Opinión Consultiva 17<sup>35</sup>.

Finalmente, el 16 de noviembre de 1999 entró en vigor el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador<sup>36</sup>–. Con este Protocolo es posible compensar la debilidad relativa de la CDN respecto de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. Ahora, en el contexto regional, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José y su protocolo adicional, es posible ingresar al sistema interamericano de protección de derechos humanos, en particular en relación con un derecho central de la infancia, para el que el Protocolo Adicional admite el mecanismo de peticiones individuales, que es el derecho a la educación.

## II. Concepciones en tensión: de la irregularidad del tutelado a la integralidad de la protección

El título de este trabajo podría haber sido simplemente “protección integral de derechos: un modelo para armar”; que no se haya quedado sólo en el aspecto propositivo se debe a que a partir de la Convención no se construye de cero una nueva legalidad y una nueva institucionalidad para la infancia en América Latina. El terreno sobre el cual se pretende montar el nuevo sistema no está virgen; no sólo es necesario construir una nueva cultura sino que hay que desmontar otra, aquella con la que hemos sido entrenados y funcionamos desde hace casi cien años: la cultura tutelar.

En lo que sigue intentaré caracterizar uno y otro modelo, de manera esquemática y omitiendo ciertamente los aspectos de contacto o continuidades inevitables entre uno y otro.

<sup>35</sup> Cf. Opinión Consultiva OC 17/2002 del 28 de agosto de 2002. Ver comentario en Capítulo IV de este mismo libro.

<sup>36</sup> Suscripto en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

### II. 1. La concepción tutelar

Las leyes<sup>37</sup> e instituciones que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la Convención pertenecen a lo que se ha dado en llamar, en cierta literatura regional, la “doctrina” o modelo “de la situación irregular”. Los llamaré, en adelante, modelo tutelar.

#### Marco teórico

El modelo tutelar se encuadra dentro de la escuela etiológica. Reproduce criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y principios del XX. El determinismo entre pobreza y marginalidad, y delincuencia, se encuentra presente en todas las leyes, prácticas e instituciones tutelares (el famoso binomio “menor abandonado/delincuente”<sup>38</sup>). Son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al Estado a intervenir; no su conducta delictiva concreta, de ahí que estos sistemas suelen ser caracterizados como ejemplos puros de un derecho penal de autor.

Desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (en su idea “potenciales infractores”) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización –o neutralización en su caso– y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos, a través de medidas coactivas –idealmente privación de libertad bajo el nombre de internación– por tiempo indeterminado<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Argentina fue el primer país de América Latina que tuvo una ley de estas características, la Ley de Patronato de Menores, de 1919.

<sup>38</sup> Cf. IGLESIAS, Susana; VILLAGRA, Helena, y BARRIOS, Luis, *Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. (eds.), *Del revés al derecho*, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992, ps. 389 y siguientes.

<sup>39</sup> Desde la perspectiva de las teorías del castigo, tal justificación ha sido llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medi-

En general, la política criminal tutelar no utilizó *a priori* un argumento de justificación peligrosista clásico sino que utilizó otro, mucho más legitimador, que es el de la protección a la infancia desvalida. Mediante el argumento de la tutela a los niños con necesidades fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención "protectora" del Estado<sup>40</sup>, circunstancia que recién fue advertida y puesta en evidencia con la ruptura epistemológica que significó el paso del modelo etiológico al modelo de la reacción social, hacia el final de la década del 60<sup>41</sup>.

#### **Características del destinatario de las normas e instituciones tutelares**

En cuanto al sujeto destinatario de estas leyes e instituciones, no lo constituye el universo de la infancia y la adolescen-

das de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de estos "menores en situación irregular" o en "estado de abandono, riesgo o peligro moral o material", o en las igualmente vagas –no obstante ser más modernas– categorías de "menores en circunstancias especialmente difíciles" o "en situación de disfunción familiar".

<sup>40</sup> Cf. PLATT, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al castellano (de la segunda edición en inglés ampliada) de Félix BLANCO, *Los "Salvadores del Niño" o la invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, México, 1982.

<sup>41</sup> Sobre ese cambio de paradigma puede consultarse BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1991; PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Ed. Siglo XXI, México, 1999; TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *La nueva criminología*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1977, entre otros en español.

cia sino sólo una parte de ese universo: los "menores"<sup>42</sup>. Como lo recuerda Anthony PLATT al usar en su clásico libro una famosa cita de Enoch WINES, un "salvador de niños", estas normas e instituciones "especiales para menores" fueron creadas para la "excrecencia" de la categoría infancia a la que "[s]u indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmunda, impiden que [la] admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desarrapados es de donde se están reclutando continuamente nuevos criminales, y así seguirá siendo mientras se permita su existencia. Nacieron para el crimen, y para él los criaron. Hay que salvarlos"<sup>43</sup>.

Los "menores" –en este sentido– son aquellos que no ingresan al circuito de socialización a través de la familia, primero, y de la escuela, después; como lo ha expresado claramente Antonio Carlos GOMES DA COSTA, los menores son el producto del proceso aprehensión + judicialización + institucionalización = menor<sup>44</sup>. Para los menores se crearon los dispositivos tutelares que representan una forma de mirar, de conocer y de aprehender la

<sup>42</sup> "Estas dos leyes [la ley 4.513 de 1964 que en Brasil establecía la Política Nacional de Bienestar del Menor, y la ley 6.697 de 1979 que creó el Código de Menores] no se dirigían al conjunto de la población infanto-juvenil brasileña. Sus destinatarios eran solamente los niños y jóvenes considerados en situación irregular. Entre las situaciones tipificadas como situación irregular se encontraba a los menores en estado de necesidad 'en razón de manifiesta incapacidad de los padres para mantenerlos'. De esta forma, los niños y adolescentes pobres pasaban a ser objeto potencial de intervención del sistema de administración de justicia de menores. Además, había un único conjunto de medidas aplicables a las que se destinaba, indiferentemente, al menor carente, al abandonado y al infractor". Cf. GOMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, en AA.VV., *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Ed. Galerna, 1992, p. 137.

<sup>43</sup> Cf. PLATT, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, cit., p. 10.

<sup>44</sup> GOMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, cit., ps. 131-154.

infancia, que determinaron la implementación de políticas asistenciales durante más de 70 años las que, en casi un siglo de implementación, consolidaron una cultura de lo tutelar-asistencial.

En ese sentido es posible afirmar que la ley tutelar construyó un sujeto social mediante la producción de una división entre aquellos que serían socializados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños, sobre quienes no se aplican este tipo de leyes. Un ejemplo de este punto es que ante a un mismo problema de la familia –violencia–, la respuesta estatal frente a los “menores” es la intervención de la justicia de menores, en tanto que en condiciones similares, si los involucrados pertenecen al otro segmento de la infancia, es probable que no haya intervención judicial y, si la hay, intervendrá la justicia de familia<sup>45</sup>, también con sus particularidades, que no es posible analizar aquí.

Otra característica del modelo tutelar es que los “menores” son considerados como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial. Es evidente que esta concepción se construye a partir de una definición negativa de estos actores sociales, basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces, como “una isla rodeada de omisiones”, esa bella metáfora que utiliza Antonio Carlos GOMES DA COSTA<sup>46</sup>, uno de los promotores del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil<sup>47</sup>. Por esta razón, también, la opinión del

<sup>45</sup> Esto no significa que en muchos casos la justicia de familia no opere dentro de una lógica tutelar y de un modo similar al del juzgado de menores, como ocurre con la medida cautelar de protección de persona en la justicia de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>46</sup> GOMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, cit., p. 138.

<sup>47</sup> Con la promulgación del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil en 1990, por ley 8.069, se inauguró en la región latinoamericana la etapa de adecuación sustancial de la legislación interna de los países a la CDN, antes mencionada.

niño deviene irrelevante<sup>48</sup>. Un ejemplo de lo que se acaba de afirmar es que el “derecho de menores” –que lo que haya sido y siga siendo, es algo bastante alejado de la idea que de “derecho” tienen las sociedades occidentales modernas– utilizaba un lenguaje propio del derecho patrimonial. Términos como “disposición” o “depósito” son frecuentes en el derecho de menores, si bien provienen del derecho de las cosas, y no del derecho de las personas.

Esta distinción respecto del nivel de los significantes se corresponde en el plano de los significados porque, en el modelo tutelar, los menores son considerados objetos de tutela y represión encubierta bajo eufemismos.

Es por este motivo, también, que en esta concepción la protección a la que son sometidos “los menores” con frecuencia viola o restringe derechos, precisamente porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos, como acción estatal dirigida a garantizar derechos.

#### *Supuestos que habilitan la intervención estatal*

El menor ingresa al dispositivo tutelar a partir de que algún funcionario estatal considera, discrecionalmente, que se encuentra en una situación “definida” mediante categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho (ya que colisionan con el principio de legalidad material), tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares<sup>49</sup>. Como es el “menor” quien es

<sup>48</sup> El “menor”, como el educando en el paradigma que Paulo FREIRE llamó “educación bancaria”, es como un receptáculo, carente de iniciativa y protagonismo en las acciones en el contexto de la vida familiar, escolar o comunitaria. Sobre la relación entre derecho y pedagogía, ver GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Pedagogía y justicia*, en GARCÍA MÉNDEZ y BELOFF (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, cit., ps. 59 y siguientes.

<sup>49</sup> Sobre este punto es interesante señalar que las leyes tutelares no sólo emplean estas categorías vagas sino que, en muchos casos, luego de una larga

tá en situación irregular –por sus condiciones personales, familiares y sociales–, es objeto de intervenciones estatales coercitivas, junto con su familia en gran parte de los casos<sup>50</sup>.

De este modo se explica y justifica la abolición implícita del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de derecho. El desconocimiento de este principio ha permitido que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños a quienes se imputa haber cometido un delito cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, al esparcimiento, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros)<sup>51</sup>. Además posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y sólo limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial o administrativa sobre el menor en “situación irregular”.

#### **Características de la respuesta estatal**

La principal característica es la centralización, tanto como concentración de funciones en la misma persona, el juez de

---

enumeración de supuestos que comprendería la definición en análisis, agregan una cláusula que establece que se encuentra en esa situación (irregular) todo menor que se encuentre en un estado o condición análoga a las anteriores, con lo que la categoría queda definitivamente abierta y por lo tanto con la posibilidad de ser definida discrecionalmente según los parámetros morales, religiosos, etc., del juez o funcionario que toma conocimiento y debe decidir el caso (ver, por ejemplo, el derogado Código de Menores de Paraguay).

<sup>50</sup> Cf. DONZELOT, Jacques, *La police des familles*, Ed. du Minuit, 1977; en español, *La policía de las familias*, Ed. Pre-Textos, Valencia, 1990; en particular, Capítulo II.

<sup>51</sup> Se relaciona este punto con la “profecía autocumplida”: si se trata a una persona como delincuente aun cuando no haya cometido delito es probable que exitosamente se le “pegue” la etiqueta de “desviado” y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales. Un análisis sobre las teorías del etiquetamiento puede consultarse en BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, cit., cap. VII, ps. 83 y ss.; y TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva criminología*, cit., cap. 5, ps. 157 y siguientes.

menores, cuanto concentración territorial e institucional. Ejemplo de ello son las enormes instituciones nacionales de protección a la infancia creadas a lo largo del siglo en prácticamente todos los países de América Latina (SENAME en Chile, PANI en Costa Rica, FUNABEM en Brasil, Consejo del Menor en Argentina, INAME en Uruguay, ICBF en Colombia, ISPM en El Salvador, IHNFA de Honduras, etcétera).

De ese modo queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños a quienes se imputa haber cometido delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia directa. Es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales” que producen la “intervención” de la delincuencia juvenil.

#### **Características y rol del juez**

En este marco el juez de menores<sup>52</sup> deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más

---

<sup>52</sup> El juez de menores en el sistema tutelar –que cumple en cierto imaginario social el rol de *pater familiae*– me recuerda el cuento *El príncipe feliz*, de Oscar WILDE. Su protagonista es una estatua, la de un príncipe (¿Feliz?), que al enterarse de los infortunios de los vecinos de su ciudad desde la posición de observador privilegiado que le ofrecía la altura del pedestal en el que había sido situado, decide asumir tareas de ayuda a estas personas desgraciadas. Los jueces de menores hacen lo mismo, a veces al punto de despojarse de bienes personales, igual que el príncipe/estatua del cuento. El problema es que el príncipe/estatua de la historia de WILDE perdió todo, hasta la mirada de los otros, por ayudar erráticamente y actuar lo que no era. En cierto sentido los jueces de menores latinoamericanos siguen siendo depositarios de la necesidad de ciertas familias socialmente desaventajada para actuar como “policías” de esas familias, ordenadores, proveedores, sin contar con los recursos ni ser los órganos adecuados. Ellos se encuentran muchas veces en una situación que combina frustración, impotencia y buenas intenciones. Recuperar un lugar desde la especificidad del rol judicial para promover derechos permitiría superar la intervención fragmentaria bien-intencionada para permitir a los jueces pasar a formar parte de un sistema coherente y articulado de protección de derechos, en el que los diferentes actores estatales trabajen y sean responsables objetivamente por aquello para lo cual están llamados de acuerdo con el diseño institucional de la República.

relacionadas con la ejecución de políticas sociales. En palabras de DONZELOT, “[m]ás que un lugar de deliberaciones y de juicios públicos, el Tribunal de Menores hace pensar en la reunión del Consejo de Administración de una empresa de producción y de gestión de la infancia inadaptada”<sup>53</sup>.

Se concentran muchas y diversas funciones en una sola persona: juez / padre / defensor / acusador / decisor. Se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del “patronato” del Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”. De ahí que el juez no esté limitado por la ley en su función protectora paternal y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y sobre el niño<sup>54</sup>.

Esta función del juez de menores –y, en general, la lógica tutelar– tuvo gran acogida en América Latina y se articuló perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas tutelares de menores se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años. La concepción del otro como objeto o como súbdito pero no como sujeto con derechos, la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto, cuestiones morales y religiosas como fundamento de las decisiones penales, la privación de libertad como regla y pena encubierta anticipada, la concentración de funciones, en suma, la violación de todas las garantías individuales son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes tutelares de menores. Por esas razones ambos sistemas resultan incompatibles con el Estado de derecho.

<sup>53</sup> En este sentido, es importante recordar que el mayor porcentaje del trabajo de los juzgados de menores que funcionan según las previsiones de las leyes de la situación irregular es de naturaleza tutelar o asistencial.

<sup>54</sup> Cf. DONZELOT, *La policía de las familias*, cit., p. 103.

#### *Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de protección*

La respuesta clásica en clave tutelar fue el internamiento –presentado como una medida de protección del menor–, que constituye una forma de encierro. La privación de la libertad según la regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad se define –para terminar con los eufemismos, con los “como si”– como “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Si bien es cierto que históricamente los sistemas tutelares han contado con otras “medidas de protección”, la principal reacción siempre ha sido la privación de libertad de los menores considerados en riesgo, peligro moral o material, o situación irregular, por tiempo indeterminado y hasta la mayoría de edad en la mayor parte de las legislaciones. La crisis del encierro tutelar ha coincidido no sólo con una crítica terminal a la eficacia del encierro como práctica rehabilitadora sino también con una crisis severa del Estado de bienestar. Esto es particularmente evidente en América Latina.

#### *Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad*

Finalmente, desde la lógica tutelar se considera a niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables –en concordancia con la concepción de ellos como incapaces–. Ello entre otras cosas ha implicado, en la práctica, que frente a la imputación de un delito no se les siga un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida coactiva no dependa necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de

que el niño o joven se encuentre en “estado de riesgo” o “situación irregular”<sup>55</sup>.

Tal como señalé, el modelo tutelar se monta sobre un argumento muy poderoso y persuasivo cual es la ayuda a la infancia desvalida. En ese marco, la pregunta que funda el derecho penal moderno –acerca de los límites al poder punitivo del Estado– desaparece y, con ella, los derechos y garantías que representan la respuesta a la pregunta respecto de cómo limitar el mal con intención de serlo que es la pena. La concepción tutelar, en cambio, no tiene espacio conceptual ni político para preguntarse sobre los límites, porque se pone en marcha y justifica para “proteger”, para ayudar a los niños desvalidos. Si bien cierta doctrina ha señalado una ruptura entre el modelo peligrosista y el modelo tutelar (del sujeto peligroso al sujeto carente)<sup>56</sup>, esta ruptura no es tan clara. Como en todo modelo basado sobre premisas positivistas, la legitimación explícita encubre una justificación latente que, como se señaló, en este caso se refiere a la protección de la sociedad de sus integrantes “peligrosos”. Cuando se priva de la libertad al “menor” se está separando a la sociedad de ese integrante conflictivo, con lo que se genera la ilusión de seguridad, bajo excusa de su protección.

<sup>55</sup> En este punto es interesante recordar la distinción que la doctrina penal hace entre el derecho penal de autor y de acto. El primero consiste en un diseño político criminal propio de sistemas autoritarios en el que el Estado reacciona frente a las personas por lo que son y no por lo que hacen. En un Estado de derecho el derecho penal de acto deviene garantía fundamental porque asegura que el aparato coercitivo estatal se ponga en funcionamiento sólo frente a la comisión de un delito que tiene que estar claramente tipificado en la ley penal (de acuerdo al principio de legalidad, piedra basal –como se dijo– del derecho penal de un Estado de derecho).

<sup>56</sup> Cf. GOMES DA COSTA, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, citado.

## II. 2. La concepción de la protección integral de los derechos del niño

La concepción tutelar descripta someramente más arriba entró en crisis en la década de 1960 en los Estados Unidos y en la década de 1980 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989 se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los “Salvadores del Niño”, que concebía a la protección de la infancia en los términos ya explicados, y se inauguró la nueva etapa, que puede ser definida como etapa de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes<sup>57</sup>.

Esta nueva concepción se construye no sólo a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también a partir de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros documentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y pueden evidentemente devenir obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional.

<sup>57</sup> Es importante recordar aquí que la categorización de estos modelos o sistemas como de la situación irregular y de la protección integral ha sido producto de elaboraciones teóricas latinoamericanas posteriores a la ratificación de la Convención Internacional; como tal no aparece en el ámbito europeo o estadounidense. En particular sobre el punto, ver GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, 2ª ed. actual., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004. Además, es importante tener en cuenta que estos modelos sólo fueron pensados como instrumentos metodológicos, pedagógicos, como modelos explicativos y con una finalidad clara de ser útiles para provocar transformaciones en el ámbito de la práctica. El uso indiscriminado actual de estas categorías, ya a nivel teórico, ha impedido desarrollar una elaboración científica rigurosa, más sofisticada y profunda, en torno del tema.

Los principales instrumentos a partir de los cuales se crean nuevos estándares en relación con la condición jurídica de la infancia son:

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/89); y sus dos protocolos facultativos:
  - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (12/02/02)<sup>58</sup>; y
  - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (18/01/02)<sup>59</sup>.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (29/11/85)<sup>60</sup>.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90)<sup>61</sup>.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90)<sup>62</sup>.

Además de otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Dere-

<sup>58</sup> Resolución 54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo de 2000. Al 13/3/03 fue ratificado por 52 países.

<sup>59</sup> Resolución 54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo de 2000. Al 13/3/03 fue ratificado por 50 países.

<sup>60</sup> Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 29 de noviembre de 1985, cuatro años antes de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

<sup>61</sup> Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

<sup>62</sup> Resolución 45/112, aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

chos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes<sup>63</sup>; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>64</sup>; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad<sup>65</sup>).

A partir de estas reglas e instrumentos internacionales –que tratan sobre temas tales como la delincuencia juvenil, la escuela, el rol de la familia, el rol de la comunidad, el rol de la justicia– es posible afirmar que se inaugura una era de ciudadanía de la infancia<sup>66</sup>, ya que se reconoce al niño como sujeto pleno de derecho, situación sustancialmente diferente desde el punto de vista normativo, a la vigente hasta hace poco tiempo en América Latina.

No es posible dar una definición acabada de “protección in-

<sup>63</sup> Todos ellos incorporados con jerarquía constitucional en la reforma de la Constitución Nacional de Argentina en 1994 (cf. art. 75, inc. 22, CN).

<sup>64</sup> A través de la publicación en el Boletín Oficial del 9/5/1997 de la ley 24.820, se aprobó la jerarquía constitucional de esta Convención en la Argentina.

<sup>65</sup> A través de la publicación en el Boletín Oficial del 3/9/2003 de la ley 25.778, se aprobó la jerarquía constitucional de este instrumento internacional de derechos humanos en la Argentina.

<sup>66</sup> Hay algo de paradójico en esta situación que indirectamente señalan CUNNINGHAM, Hugh, *Children & childhood in western society since 1500*, Longman, 1995; POSTMAN, Neil, *The disappearance of childhood*, Vintage, 1994; y JENKS, Chris, *Childhood*, Routledge, Londres, 1996: la era de los derechos del niño como derechos de ciudadanía –que acerca conceptualmente los niños a los adultos– conspira contra el derecho del niño a ser niño –que mantiene a los niños en una dimensión conceptual claramente diferenciada de los adultos–.

tegral de los derechos de los niños"<sup>67</sup>. Sin embargo, sí es posible afirmar que en América Latina, cuando hoy se habla de protección integral se habla de protección de *los derechos* de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, quizá puramente teórico pero con implicancias prácticas muy concretas, el cambio con la concepción anterior es absoluto e impide considerar cualquier ley o institucionalidad basadas sobre postulados peligrosistas y filantrópicos como una ley de protección integral de derechos inspirada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se advierte entonces que protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares. Por tal motivo, no parece adecuado para definirla limitarse a los instrumentos internacionales específicamente orientados al tema infancia, tal como se hacía en los primeros artículos que sobre el tema se escribieron a comienzos de la década del 90. Deben pues considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscriptos por cada país en la medida en que establecen una mayor protección.

En términos generales es posible afirmar que un sistema legal e institucional de protección integral de derechos de los niños debe presentar las características que se mencionan a continuación.

### Marco teórico

El nuevo modelo de protección integral de los derechos del niño se enmarca en lo que se conoce como escuela de la reacción social, que representa una ruptura con el modelo etiológi-

<sup>67</sup> De hecho, la falta de claridad respecto de qué significa protección integral permite todavía hoy a algunos funcionarios defender las leyes tutelares como modelos de protección integral de la infancia.

co<sup>68</sup>. Las características del sujeto dejan de ser cuestiones relevantes para autorizar una intervención estatal coactiva respecto del niño de que se trate. Ya no son las condiciones personales del menor de edad las que habilitan al Estado a intervenir, sino su conducta delictiva concreta (derecho penal de acto). De modo que, desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia juvenil que sólo justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (ya no "potenciales infractores") de la ley penal.

La promoción y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de una persona menor de 18 años no es más tarea de la justicia penal, que durante un siglo pretendió garantizarlos al precio no sólo de no garantizarlos, sino de violar derechos civiles elementales reconocidos a todas las personas desde mucho tiempo atrás. En este nuevo modelo, en consecuencia, no hace falta cometer delitos para tener familia, ir a la escuela, comer, recibir atención médica, tener casa o no ser maltratado<sup>69</sup>.

### Características del destinatario de las normas e instituciones de protección integral de los derechos de la infancia

Los niños son ahora definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de "menores", incapaces, personas a medias o incompletas, sino de personas cuya única particularidad es estar creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia evolutiva.

<sup>68</sup> Sobre el paradigma criminológico que se instala a partir del enfoque de la reacción social o *labelling approach*, ver BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, cit., cap. VII, ps. 83 y ss.; y TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva criminología*, cit., cap. 5, ps. 157 y siguientes.

<sup>69</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño*, en "Nueva Doctrina Penal", 2002/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 419-442.

El reconocimiento y promoción de los derechos de los niños se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de "menores". Los derechos que la Convención garantiza tienen como destinatarios a todos los niños y niñas y no sólo a una parte de ellos. Si se es titular de derechos, si la protección es concebida como derecho, entonces deben existir remedios legales en caso de violaciones a los derechos, no así cuando la protección es concebida como ayuda o caridad, donde las nociones de exigibilidad y responsabilidad desaparecen.

De todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral es el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta<sup>70</sup>. Se pasa de una concepción de exclusión de la voz del menor, donde los niños, como incapaces, no tenían nada que decir, a otra más cercana a la situación ideal de diálogo en la que participan todos los ciudadanos, pensado el proceso en términos habermasianos<sup>71</sup>. En este sentido, la aplicación de la Convención se asocia directamente con la construcción de una sociedad más democrática y participativa<sup>72</sup>. En palabras de Alessandro BARATTA, la democracia necesita que los niños opinen y participen. Cómo lograrlo es responsabilidad de los adultos, quienes deben diseñar e implementar arreglos institucionales que permitan que las opiniones de los niños sean tenidas en cuenta<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Cf. art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Sobre este tema ver BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en GARCÍA MÉNDEZ y BELOFF (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, cit., ps. 31 y siguientes.

<sup>71</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Ed. Taurus, Madrid, 1987.

<sup>72</sup> Cf. GRANT, J., *Los derechos de los niños: la base de los derechos humanos*, UNICEF, Nueva York, 1993. Discurso del Ex-Director Ejecutivo Mundial del UNICEF ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, p. 13.

<sup>73</sup> BARATTA, *Infancia y democracia*, citado.

### *Supuestos que habilitan la intervención estatal*

En este enfoque, las leyes definen los derechos de los niños y establecen que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere<sup>74</sup>.

Los alcances de esta formulación, expresada por primera vez en el art. 227<sup>75</sup> de la Constitución de Brasil, no han sido suficientemente analizados. Se trata de una transformación radical del contenido de las leyes de infancia, que junto con el artículo del Estatuto del Niño y el Adolescente del mismo país que prohíbe separar a un niño de su familia por razones de pobreza, son los artículos emblemáticos del cambio, presentes en todas las nuevas legislaciones de infancia de la región. Al desaparecer las vagas y antijurídicas categorías de "riesgo", "peligro moral o material", "circunstancias especialmente difíciles", "situación irregular", etc., no es más posible cargar sobre el niño las omisiones de los adultos que determinan violaciones a sus derechos. Por el contrario, a partir de esta nueva formulación, quien se encontrará en "situación irregular" cuando el derecho de un niño se encuentre amenazado o violado, será alguna persona o institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).

<sup>74</sup> Cf. arts. 4 y 5 de la CDN.

<sup>75</sup> "[e]s deber de la familia; de la sociedad y del estado, asegurar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad u opresión".

**Características de la respuesta estatal**

La lectura que aquí se propone de la CDN y otros tratados relevantes permite entonces distinguir claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión específicamente penal y permite plantear la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales universales.

De este modo, se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

**Características y rol del juez**

En el nuevo modelo se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse estrictamente de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia). Los nuevos jueces, en ejercicio de esa función, como cualquier juez, están limitados en su intervención por las garantías constitucionales. Deberán además ser idóneos en derecho, más allá de tener conocimientos específicos de temas vinculados con la infancia.

**Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de protección**

La protección es ahora de los derechos del niño. No se trata, como en el modelo anterior, de proteger a la persona del "menor", sino de garantizar los derechos de todos los niños. Si no hay ningún derecho amenazado violado no es posible intervenir. Por lo tanto, esa protección reconoce y también promueve derechos, no los viola ni restringe, y por este motivo la protección no puede traducirse en intervenciones estatales coactivas, salvo supuestos excepcionales en los que exista peligro concreto para la vida del niño.

**Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad<sup>76</sup>**

Existen tres áreas en las que en el marco de la protección integral las aguas continúan divididas: el trabajo infantil<sup>77</sup>, la adopción internacional<sup>78</sup> y lo relacionado con las personas que tienen menos de dieciocho años de edad a quienes se atribuye haber llevado a cabo una conducta tipificada en el Código Penal.

Un sistema de respuesta estatal frente a la imputación de delito a una persona menor de dieciocho años de edad acorde con la CDN debe establecer que ellos responden por sus delitos en la medida en que los reconoce como sujetos de derecho con cierta capacidad para autodeterminarse, a partir de determinada edad<sup>79</sup>. Se trata de un sistema de justicia especializado,

<sup>76</sup> Sobre los nuevos sistemas de justicia juvenil, ver BELOFF, Mary, *Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos* (en adelante, *Algunas confusiones*), en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2001, ps. 29-70; y BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en GARCÍA MÉNDEZ y BELOFF (comps.), *Infancia, ley y democracia*, cit., entre otros.

<sup>77</sup> Ciertos movimientos sociales de infancia –sobre todo en los países andinos– consideran que en la Convención se reconoce “el derecho del niño a trabajar”. Sin embargo, no se puede extraer de la CDN tal conclusión. El ideario sobre el cual la CDN está basada se corresponde con el de la socialización habitual de un niño occidental, básicamente de países desarrollados, a través de la escuela y la familia. Si el niño tiene derecho a ir a la escuela, a descansar y a jugar, tal como la CDN lo reconoce expresamente, no hay espacio para el reconocimiento del derecho a trabajar ni en términos prácticos ni en términos teóricos. Lo que sí garantiza el tratado es el derecho de los niños a no ser explotados laboralmente (cf. art. 32).

<sup>78</sup> Ver por ejemplo art. 21 de la CDN. Al ratificarla, por ley 23.849, Argentina hizo una reserva en relación con los incisos b), c), d) y e) de ese artículo, manifestando que éstos “no regirán en su jurisdicción por entender que para aplicarlo, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño (...) a fin de impedir su tráfico y venta”.

<sup>79</sup> Piénsese en las mujeres, por ejemplo, que durante mucho tiempo no podían “cometer delitos”. Si una mujer realizaba una conducta penalmente

completamente distinto del sistema tutelar; que al considerar a los menores como inimputables y dejarlos bajo la tutela de un juez, los privaba de todos sus derechos; es, además, un sistema de justicia distinto del sistema penal de adultos.

En cuanto a la política criminal, este sistema reconoce a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales aplicables, más garantías específicas<sup>80</sup>.

Los adolescentes sólo pueden ser juzgados por tribunales específicos y bajo procedimientos especiales. Desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y que permita instancias conciliatorias a lo largo de todo el proceso, no para desconocer las garantías como en el modelo anterior, sino para permitir una solución real al conflicto que puso en marcha el proceso penal juvenil.

En un sistema de este tipo, la responsabilidad del joven por el acto cometido debe expresarse en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema general de adultos. El catálogo de esas medidas se extiende desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de arresto domiciliario o privación de la libertad en institución especializada. En este sistema la privación de libertad en centro especializado es una medida excepcional, *ultima ratio*, que en todos los

disvaliosa, ésta era explicada como un trastorno orgánico hormonal pero no como "delito". Es del caso recordar el reclamo de Olympie DE GOUGES al derecho a la tribuna y al patíbulo, reclamo que parece anticiparse a la tesis hegeliana de la pena entendida como un derecho para el reo, pues es honrado en su ser racional. Para un cuidadoso análisis sobre este aspecto ver GRAZIOSI, Marina, *Infirmitas sexus*, en "Nueva Doctrina Penal", 1999/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

<sup>80</sup> Cf. art. 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y jóvenes son inimputables, como es el caso, por ejemplo, del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. Al respecto ver BELOFF, Mary, *Algunas confusiones*, cit., *supra* nota 76.

casos debe dictarse por tiempo determinado y más breve posible, sólo frente a la comisión de un delito gravísimo<sup>81</sup>.

	<b>Modelo tutelar o de la situación irregular (pre-CDN)</b>	<b>Modelo de la protección integral de derechos (post-CDN)</b>
<b>Marco teórico</b>	escuela etiológica	escuela de la reacción social
<b>Características del destinatario de las normas e instituciones</b>	- "menores" - incompletos - incapaces - objetos de protección - infancia fragmentada  - no importa la opinión del niño	- niños y jóvenes/adolesc. - personas en desarrollo - capaces relativos - sujetos de derecho - universalidad de la infancia - es central la opinión del niño
<b>Supuestos que habilitan la intervención estatal</b>	- "situación de riesgo o peligro moral o material" o "situación irregular" o "circunstancias especialmente difíciles" - "menor en situación irregular"	- derechos amenazados o violados  - adultos, instituciones y servicios en "situación irregular"
<b>Características de la respuesta estatal</b>	- centralización - lo asistencial confundido con lo penal - judicialización	- descentralización - lo asistencial separado de lo penal - desjudicialización
<b>Características y rol del juez</b>	- juez ejecutando política social / asistencia - juez como "buen padre de familia" - juez con facultades omnímodas	- juez en actividad jurisdiccional - juez técnico  - juez limitado por garantías

<sup>81</sup> Los delitos graves deben estar taxativamente mencionados en la ley a fin de evitar interpretaciones de la palabra "grave" que afecten el principio de excepcionalidad, como sucede en algunos países.

<b>Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de protección</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- protección que viola o restringe derechos</li> <li>- separación del niño de la familia e internación como principal intervención</li> <li>- medidas coactivas por tiempo indeterminado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- protección que reconoce y promueve todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos</li> <li>- no hay intervenciones estatales coactivas para garantizar derechos</li> <li>- medidas de protección de derechos por tiempo necesario hasta restablecer el derecho vulnerado</li> </ul>
<b>Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- "menor abandonado/delincuente"</li> <li>- derecho penal de autor</li> <li>- imputados de delitos como inimputables</li> <li>- especialización sin justicia</li> <li>- "procedimiento" sin debido proceso</li> <li>- sistema inquisitivo</li> <li>- se desconocen todas las garantías</li> <li>- prevención especial</li> <li>- privación de libertad como regla</li> <li>- medidas por tiempo indeterminado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- desaparece el determinismo</li> <li>- derecho penal de acto</li> <li>- responsabilidad penal juvenil (consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos)</li> <li>- justicia especializada</li> <li>- procedimientos especiales</li> <li>- sistema acusatorio (oral y contradictorio)</li> <li>- se reconocen todas las garantías, más garantías específicas</li> <li>- privación de libertad como excepción, por tiempo determinado y el más breve posible, y sólo para infractores graves</li> <li>- otras sanciones/medidas por tiempo determinado</li> </ul>

### III. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como herramienta para promover cambio social

Sin duda, ninguna ley vinculada con la condición jurídica de la infancia, ni la CDN ni las leyes nacionales producidas tras su incorporación al derecho interno, cambiaron automáticamente la realidad de la vida de los niños latinoamericanos. No es la ley por sí sola la que fabrica, produce o reproduce realidad social. Sin embargo, sin un marco de legalidad y sin un diseño institucional que legalice y legitime las políticas, prácticas y abordajes de protección integral de los derechos de la infancia, existe una dificultad adicional que obliga a trabajar desde la para-legalidad<sup>82</sup>. Para que los derechos de niños y niñas sean respetados es necesario contar con leyes cuidadosamente diseñadas y con técnicos entrenados. Además la ley debería contener, más allá de los derechos, los mecanismos de exigibilidad para hacerlos efectivos. Indudablemente los procesos de reforma legal deben estar acompañados de una readecuación institucional, de los programas y de los servicios destinados a la infancia que permita a los niños ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados *ex ante* en las leyes de protección integral.

Considérese el siguiente caso. El art. 34 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), de 1996, de Costa Rica, indica que el 7% de los impuestos recaudados deben ser transferidos enteramente al PANI en el mes de enero de cada año. El gobierno no transfirió esos fondos desde que la ley entró en vigencia, acumulando una deuda de más de 42 millones de dólares con la niñez más pobre de ese país. Frente a ese incumplimiento, Casa Alianza –organización gubernamental en-

<sup>82</sup> Utilizo este término y no hago referencia a la ilegalidad de las leyes porque, en última instancia, la protección integral de la infancia es un mandato constitucional en cualquier país latinoamericano por más que las leyes tutelares de menores no hayan sido modificadas. Las reformas legales son un imperativo constitucional porque las leyes tutelares de menores son inconstitucionales.

cargada de la niñez y la adolescencia en Costa Rica— inició una acción constitucional ante la Sala Constitucional que el 1º de marzo del 2002 ordenó al gobierno de Costa Rica pagar los fondos adeudados e incluir la asignación legalmente prevista en el presupuesto ordinario anual de la República. Asimismo, la Sala advirtió al Ministro de Hacienda sobre la posibilidad de enfrentar cargos criminales si no acataba el fallo<sup>83</sup>.

Sin estos mecanismos legales de exigibilidad de los derechos contenidos en las nuevas leyes, la protección a la infancia permanece en el nivel de las buenas intenciones. La reciente historia latinoamericana demuestra que para que esta situación comience a modificarse, la ley cumple un rol central. En los estados populistas —como algunos estados latinoamericanos de los años 50— la “protección” a la infancia se traducía en políticas asistenciales canalizadas mediante políticas sociales universales. Hoy estas políticas de ciudadanía reclaman en las nuevas leyes y en la realidad social mecanismos de exigibilidad para la plena vigencia de los derechos que sean fácilmente apropiables por los destinatarios, fundamentalmente, niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño se convirtió —probablemente a pesar de ella misma y de quienes la escribieron— en un diseño utópico; no en el sentido de utopía regresiva, sino en un texto, en una narrativa que nos habla de cómo queremos que el Estado —y el mundo adulto en general— se relacione con la infancia. Su impacto a través de reformas legales en América Latina permite advertir cómo la ley incide directamente para que la realidad de la vida de los niños se acerque un poco a ese diseño utópico.

En ocasión de recibir el Premio Nobel en 1982, Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ afirmó que se sentía con el derecho de creer que

<sup>83</sup> Tanto el funcionario que al momento de dictarse el fallo se desempeñaba como ministro de Hacienda como su predecesor, fueron denunciados penalmente por Casa Alianza.

todavía no era demasiado tarde para emprender la creación de una utopía contraria a la de la aniquilación del hombre: “Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra”<sup>84</sup>. La Convención se ha constituido en esta segunda oportunidad para millones de niños y niñas, y es deber de los juristas, que históricamente los han ignorado, trabajar para que esa nueva oportunidad no se pierda.

<sup>84</sup> GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *La soledad de América Latina*, discurso de aceptación del Premio Nobel, 1982.

## **La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno\***

En septiembre de 1990, delegados de 159 países asistieron a la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia que tuvo lugar en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. En esa oportunidad aprobaron un Plan de Acción en el que se afirmó que las aspiraciones de la comunidad internacional respecto del bienestar de los niños estaban reflejadas de manera acabada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>1</sup>. A la fecha, prácticamente todos los países del mundo –incluido el joven Timor Oriental–, con excepción de Estados Unidos y Somalia, la han ratificado.

La Convención resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han suscripto. Ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los Estados parte a la Convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios.

En términos generales es posible afirmar que ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

\* Publicado originalmente (en una versión más extensa) en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1ª reimp., Buenos Aires, Ed. Del Puerto/CELS, 2004.

<sup>1</sup> Cf. UNGA, 1990a:8. La CDN fue aprobada por aclamación y rápidamente ratificada por todos los países de América Latina.

Las razones que explican tal generalizada aceptación exceden el propósito de este artículo<sup>2</sup>; pero son relevantes a la hora de analizar los supuestos de aplicación directa del tratado en cuestión en el ámbito interno. Las lagunas y ambigüedades presentes en algunas secciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño permiten la continuidad de interpretaciones tutelares pero pueden convertirse en una oportunidad para desarrollar una nueva hermenéutica. Los artículos que reconocen claramente derechos, como indicaré más adelante, pueden ser aplicados directamente, sin necesidad de mayor reglamentación.

Como se ha señalado en el Capítulo I, los tribunales en América Latina no han declarado la inconstitucionalidad de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular. Tampoco han aplicado –salvo escasísimas y valiosas excepciones– directamente la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los casos sometidos a su conocimiento. El argumento con el que durante años los jueces de menores han respondido a la pregunta respecto de por qué no aplican la Convención es que el instrumento internacional contiene normas programáticas que hacen necesaria una reforma legislativa que haga operativos los derechos allí contenidos.

Este argumento evidentemente contradice la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el fallo “Ekmekdjian c/Sofovich” en el que ésta sostuvo que cuando se ratifica un tratado existe una obligación internacional de que todos los órganos del Estado, sean administrativos o jurisdiccionales, apliquen ese tratado a los supuestos por éste abordados siempre que el tratado contenga descripciones lo suficientemente concretas de esos supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Sobre el particular, ver el Capítulo I de este libro.

<sup>3</sup> Cf. “La Ley”, t. 1992-C, p. 547.

La Convención Internacional tiene en la Argentina –desde la reforma del año 1994– jerarquía constitucional por imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Ello significa que comparte con la Constitución su supremacía y que, por lo tanto, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. Ello también implica que leyes, decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo, resoluciones administrativas, actos administrativos de alcance individual y sentencias, deben aplicarla en un doble sentido, no sólo no contradiciéndose con las normas de la Convención sino en sentido positivo, adecuándose a lo prescripto por el tratado de modo que el tratado se desarrolle a través de esas normas<sup>5</sup>.

En este sentido, se ha señalado que “a los tratados internacionales –mucho más cuando, como es el caso de la Convención sobre Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional– hay que adjudicarles lo que se da en denominar fuerza normativa. Quiere decir que son normas jurídicas, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así, reaparece el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para esperar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresoras e inconstitucionales), para desarrollar la interpretación, etcétera”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sobre jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ver entre otros GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 284 y ss.; PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 63-86.

<sup>5</sup> Cf. BIDART CAMPOS, Germán, *Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño*, en BIANCHI, María del Carmen (comp.), *El derecho y los chicos*, Ed. Espacio, Buenos Aires, 1995, p. 37.

<sup>6</sup> Cf. BIDART CAMPOS, *Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño*, cit., p. 35.

En lo que sigue presentaré algunos ejemplos acerca de la aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno, sin perjuicio de remarcar la urgencia de la reforma legislativa en esta materia en el ámbito nacional.

Si se considera por ejemplo el ámbito de la intervención coactiva del Estado en las vidas de los niños que ingresan a la justicia de menores por alguna de las vías previstas por la ley (ser autor o víctima de delito, vivir o trabajar en la calle, etc.), según las leyes tutelares, es posible encontrar en las normas de la CDN argumentos que posibiliten –desde un nuevo enfoque de derechos– el ejercicio efectivo por parte de los niños de los derechos reconocidos a ellos por la Constitución y desconocidos por las leyes nacionales.

En ese sentido, el art. 37 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece:

“Los Estados Partes velarán porque:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.
- b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

Los incisos b) y d) del art. 37 constituyen sin duda algunos supuestos que permiten la aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El inciso b) plantea la privación de libertad (a la que llama detención, encarcelamiento o prisión) como medida de último recurso y a ser adoptada por el plazo más breve posible. También establece que nunca podrá tener lugar de manera arbitraria o ilegal. Este inciso permite entonces plantear en los procesos en los que se encuentren involucrados niños privados de la libertad algunas preguntas fundamentales:

– En este proceso, la adopción de la medida de privación de la libertad ¿ha sido el último recurso?, ¿se han agotado otras medidas antes de decidir la aplicación del internamiento?

– En este proceso, el tiempo que lleva el niño privado de su libertad ¿puede considerarse el más breve que procede, teniendo en cuenta que la noción de brevedad, en la vida de un niño, tiene un significado diferente que en la vida de un adulto?

– En este proceso, la privación de la libertad del niño ¿ha sido realizada de conformidad a la ley –a una ley obviamente válida, no en el sentido de validez formal o mera existencia sino en el sentido de la coherencia de sus significados con la constitución–?

– En este proceso, la privación de la libertad del niño ¿ha tenido lugar de manera arbitraria? ¿Cómo ha fundamentado el juez la adopción de esta medida?

– ¿Cuál es el delito imputado al niño?

– La privación de libertad ¿ha sido dictada como una medida cautelar para asegurar los fines del proceso, o como una sanción consecuencia de la declaración de responsabilidad penal del adolescente?

– Si no se imputa un delito, ¿cuál es el fin y la justificación de la adopción de la “medida de internamiento”?

– ¿La CDN autoriza el uso de la privación de la libertad sin mínimas garantías procesales?

Éstas son algunas preguntas que obligarían a los tribunales de menores al menos a pronunciarse sobre las garantías reconocidas por la Constitución y la CDN a los niños.

El inciso d) es también muy claro en este sentido, ya que garantiza a todo niño privado de su libertad tres derechos: 1) el de contar con asistencia jurídica y otra asistencia adecuada –nótese que dice “y” y no “o”–; 2) el de impugnar la legalidad de su detención ante un tribunal u otra autoridad competente; y 3) el de que esa acción sea resuelta rápidamente.

Quizás alguien inmerso en la lógica tutelar podría sostener –por ejemplo– que un menor de edad no punible –esto es, menor de dieciséis años– o un niño víctima, o que haya sido sobreseído o absuelto o sobre el que no haya existido una imputación penal, pero que en cualquiera de esos casos haya sido internado en una institución por su situación –esto es, por encontrarse en estado de peligro o riesgo moral o material– no se encuentra privado de la libertad; y que, por lo tanto, estos artículos no son aplicables al caso, ya que la internación es una medida de protección.

Tal posición no puede sostenerse más. Por un lado, hace décadas que la doctrina penal sostiene que las penas y las medidas, si bien pueden ser diferenciadas a nivel teórico y mediante los discursos que las justifican, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad y contenidos<sup>7</sup>. Por otro lado, esa discusión se ha superado definitivamente con la aprobación por la Asamblea General de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Así, la regla 11.b establece que “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

<sup>7</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, p. 59. En la doctrina nacional, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1982.

El art. 40 establece por su lado:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

I) que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

II) que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;

III) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y a menos que se considere que ello fuere contrario al mejor interés del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

IV) que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

V) si se considera que ha infringido las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

- VI) que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- VII) que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento (...)."

Todos estos incisos del apartado 2.b del art. 40 pueden ser directamente aplicados en los procedimientos que afecten a niños. Así, podría argumentarse que la presunción de inocencia se ve vulnerada en los supuestos de internación durante el proceso en los que no se haya probado por parte del acusador peligro de fuga o peligro de entorpecimiento de la investigación; podría reclamarse la anulación de un proceso en el que no se haya brindado información inmediata y directa de los cargos al niño o en el que no se haya contado con asistencia jurídica<sup>8</sup> para preparar y presentar la defensa; podría invocarse la garantía de celeridad en aquellos casos en los que pasa mucho tiempo sin que, por ejemplo, se fije audiencia para debate, en particular si el niño se encuentra privado de la libertad o se prorroga la fecha de la audiencia de debate en espera de una "mejora" en el expediente tutelar; podría reclamarse el ejercicio de la defensa material en caso de que un niño fuera obligado a declarar; podría plantearse la garantía al recurso cuando recae sentencia de responsabilidad penal pero no se aplica pena sea por ejemplo porque no se encuentran reunidos los extremos del art. 4 de la ley 22.278 o porque se decide prorrogar el tratamiento; y, finalmente, podría argumentarse sobre el respeto de la vida privada en todos los casos en los que los tribunales llevan a cabo intervenciones que vulneran esta garantía de manera injustificada.

<sup>8</sup> En este punto, es importante señalar que en nuestro orden jurídico no hay otra asistencia adecuada para defenderse de una acusación penal que la asistencia legal. Esto hace a la garantía de la defensa en su dimensión técnica. También es importante tener en cuenta que la figura del asesor de menores —que vela al mismo tiempo por los intereses del menor y por la defensa de la sociedad— no satisface de modo adecuado la garantía de los arts. 40.2.b y 37.d de la CDN.

Otro artículo de la Convención que puede ser aplicado y de hecho es aplicado de modo bastante extendido en particular en la justicia de familia es el art. 12. Este artículo establece:

- “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reclama a los abogados y a los jueces un complicado trabajo jurídico a fin de hacer efectivos los derechos por ella reconocidos a los más chicos y en muchos casos, a los más vulnerables entre nosotros. Esta tarea es ciertamente compleja pero urgente en la medida en que el legislador no dé cumplimiento a la obligación de adecuar la legislación al instrumento internacional.

### Capítulo III

## **Quando un caso no es “el caso”. Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la calle”)\***

*“Os molecotes atrevidos, o olhar vivo, o gesto rápido a gíria de malandro, os rostos chapados de fome, vos pedirão esmola. Praticam também pequenos furtos. Há 40 anos escrevi um romance sobre eles. Os que conheci naquela época são hoje homens maduros, malandros dos cais, com cachaça e violão, opérarios de fábrica, ladrões fichados na policia, mas os Capitães da Areia continuam a existir, enchendo as ruas, dormindo no chão. Não são um bando surgido ao acaso, coisa passageira na vida da cidade. E um fenómeno permanente, nascido da fome que se abate sobre as classes pobres. Aumenta diariamente o número de crianças abandonadas. Os jornais noticiam constantes malfeitos desses meninos que têm como único corretivo as surras na polícia, os maus tratos sucessivos. Parecem pequenos ratos agressivos, sem medo de coisa alguma, de choro fácil e falso, de inteligência ativíssima, soltos de língua, conhecendo todas as misérias do mundo numa época em que as crianças ricas ainda criam cachos e pensam que os filhos vêm de Paris no bico de uma cegonha. Triste espetáculo das ruas da Bahia, os Capitães da Areia. Nada existe que eu ame com tao profundo amor quanto estes pequenos vagabundos, ladrões de onze anos, assaltantes infantis, que os pais tiveram de abandonar por não ter como alimentálos. Vivem pelo areal dos cais, por sob as pontes, nas portas dos casarões, pedem esmolos, fazem recados, agora conduzem turistas ao mangue. São vítimas, um problema que a caridade dos bons de coração não resolve. Que adiantam os orfanatos para quinze ou vinte? Que adiantam as colônias agrícolas para meia dúzia? Os Capitães da Areia continuam a existir: Crescem e vão embora mas já muitos outros tomaram os lugares vagos. Só matando a fome dos pais pode-se arrancar da sua desgraçada vida essas crianças sem infância, sem brinquédos, sem carinhos maternos, sem escola, sem lar e sem comida. Os Capitães da Areia, esfomeados e intrépidos!*

Jorge AMADO, *Los capitanes de la arena*\*\*

\* Publicado originalmente en “¿Más Derecho?”, Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2000. La versión que aquí se incluye ha sido revisada y presenta ligeras modificaciones respecto de esa primera versión.

\*\* AMADO, Jorge, en *Bahia de Todos os Santos: guia de ruas e mistérios*, Record, Río de Janeiro, 1986.

## I. Introducción

El caso materia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o la Corte Interamericana) que se comenta trata, básicamente, del secuestro, tortura y muerte de cuatro personas y del asesinato de una quinta en la ciudad de Guatemala, en 1990, por parte de miembros de las fuerzas de seguridad del Estado.

Así descripto, el caso no es muy diferente de gran parte de los casos que han llegado, hasta ahora, al sistema interamericano de protección de derechos humanos; esto es, casos que, de formas diferentes, dan cuenta de actos de abuso y violencia brutal por parte de miembros de la policía o del ejército, hacia alguna persona o grupo de personas.

En lo que difiere "Villagrán Morales y otros" de todos los casos que, dentro de este patrón, han sido resueltos por la Corte Interamericana hasta el presente, es en la circunstancia de que de las cinco víctimas, tres tenían menos de dieciocho años al momento de ocurrir los hechos. De acuerdo al artículo 1º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención Internacional), esas tres personas, una de 15 años de edad y dos de 17, eran niños<sup>1</sup>.

La Corte –y, en su momento, los denunciantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o la Comisión Interamericana)– deliberadamente procuró enmarcar el caso como un caso de niños y, en particular, de "niños de la calle". No en vano ése es el subtítulo del caso, no obstante ser sólo tres de las cinco víctimas menores de dieciocho años, y no obstante ser todos, desde el punto de vista de su desarrollo, adolescentes<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: "Artículo 1: 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".

<sup>2</sup> Si bien la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no distingue entre niños y adolescentes, las nuevas leyes dictadas en América Lati-

Al haber sido planteado de ese modo, el caso permitió que, por primera vez, la Corte se expidiera sobre la violación al artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana) que trata del derecho de todo niño a ser destinatario de todas aquellas medidas especiales de protección que por su condición requiere<sup>3</sup>.

La Corte reconoció específicamente en la sentencia a las víctimas como "niños de la calle". La categoría "niños de la calle" ha sido analizada en la década de 1980 como una categoría de comprensión y de acción frente al fenómeno de los niños y adolescentes que hacen de las calles su espacio de lucha por la supervivencia e inclusive de vivienda. Según esta perspectiva, la categoría "niño de la calle" siempre reflejó un enfoque determinado por la condición material de la infancia, con prescindencia de su condición jurídica. Como categoría de comprensión y de acción, ha pasado por tres momentos: un momento de invención, un momento de esplendor o apogeo y un momento de decadencia<sup>4</sup>. Curiosamente, la sentencia de la Corte recupera el enfoque "niño de la calle" cuando éste se encuentra en avanzado estado de crisis.

na como consecuencia de la ratificación de la Convención realizan esta distinción a los fines de: a) la responsabilidad penal; b) el trabajo adolescente; y c) la participación política.

<sup>3</sup> Llama por eso la atención el comienzo del voto concurrente de los jueces A. A. CANÇADO TRINDADE y A. ABREU BURELLI: "Quiso el destino que la última sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este año, en el umbral del año 2000, recayera sobre una situación que afecta a un sector particularmente vulnerable de la población de los países de América Latina: la de los padecimientos de los niños en la calle". Cf. punto 1 del voto concurrente en la sentencia que se comenta. La cita de Jorge AMADO del comienzo nos muestra cómo esta situación no es nueva en la región, ya que su novedad sobre *Los capitanes de la arena* fue publicada por primera vez en 1937.

<sup>4</sup> Ver en este sentido GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Niños y niñas de la calle: vida, pasión y muerte. Trayectoria, situación actual y perspectivas de una categoría de comprensión y acción social en la lucha por los derechos del niño y del adolescente en América Latina*, Ed. UNICEF Argentina, Colección Derechos, Buenos Aires, 1996.

En esto precisamente radica el carácter paradójico de la sentencia: en que rescata la categoría “niño de la calle” en un momento en el que la lucha por los derechos de los niños y adolescentes en América Latina intenta salir de una concepción del problema basada en lo que se ve: el niño en la calle, para pasar a una concepción basada en los derechos, basada en el reconocimiento de la ciudadanía plena para todos los niños y para todos los adolescentes.

Al mismo tiempo, la importancia del fallo se encuentra en que más allá de las definiciones técnicas respecto de qué se entiende por niño de la calle y más allá de algunas cuestiones que no abordó, logró dar especificidad y visibilidad a un problema gravísimo de la infancia en muchos países de la región latinoamericana. En este sentido, la sentencia demuestra que el enfoque “niños de la calle”, en su ocaso, todavía puede ser útil.

El problema que se pretende plantear en lo que sigue, previa descripción de las vicisitudes del caso en el sistema interamericano y de lo más relevante de la sentencia, es que –y bueno es reiterarlo, a pesar del evidente valor de la decisión–, la Corte Interamericana no advirtió la singularidad del asunto pese a todos los esfuerzos que ella misma y que las partes hicieron para plantearlo como un caso de derechos del niño. La Corte se quedó a mitad de camino: estableció que el Estado de Guatemala violó el artículo 19 de la Convención Americana –derecho del niño a ser destinatario de medidas especiales de protección– pero no avanzó en el sentido de determinar cuál debería ser el contenido de las medidas especiales de protección que el Estado está obligado a adoptar respecto de sus habitantes menores de dieciocho años de edad. Más precisamente, lo poco que determinó respecto del contenido de las medidas especiales de protección refleja una concepción respecto de la infancia que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño –tal como ha sido interpretada en los procesos de reformas legales e institucionales latinoamericanos de la última década– pretende superar.

En este tema, abordar con minuciosidad esta cuestión era todo lo contrario a una obviedad: gran parte de las peores vio-

laciones –las más perversas por su fundamento– a los derechos de los niños y los adolescentes a lo largo de todo el siglo se han cometido en nombre de su protección<sup>5</sup>.

## II. Los hechos

El 15 de junio de 1990, en la Zona 1 de la Ciudad de Guatemala, Henry Giovanni Contreras, de dieciocho años, Federico Clemente Figueroa Túnchez, de veinte años, Julio Roberto Caal Sandoval, de quince años y Jovito Josué Juárez Cifuentes, de diecisiete años, fueron secuestrados por miembros de las fuerzas de seguridad del estado<sup>6</sup>. Los cuerpos de Juárez Cifuentes y de Figueroa Túnchez fueron encontrados, con señales de apremios, al día siguiente en un lugar denominado Bosques de San Nicolás. Los cuerpos de los dos jóvenes restantes fueron encontrados, con similares evidencias de haber sido sometidos a torturas, en el mismo lugar, el día 17 de junio<sup>7</sup>.

El 25 de junio de 1990 fue asesinado por integrantes de los cuerpos de seguridad del Estado, mediante un disparo de arma de fuego, Ansträum [Aman] Villagrán Morales, de diecisiete años, en el mismo sector de la Zona 1, denominado “Las Casetas”, del que habían sido secuestrados los jóvenes mencionados en el párrafo anterior<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Sobre este punto ver PLATT, Anthony, *The “Child Savers”. The invention of delinquency*, Chicago, Chicago University Press, 2<sup>a</sup> ed. 1969; en castellano, *Los “Salvadores del Niño”. La invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, México, 1982. Sobre la situación en América Latina, ver AA.VV., *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, y AA.VV., *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992. En el mismo sentido, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, 2<sup>a</sup> ed. actual., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

<sup>6</sup> Cf. punto 80 de la sentencia que se comenta.

<sup>7</sup> Cf. puntos 81 y 82.

<sup>8</sup> Cf. puntos 83.

Entre la fecha en la que ocurrieron los hechos, esto es, junio de 1990 y septiembre de 1994 –cuando dos organizaciones no gubernamentales, una de defensa de los derechos del niño, Casa Alianza, y una de defensa de los derechos humanos, CEJIL, presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, en los procesos penales iniciados como consecuencia de la aparición de los cuerpos de los jóvenes mencionados –y en todas las instancias– se omitió la producción de numerosas pruebas durante la etapa de investigación y se realizó una interpretación muy particular del Código Procesal Penal entonces vigente en Guatemala, circunstancias ambas que impidieron tanto la individualización, atribución de responsabilidad y castigo de los autores del hecho como el acceso a la justicia y una justa indemnización para los familiares de las víctimas<sup>9</sup>.

### III. El trámite en el sistema interamericano

El 15 de septiembre de 1994, Casa Alianza y CEJIL presentaron una denuncia ante la Comisión que tramitó como caso 11.383. En el transcurso de ese trámite, la Comisión celebró dos audiencias, la primera los días 19 y 30 de septiembre de 1994 y la segunda el 22 de febrero de 1996, audiencia en la que se propuso a las partes llevar a cabo negociaciones de solución amistosa. Los peticionantes, en esa oportunidad, no se opusieron pero manifestaron reservas acerca de la posibilidad de llegar a una solución amistosa en el caso. El Estado, que en la audiencia solicitó pronunciarse sobre el punto posteriormente, en presentación del 8 de mayo de 1996 sostuvo que “no sería necesario llevar a cabo un proceso de solución amistosa”<sup>10</sup>.

El 16 de octubre de 1996 la Comisión aprobó el Informe n° 33/96 en el que declaró admisible la denuncia presentada y es-

<sup>9</sup> Cf. puntos 228 y siguientes.

<sup>10</sup> Cf. punto 23.

tableció que el Estado de Guatemala había violado los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 19 (derechos del niño), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como incumplido la obligación emergente del artículo 1 de la misma Convención (obligación de respetar los derechos). También estableció que el Estado de Guatemala había violado los artículos 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>11</sup>.

La Comisión resolvió recomendar al Estado que realizara una investigación pronta, imparcial y efectiva de los hechos denunciados, a fin de establecer responsabilidades, someter a juicio a los responsables, reparar las consecuencias de los hechos e instituir medidas para que en el futuro no ocurrieran violaciones a los derechos humanos de los “niños de la calle”.

El 7 de enero de 1997, luego de vencido el plazo de dos meses –y la prórroga concedida al Estado– para implementar las medidas referidas en el párrafo anterior, la Comisión decidió presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 30 de enero de 1997 la Comisión inició ante la Corte una demanda<sup>12</sup> contra la República de Guatemala originada en la denuncia 11.383 en la que solicitó que la Corte decidiera si el Estado guatemalteco había incurrido en violación a los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

<sup>11</sup> Cf. punto 29.

<sup>12</sup> La demanda fue presentada en inglés y notificada en inglés al Estado, aunque se le había transmitido por fax una traducción al español con varios errores de traducción que posteriormente fueron corregidos.

En esa oportunidad la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado tomar las medidas necesarias para completar una pronta, imparcial y efectiva investigación de los hechos a fin de que se individualizara y sancionara a los responsables. Demandó asimismo que el Estado adoptara los pasos requeridos para reivindicar los nombres de las víctimas y para pagar una justa indemnización.

La audiencia en el caso se celebró los días 28 y 29 de enero de 1999. Los alegatos finales fueron presentados por el Estado el 21 de septiembre de 1999 y por la Comisión el día 20 del mismo mes y año en inglés, y el 10 de noviembre en español.

La sentencia de fondo del asunto, que aquí se comenta, fue dictada el 19 de noviembre de 1999.

La sentencia sobre reparaciones, que no analizaré en esta oportunidad, fue dictada en el caso el día 8 de junio de 2000. Esta sentencia condenó al Estado de Guatemala a pagar \$ 508.865,91 a los familiares de las víctimas, a llamar a una escuela con el nombre de las víctimas, a permitir la exhumación de los restos de una de las víctimas que había sido enterrada como NN en un cementerio público, y a adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter necesarias para asegurar que la ley guatemalteca refleje el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### IV. Lo que la sentencia resolvió

Los puntos destacados de la sentencia de fondo en el caso que se comenta, tanto normativos cuanto político-institucionales, pueden resumirse en:

a) darle visibilidad al tema de las campañas de asesinatos de niños y jóvenes socialmente desaventajados en Guatemala;

b) pronunciarse por primera vez sobre el artículo 19 de la Convención Americana referido a las medidas especiales de protección de las que los niños por su condición son titulares;

c) desarrollar el derecho a la vida en un sentido integral que incluye tanto su no privación cuanto las obligaciones positivas del Estado para garantizar a los niños una vida digna; y

d) integrar la Convención sobre Derechos del Niño a la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana.

Además de la violación al artículo 19 –a la que se hará referencia más adelante y que motiva este comentario–, la Corte resolvió, exactamente conforme lo solicitado por la Comisión, que el Estado de Guatemala violó los artículos 7 (derecho a la libertad personal), 4 (derecho a la vida), 5.1 y 5.2 (derecho a la integridad personal), 8.1 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial), todos en función del artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos), así como el propio artículo 1.1 en lo relativo al deber de investigar, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También estableció que el Estado de Guatemala violó los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Tal como se planteara en la Introducción, los hechos por los que fue condenado el Estado, hasta aquí, no difieren mucho de una parte importante de los casos que todavía tramitan en el sistema interamericano. A la Comisión y, eventualmente, a la Corte, llegan aún casos que reflejan un período de la historia de la región –advértase que los hechos aquí investigados ocurrieron en junio de 1990 y la sentencia es de noviembre de 1999, esto es, nueve años y medio después–, en el que prácticas como aquellas de las que trata este caso eran habituales respecto de algunas personas o grupos de personas consideradas peligrosas<sup>13</sup>. Tradicionalmente en Guatemala, y todo a lo largo

<sup>13</sup> Alessandro BARATTA ha analizado este tema como expresiones de la prevención especial negativa. Afirma el autor: "En las áreas latinoamericanas del *Con Sur* y de América Central se ha presenciado, en concomitancia con la instauración del nuevo autoritarismo de los regímenes militares, tanto una gigantesca y rápida extensión del sistema punitivo extralegal como su concentración en la violenta represión de la resistencia popular y de cualquier forma de disidencia política e intelectual. (...) Por otra parte, seguimos constatando en las áreas indicadas de América Latina la tentativa de atribuir a las víctimas de la represión política las connotaciones de anti-socialidad, criminalidad y bandidaje. (...) La consolidación de las teorías tecnocráticas de la prevención especial negativa (...) corresponden pues a recientes transformaciones de la

del conflicto armado que se extendió por treinta y seis años<sup>14</sup>, la peligrosidad se asociaba –con prescindencia de la edad o del sexo– a la pertenencia a grupos políticos opositores; en algunos casos, además, el ser miembro de una etnia<sup>15</sup> automáticamente era considerado como indicador de pertenencia a estos grupos políticos opositores y, en consecuencia, como indicio de peligrosidad.

En este caso, no obstante, las víctimas no fueron tales debido a su origen étnico o a su adscripción política. La sentencia establece, con contundencia, que los jóvenes Contreras, Figueroa Túnchez, Caal Sandoval, Juárez Cifuentes y Villagrán Morales padecieron las violaciones a sus derechos relatadas más arriba por ser considerados “niños de la calle”.

---

estrategia de legitimación de los sistemas penales en América Latina y en Europa. En el primer caso, se trata, sobre todo, de la variante más represiva de la prevención negativa: la aniquilación física o la ‘desaparición’ del adversario acompañada del abandono de la función punitiva del derecho”. Cf. BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*, en “Poder y Control”, Ed. PPU, n° 0, Barcelona, 1986, ps. 77-92.

<sup>14</sup> En Guatemala el proceso de transición democrática comenzó en 1982 y a partir de 1985 se institucionalizó el Estado de Derecho a través de elecciones libres. El 14 de enero de 1986 entró en vigencia la nueva Constitución política. El 29 de diciembre de 1996 se firmó el *Acuerdo de Paz Firme y Duradera*, que puso fin al conflicto armado interno. En ese sentido, en la página 3 del Informe *Democracia en Guatemala. La Misión de un Pueblo Entero*, Bogotá, IDEA, 1998, se afirma: “1. La sociedad guatemalteca experimenta desde hace algunos años una triple transición. Se ha pasado ya de la guerra a la paz. Se transita del autoritarismo a la democracia participativa. Y, por último, se busca pasar de una economía Estado-céntrica y cerrada, a una de mercado, integrada al proceso de globalización”.

<sup>15</sup> Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de 1994, en Guatemala el 61,6% de la población es rural y el 40,6% indígena. Si bien el español es el idioma oficial, entre la población indígena se hablan veintitrés idiomas mayas. La guerra dejó como resultado ciento cincuenta mil muertos, cincuenta mil desaparecidos, un millón de desplazados internos, cien mil refugiados y doscientos mil niños huérfanos. Tres de cada cuatro víctimas de la guerra fueron indígenas. Cf. *Democracia en Guatemala*, cit., ps. VIII y 4.

La Corte, con acierto, no se pierde en la discusión interminable respecto a qué es un niño de la calle o, peor aún, cuánto de qué hay que tener –o no tener– para ser considerado un niño de la calle; pero tampoco asume que esta categoría es relativamente nueva y posterior al proceso de industrialización tardía y urbanización desordenada presente en gran parte de los países de la región. La expresión “niños de la calle” constituye otra manera de ver, de entender y de intervenir en la realidad personal y social de quienes viven o trabajan en las calles<sup>16</sup>, superadora del modelo asistencialista basado en la institucionalización compulsiva, pero que no logra ingresar en la era de los derechos de la infancia que se inaugura con la Convención Internacional. Desde este punto de vista, entonces, lo único que es relevante es que las víctimas eran consideradas niños de la calle y que por eso fueron victimizadas. Las víctimas fueron tales por ser reconocidas como “niños de la calle”, más allá de las definiciones técnicas y sólo en ese sentido puede entenderse que éste es un caso de “niños de la calle”.

Como ya mencioné, este es, desde el punto de vista político-institucional, el mejor logro de la sentencia. El haber puesto en evidencia la existencia de agresiones sistemáticas conocidas como “campañas de exterminio” o “limpieza social” hacia la población infantil o adolescente que vive o trabaja en las calles<sup>17</sup>. Sobre estas campañas en Guatemala se ha afirmado:

“A principios de los noventa, la mirada internacional se concentró en Guatemala, cuando agentes de la Policía Nacional y otros miembros de las fuerzas de seguridad del Estado participaron en docenas de ataques violentos contra niños de la calle, entre ellos catorce asesinatos en un período de dieciocho meses. El peor año en relación a este tipo de asesinatos fue 1990 (...). A finales de ese año, varios niños habían

<sup>16</sup> Cf. GOMES DA COSTA, *Niños y niñas de la calle*, cit., p. 9.

<sup>17</sup> Ver *Vidas em risco: assassinatos de crianças e adolescentes no Brasil*, MNMMR, IBASE, NEV-USP, Río de Janeiro, 1991.

sido asesinados y docenas habían sido heridos. En estos crímenes estaban implicados veinticuatro agentes de la Policía Nacional y cuatro guardias de seguridad privada. Los ataques iban de palizas graves, ingestión forzada de pegamento para calzado tóxico, tortura y mutilación, amenazas de muerte, hasta ejecuciones extrajudiciales a quemarropa. (...) El año 1994 fue el peor año en términos de homicidios de niños de la calle desde 1990. Se registraron trece muertes. También fue muy negro el año 1996, en el que se produjeron al menos diez asesinatos de niños y jóvenes de la calle. (...) La impunidad generalizada permite que continúe la violencia contra niños de la calle. En Guatemala, de las casi 300 denuncias penales presentadas por Casa Alianza en representación de niños de la calle, sólo se han procesado judicialmente unas cuantas. En la gran mayoría de los casos, los incidentes no se investigan y no se detiene a los responsables (...)”<sup>18</sup>.

La sentencia reconoce este problema y también el Estado lo reconoció en el proceso ante la Corte<sup>19</sup> y en el informe gubernamental presentado al Comité sobre los Derechos del Niño de Ginebra<sup>20</sup>.

En Guatemala el número de niños de la calle varía entre 1.500 y 5.000, los varones son el 70 al 80% y viven principalmente en la Ciudad de Guatemala. El 75% tiene entre diez y diecisiete años. En ninguna parte del país existen programas gubernamentales para niños de la calle<sup>21</sup>.

Cómo se construyó el estereotipo “niño de la calle = niño peligroso” –que reproduce medio siglo después el estereotipo

<sup>18</sup> Cf. *Los niños olvidados de Guatemala*, Proyecto de Derechos del Niño de Human Rights Watch/Americas, 1997, ps. 20-21. Es de destacar que estas prácticas de asesinatos de niños continúan hasta el presente y se han extendido por varios países centroamericanos.

<sup>19</sup> En la sentencia se establece que “el Estado ‘reconoció que en los primeros tres meses de 1996, 84 niños habían sido asesinados y que de acuerdo a la información disponible había sólo siete [condenas]’. La comisión aseveró que esta declaración constituyó un acto unilateral de reconocimiento de hechos que generan responsabilidad internacional”.

<sup>20</sup> Cf. punto 183 de la sentencia.

<sup>21</sup> Cf. *Los niños olvidados de Guatemala*, cit., ps. 14-15.

“menor abandonado = delincuente”<sup>22</sup>– excede los fines de este comentario<sup>23</sup>. Lo cierto es que la Corte reconoce esta realidad como un problema específico de la infancia latinoamericana que requiere un abordaje específico en el sistema de protección de derechos humanos.

Para concluir este punto es del caso recordar el siguiente párrafo de la sentencia que se comenta:

“191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”.

<sup>22</sup> Sobre la construcción de la categoría “menor abandonado = delincuente” ver el clásico artículo de Emilio GARCÍA MÉNDEZ, *Para una historia del control penal de la infancia. La informalidad de los mecanismos formales de control social*, publicado originariamente en “Lecciones y Ensayos”, Ed. Astrea/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, n° 53, 1989, ps. 43-74; compilado también en el libro del mismo autor, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, cit., ps. 17-44.

<sup>23</sup> Para conocer los estereotipos de los niños “peligrosos” en las Actas de los Congresos Panamericanos del Niño, ver IGLESIAS, Susana; VILLÁGRA, Helena, y BARRIOS, Luis, *Un viaje a través de los espejos de los congresos Panamericanos del Niño*, en AA.VV., *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992, ps. 389-451.

En cuanto a la interpretación de los tratados aplicables al caso, la Corte sostuvo:

"194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana".

Este es probablemente el mejor párrafo de la sentencia en términos de su utilidad concreta en el caso –que no fue desarrollada, como se verá seguidamente–, y en relación con pronunciamientos futuros de la misma Corte.

#### V. Lo que la sentencia no resolvió

Las circunstancias relatadas más arriba determinaron que la Comisión en la demanda, y luego la Corte en la sentencia, incluyeran dentro de los derechos violados por el Estado de Guatemala en este caso, el contemplado por el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es, el derecho que todo niño tiene a las medidas de protección que su condición requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Corte Interamericana enfatizó la omisión del Estado de cumplir con la obligación de adoptar medidas especiales de protección para los niños cuyos derechos se encuentran amenazados o violados, como es el caso de los niños que viven en las calles de las ciudades latinoamericanas, deber que ha adquirido carácter específico al firmarse la Convención Internacional.

Por eso también transcribió la Corte en la sentencia los artículos 2 (garantía de no discriminación), 3 (medidas adecuadas para hacer efectivos los derechos por parte del Estado), 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo), 20 (derecho a protección en caso de privación del medio familiar), 27 (derecho a un nivel de vida adecuado), y 37 (prohibición de torturas u otros tratos inhumanos, crueles o degradantes y de

la privación de la libertad ilegal o arbitraria más algunas garantías procesales para el caso de los niños privados de libertad<sup>24</sup>) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como pautas para precisar "en variadas direcciones, los alcances de las 'medidas de protección' a que alude el artículo 19 de la Convención Americana"<sup>25</sup>.

La Corte intentó definir el contenido de las "medidas de protección" pero no lo logró. Apenas estableció que "(...) Entre ellas [las medidas de protección] 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"<sup>26</sup>. Inmediatamente después relata la sentencia que existían referencias documentales de que uno de los tres niños, Jovito Josué Juárez Cifuentes estaba registrado en "archivos delincuenciales" del Gabinete de Identificación de la Policía Nacional. Se afirma luego: "Al respecto, la Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los 'niños de la calle' están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilita-

<sup>24</sup> Según la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad: "Se entiende por privación de libertad toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en una institución pública o privada, de la que no se permita salir al menor a su voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa o de otra índole".

<sup>25</sup> Cf. punto 196 de la sentencia.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

ción de los mismos, en orden a 'permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad'. Es evidente que, en el presente caso, el Estado actuó en grave contravención de esas directrices"<sup>27</sup>.

Así concluye el capítulo dedicado al análisis de la violación al artículo 19 de la Convención Americana –vale recordarlo, dedicado a las medidas especiales de protección a las que todo niño tiene derecho–: con un relato referido a un episodio vinculado con un delito en el que habría estado involucrada una de las víctimas.

La asociación entre pobreza o marginalidad y delincuencia no aparece sólo al final del capítulo dedicado a los derechos del niño. La Corte afirma, al referirse a las campañas de "limpieza social":

"79. En la época en que sucedieron los hechos existía en Guatemala un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los 'niños de la calle'; esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil (*supra*, párr. 59.c)"<sup>28</sup> (destacado agregado).

Este párrafo revela también lo que tiene de problemático la sentencia: que no logra superar el modelo que asocia pobreza con delincuencia, propio de la concepción tutelar. No pretendo implicar que la Corte considere adecuado ese "medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil"; pero me preocupa la redacción del párrafo que por lo menos acepta el argu-

<sup>27</sup> Cf. punto 197 de la sentencia.

<sup>28</sup> La sentencia remite al título "La problemática de los 'niños de la calle' en Guatemala durante la época en la cual ocurrieron los hechos que dieron origen al presente caso", con nota al pie del Informe de Amnistía Internacional, *Guatemala: Los Niños de la Calle*, publicado en 1990, y el Informe de Casa Alianza, *Report to the Committee against Torture on the Torture of Guatemala Street Children: 1990-1995*, publicado en 1995.

mento de que ése era el "medio", sin explicar siquiera mínimamente por qué no lo era (en términos político-criminales) ni podía serlo (en términos de principios).

La Corte no se dedica en cambio al análisis de cuál ha sido históricamente en América Latina el contenido de las medidas especiales de protección, que puede ser resumido en una protección que desconocía derechos porque se basaba en la concepción del otro como objeto de tutela y no como sujeto.

El Código de Menores de Guatemala, Decreto 78-79 aprobado en 1979, constituye uno de los exponentes más claros del sistema legal para menores de edad hegemónico en América Latina hasta la irrupción de la Convención sobre los Derechos del Niño en el continente, a comienzos de la década de 1990. Paradójicamente aprobado en el que fuera declarado por la Organización de las Naciones Unidas como el "Año Internacional del Niño", contiene disposiciones ejemplares para entender la cultura tutelar.

El art. 6, por ejemplo, establece que "Los menores son inimputables de delito o falta, sus actos antisociales son trastornos de conducta que requieren de tratamiento especializado y no de acción punitiva"; en tanto el art. 34, en relación con el "tratamiento especializado y no punitivo", establece que "Los menores serán puestos en depósito [*sic*] únicamente si ello es indispensable dadas las circunstancias del hecho y las condiciones personales de los mismos".

El intento de definición de la indefinible categoría de la "situación irregular", en el art. 5, es también elocuente: "Se consideran menores en situación irregular, aquellos que sufran o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro".

El juez de menores tiene jurisdicción en todos los casos en los que un menor se encuentre en situación irregular (art. 16) y también en los casos de menores en abandono o peligro.

¿Cuáles son esos casos? El Capítulo IV los aborda. En el art. 47 se establece que:

“Se consideran menores en abandono:

1. los que careciendo de padres no tuvieren persona que los tenga a su cargo; y
2. los que por negligencia de unos u otros, se dedicaren a la vagancia o a la mendicidad”.

Finalmente, en el art. 48 se establece:

“Se considera menores en peligro:

- “1. los que sean víctimas de explotación (...).
2. los que fueren inducidos o colocados en situación irregular (...).
3. los hijos de padres viciosos o inmorales o de prostitutas (...).
4. los que *por cualquier motivo se pongan en peligro de adoptar una conducta irregular o viciosa*” (destacado agregado).

Este era, hasta el año 2003, el estándar legal para la “protección” de los niños en Guatemala, un país en el que ocho de cada diez niños son pobres<sup>29</sup>.

Volvamos ahora, luego de realizar estas precisiones, al caso “Villagrán Morales y otros”. Las víctimas del caso fueron tales por ser “niños de la calle”, aquellos sujetos de las definiciones de situación irregular o peligro transcritas más arriba. Más aún, aquellos respecto de quienes fueron pensadas exclusivamente esas definiciones.

<sup>29</sup> La situación a la fecha se ha modificado. Guatemala ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y aprobó, luego de un rico e intenso proceso de discusión y análisis con todos los sectores involucrados, un Código de la Niñez y Juventud. Este Código debía entrar en vigencia en septiembre de 1997, pero se prorrogó la entrada en vigencia por seis meses, luego por un año y finalmente, por razones que no es del caso analizar aquí pero que son escandalosas, se suspendió su vigencia en forma indefinida. Esta situación ubica al orden jurídico guatemalteco en esta materia en un lugar destacado en el orden de las rarezas pergeñadas para violar derechos humanos fundamentales –piénsese, por ejemplo, que se pretendía derogar una ley que nunca había entrado en vigencia–. Recién el 4 de junio de 2003 se aprobó por Decreto 27 una nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que está comenzando a implementarse.

La legislación vigente en Guatemala al momento de dictarse la sentencia de fondo, en abierta contradicción con la Convención Internacional y con la Constitución de la República, contiene “medidas de protección” para los “menores en situación irregular” y determina que niños pobres y niños imputados de delitos sean tratados de igual forma. No es casualidad que la primer recomendación al gobierno de Guatemala del informe *Los niños olvidados de Guatemala. Violencia policial y abusos a detenidos*, de Human Rights Watch/Americas, publicado en 1997, haya sido que “El gobierno debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que el Código de la Niñez y la Juventud, cuya entrada en vigor está prevista para septiembre de 1997, se aplique en su totalidad sin mayor dilación”<sup>30</sup>. Ese Código de la Niñez y la Juventud, que desarrollaba de modo completo los derechos y garantías reconocidos por la Convención Internacional, nunca entró en vigencia.

La Corte no logra interpretar el artículo 19 de la Convención Americana en clave de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por más que establezca que ambas convenciones forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general contenida en el mencionado artículo 19<sup>31</sup>. Sólo transcribe ciertos artículos de la Convención Internacional, sin analizarlos. La Corte no alcanza a reinterpretar la protección en clave de derechos.

Pero éste no parece ser sólo un problema de la Corte. En la misma lógica planteó el caso la Comisión, que específicamente determinó:

“Que [El Estado] (...) instituya las *medidas debidas para que no ocurran en el futuro violaciones de los derechos humanos de los niños de la calle*. Estas medidas deben incluir, entre otras, su *protección efectiva*,

<sup>30</sup> Cf. *Los niños olvidados de Guatemala*, cit., p. 5.

<sup>31</sup> Cf. punto 194 de la sentencia, transcripto más arriba.

*particularmente de los menores y la capacitación y supervisión de los agentes de policía para que no cometan abusos contra los niños de la calle*"<sup>32</sup> (destacado agregado).

Los niños de la calle no sólo son expresión de la Década Perdida y del recorte de las políticas sociales en la región latinoamericana. Expresan también la crisis terminal de un tipo particular de política social basada en el secuestro e invisibilización de los problemas sociales.

En algún sentido, el voto concurrente de los jueces A. A. CANÇADO TRINDADE y A. ABREU BURELLI advierte el problema e intenta agregar algo más en términos de cuáles son las obligaciones del Estado respecto de los niños, pero en la discusión más general de los alcances del derecho a la vida. Estos jueces afirman:

"El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos"<sup>33</sup>.

El voto desarrolla una interpretación del derecho a la vida de la que es posible desprender una concepción de la protección basada en la calidad de sujetos de derecho de los niños y no fundada en términos tutelares o asistenciales:

"El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado, referido sólo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida física. (...) En el presente caso (...) hay

<sup>32</sup> Cf. punto 30, párr. 4.

<sup>33</sup> Cf. punto 4 del voto concurrente.

la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia"<sup>34</sup>.

También: "El proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino"<sup>35</sup>.

La Corte no advirtió la trascendencia de la discusión de los alcances del artículo 19 que se encuentra en la pregunta: ¿cómo debe proteger el Estado a los niños? La Corte perdió así la oportunidad de responderla; y también perdieron los niños que diariamente son objeto de las "medidas especiales de protección" en clave tutelar.

## VI. Conclusión

La sentencia en el caso "Villagrán Morales y otros" (caso de los "Niños de la Calle") puede ser leída como un paso importante en el proceso de ampliación de la ciudadanía hacia quienes históricamente estuvieron al margen de la condición de sujetos de derecho. Si esta condición fue históricamente negada a los niños en general, en la práctica implicó mayores abusos para el segmento más vulnerable de los niños, aquellos que viven o trabajan en las calles. Así como el Estatuto del Niño y del Adolescente permitió dar visibilidad y prioridad política al problema de las campañas de exterminio de los niños de la calle de Brasil, una sentencia internacional como ésta puede cumplir la misma función en relación con Guatemala, país que decidió aplazar por siempre la entrada en vigencia de una nueva ley para la infancia.

<sup>34</sup> Cf. punto 3 del voto concurrente.

<sup>35</sup> Cf. punto 8 del voto concurrente que refiere al caso "Loayza Tamayo versus Perú" (Reparaciones, 1998), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, n° 42, voto razonado conjunto de estos dos mismos jueces.

Además de su valor intrínseco como acto de justicia, la sentencia refleja también la importancia y la utilidad del recurso al sistema interamericano de protección de derechos humanos para dar a la cuestión visibilidad y estatus como problema de derecho, de derechos humanos.

Queda pendiente conocer qué entiende la Corte por "medidas especiales de protección" o cómo interpreta las leyes anteriores a la Convención Internacional que prevén "medidas especiales de protección" para los niños, medidas que implican restricciones o violaciones de muchos de los derechos reconocidos por la Convención a los niños. Los países latinoamericanos, que conocen el problema, se han adelantado y más de la mitad ha dictado nuevas leyes de conformidad con los compromisos internacionales asumidos. La lucha por los derechos de los niños en el plano del derecho necesita de la reforma legal pero también de sentencias que reconozcan la protección a la infancia como un problema jurídico, diferente de los problemas relacionados con las reacciones frente a los delitos cometidos por niños.

### Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"\*

"Terzián consideraba, por el contrario, que no había otra alternativa a la abolición del T. M. Este organismo, en espera de su desaparición, tenía una única posibilidad de reconvertir sus funciones: traducir en sentencias y provisiones de denuncia la inconstitucionalidad de la mayor parte de las instituciones de menores, por representar un obstáculo y un límite a la libertad y a la igualdad de muchos ciudadanos, y un impedimento concreto al desarrollo de su personalidad y de su efectiva participación social".

Gaetano DE LEO, *La justicia de menores*\*\*

"¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden usarla? Sin las condiciones adecuadas para el uso de la libertad, ¿cuál es el valor de ésta? Lo primero es lo primero. (...) A mí me parece que lo que preocupa a la conciencia de los liberales occidentales no es que crean que la libertad que buscan los hombres sea diferente en función de las condiciones sociales y económicas que éstos tengan, sino que la minoría que la tiene la haya conseguido explotando a la gran mayoría que no la tiene o, por lo menos, despreocupándose de ella. Creen, con razón,

\* Agradezco a mis colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, María Laura CLÉRICO y Julieta DI CORLETTI, su atenta lectura del texto original y sus lúcidas observaciones. Se ha optado por transcribir gran parte de la OC 17 ya que no será publicada conjuntamente con este análisis.

\*\* Recuerda DE LEO las Actas de la Convención de Abano de 1975, en la que la voz de Hrayr TERZIAN fue de las más críticas frente a aquellas que reclamaban una apertura y modernización de la justicia tutelar. En italiano en el original, *La giustizia dei minori*, Ed. Einaudi, Torino, 1981; en castellano, traducción de Carlos GONZÁLEZ ZORRILLA, Ed. Teide, Barcelona, 1985, p. 85. Por T. M. debe entenderse Tribunal de Menores.

que si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos aún deben disfrutarla a expensas de otros. Igualdad de libertad, no tratar a los demás como yo no quisiera que ellos me trataran a mí, resarcimiento de mi deuda a los únicos que han hecho posible mi libertad, mi prosperidad y mi cultura; justicia en su sentido más simple y más universal: éstos son los fundamentos de la moral liberal. La libertad no es el único fin del hombre. (...) yo puedo decir que si otros han de estar privados de ella (...) entonces no la quiero para mí (...). Pero con una confusión de términos no se gana nada. Yo estoy dispuesto a sacrificar parte de mi libertad, o toda ella, para evitar que brille la desigualdad o que se extienda la miseria. Yo puedo hacer esto de buena gana y libremente, pero téngase en cuenta que al hacerlo es libertad lo que estoy cediendo, en aras de la justicia, la igualdad, o el amor a mis semejantes. Debo sentirme culpable, y con razón, si en determinadas circunstancias no estoy dispuesto a hacer este sacrificio. Pero un sacrificio no es ningún aumento de aquello que se sacrifica (es decir, la libertad), por muy grande que sea su necesidad moral o su compensación. Cada cosa es lo que es: la libertad es libertad, y no igualdad, honradez, justicia, cultura, felicidad humana o conciencia tranquila. Si mi libertad, o la de mi clase o nación, depende de la miseria de un gran número de otros seres humanos, el sistema que promueve esto es injusto e inhumano. Pero si yo reduzco o pierdo mi libertad con el fin de aminorar la vergüenza de tal desigualdad, y con ello no aumento materialmente la libertad individual de otros, se produce de manera absoluta una pérdida de libertad. Puede que ésta se compense con que se gane justicia, felicidad o paz, pero esa pérdida queda, y es una confusión de valores decir que, aunque vaya por la borda mi libertad individual 'liberal' aumenta otra clase de libertad: la libertad 'social' o 'económica'".

Isaiah BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*\*\*\*

## I. Introducción

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup> emitió –en ejercicio de su función consultiva

\*\*\* BERLIN, Isaiah, *Four essays on liberty*, Oxford University Press, 1969; en español *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Ed. Alianza, Madrid, 1988, ps. 194-195.

<sup>1</sup> En adelante la Corte.

prevista por el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>2</sup> –, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>, la Opinión Consultiva 17<sup>4</sup> a la que denominó "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> En adelante la Convención Americana, la CADH o Pacto de San José.

<sup>3</sup> En adelante la Comisión.

<sup>4</sup> En adelante OC 17.

<sup>5</sup> Me parece importante recordar algunas circunstancias personales vinculadas con la historia de esta opinión consultiva.

En 1999 recibí la visita de un abogado especialista de la Comisión, Osvaldo KREIMER, por derivación de la Prof. Dra. Mónica PINTO. Él estaba interesado en conversar acerca del perfil que se podía dar a la Relatoría de la Niñez de la Comisión, creada poco tiempo antes, en octubre de 1998, durante el período 100 de sesiones. En esos primeros meses se había acordado que la Relatoría se dedicara a temas vinculados con la "especialización y profesionalización de la Justicia de Menores" y con la "explotación de los niños en sus distintas formas" (cf. Informe final del primer Comisionado Relator Helio BRUNO). Al tomar conocimiento de los objetivos trazados para la Relatoría, le manifesté mi inquietud dado que, a mi juicio, tales incumbencias correspondían prioritariamente en el ámbito regional al Instituto Interamericano del Niño; no obstante le señalé que el sistema interamericano podía –y debía– coadyuvar en la tarea de proteger los derechos de la infancia en la región desde sus funciones específicas y no superponiéndose con otras agencias del sistema regional o universal. En particular, le indiqué que me parecía importante que el sistema interamericano colaborara en la difícil tarea de impugnar la validez de las normas tutelares desde el punto de vista constitucional y de los estándares más modernos de derechos humanos, ya que los tribunales nacionales no lo hacían (ver, en este sentido, BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1ª reimp., Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2004, ps. 623 y siguientes, incluido en una versión reducida como Capítulo II de este libro).

En cierto sentido, la irrupción de la infancia en el ámbito regional era la culminación de un proceso que se había gestado un tiempo atrás. Usar el sistema interamericano de protección de derechos humanos para la protección y promoción de los derechos humanos de la infancia en la región requería reunir a personas que hasta entonces no había trabajado conjuntamente: la

La importancia de esta opinión consultiva es evidente: por primera vez, en ejercicio de su función consultiva, la Corte reconoció al niño como sujeto de derecho. En palabras del voto concurrente del juez CAÑADO TRINDADE:

“Es éste, a mi juicio, el *leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le

gente del “mundo de la infancia” con la del “mundo de los derechos humanos”. Requería también, fundamentalmente, entender la protección a la infancia como protección de derechos humanos.

Esa reunión ocurrió en 1998, en oportunidad de un seminario organizado por la Universidad de Notre Dame, en el que participaron, a los fines que aquí interesan, Emilio GARCÍA MÉNDEZ, Juan MÉNDEZ, Ariel DULITZKY y la suscripta. Allí comenzó una conversación que culminó en la organización en 1999 del I Curso Interamericano sobre Derechos de la Niñez y Derechos Humanos, que fue posible gracias al apoyo de UNICEF y tuvo lugar en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

De modo que, sentadas ya las bases de un trabajo en común entre quienes tradicionalmente habían encarado sus prácticas por separado, me pareció que una buena idea para la flamante Relatoría sería explorar, a través de sus funciones específicas, de qué modo podía sumarse al extraordinario proceso de reformas legales e institucionales que se había dado en la región a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por todos los países latinoamericanos.

En esa línea se desarrolló la conversación de la que hablaba al comienzo y así surgió la idea de utilizar la función consultiva de la Corte para que se pronunciara sobre un tema clave en esta materia cual es el de los límites a la obligación de protección del Estado hacia los niños.

Esta idea tomó vida propia y se formalizó finalmente en el pedido de la Comisión a la Corte, muy problemático por cierto, como se verá más adelante.

Finalmente, tuve el honor de representar a la Comisión en la audiencia del 21 de junio de 2002.

En qué medida mi involucramiento personal en el proceso de producción de la Opinión Consultiva 17 puede influir el análisis que sigue queda librado al lector. He hecho el mejor intento para que la influencia sea nula, pero evidentemente llega un punto en el que eso ya no depende de ningún esfuerzo conciente. No obstante, el lector ya está advertido.

son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección’ (párr. 28)”<sup>6</sup>.

La OC 17 es la segunda señal que la Corte Interamericana emite en el sentido de reunir al mundo de los derechos humanos con el mundo de la infancia. La primera había sido su decisión en el caso “Villagrán Morales”, antecedente directo de la opinión que aquí se analiza<sup>7</sup>.

En oportunidad de comentar la sentencia de fondo en el caso “Villagrán Morales” sostuve que quedaba pendiente conocer qué entendía la Corte por “medidas especiales de protección” y cómo ella interpretaba las leyes anteriores a la Convención sobre Derechos del Niño<sup>8</sup> que prevenían “medidas especiales de protección” restrictivas o violatorias de muchos de los derechos reconocidos por ese mismo tratado a los niños. Tal como señalé allí, la lucha por los derechos de los niños en el plano del derecho necesitaba de la reforma legal pero también de sentencias, tanto en el plano nacional cuanto internacional, que reconocieran la protección a la infancia como un problema jurídico, diferente de los problemas relacionados con las reacciones frente a los delitos cometidos por niños<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Voto concurrente del juez A. A. CAÑADO TRINDADE, párr. 40.

<sup>7</sup> La Corte Interamericana dictó tres sentencias en este caso. El 11 de septiembre de 1997 dictó la sentencia sobre las excepciones preliminares, el 19 de noviembre de 1999 resolvió sobre el fondo del asunto y el 26 de mayo de 2001 dictó sentencia sobre las reparaciones.

<sup>8</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989, en adelante la CDN.

<sup>9</sup> Ver sobre este caso BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Cuando un caso no es “el caso”*. Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la calle”), en “¿Más derecho?”, Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2000-I, ps. 395 y siguientes, incluido con modificaciones como Capítulo III de este libro.

En lo que sigue intentaré demostrar que, pese a su valor evidente, la OC 17 no logró avanzar de manera significativa en la definición de las características jurídicas de la protección a la infancia en nuestra región. Para ello, en primer lugar, analizaré el pedido inicial de la Comisión, que como intentaré dejar claro fue, por lo menos, impreciso, confuso e incompleto; en segundo lugar ingresaré al análisis de la OC 17 por la puerta trasera, esto es, por el voto en disidencia que, en mi opinión, correctamente resolvió el tema desde el punto de vista técnico-jurídico aunque no desde el punto de vista político-institucional, el voto del juez JACKMAN. En tercer lugar, abordaré la opinión principal en la OC 17. En cuarto lugar analizaré el voto más sofisticado, que revela mejor y mayor conocimiento de las cuestiones implicadas explícita e implícitamente en este pedido de opinión consultiva, pero que lamentablemente –a pesar de su fina percepción de lo que estaba en juego–, se quedó a mitad de camino. Me refiero al voto del juez GARCÍA RAMÍREZ. En quinto lugar, me dedicaré a analizar el voto del juez CANÇADO. Finalmente, haré referencia a las conclusiones compartidas por todos los votantes menos por el juez JACKMAN, quien se pronunció en contra de la admisión del pedido de la Comisión.

En síntesis, intentaré demostrar que la Corte Interamericana perdió una nueva oportunidad de fijar con precisión cuáles son los límites que el Estado debe observar cuando, en ejercicio del artículo 19 de la Convención Americana, aplica “medidas de protección” a un niño.

## II. El comienzo de los problemas: el confuso pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (o acerca de cómo formular mejores preguntas)

El 30 de marzo de 2001 la Comisión pidió a la Corte que emitiera una opinión consultiva, con un doble objetivo; por un lado, le solicitó que interpretara los artículos 8<sup>10</sup> y

<sup>10</sup> “Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente

25<sup>11</sup> 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 a niños...”; y por

e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

<sup>11</sup> “Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Cons-

el otro, le solicitó la *formulación de criterios generales válidos sobre la materia* dentro del marco de la Convención Americana (destacado agregado)<sup>12</sup>.

En principio la Comisión acertó en su planteo del problema en cuanto sostuvo que

[e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia<sup>13</sup>.

Si bien la redacción es algo oscura, creo que es posible interpretar lo que la Comisión intentó plantear. La Comisión sostuvo acertadamente que las leyes y prácticas de los países de la región violan o restringen los derechos de los niños contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, debido a

titudinación, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>12</sup> Esta formulación presenta varios problemas, como correctamente señaló el juez JACKMAN en su voto disidente, que serán analizados más adelante.

<sup>13</sup> Cf. OC 17/2002, párr. 2.

la primacía de la función de “protección estatal” (interpretado protección en clave tutelar<sup>14</sup>) por sobre estos derechos<sup>15</sup>. La Comisión afirmó además que “la obligación de protección por

<sup>14</sup> En este comentario utilizo la expresión “tutelar” para referirme al sistema de protección a los menores implementado a partir de la ley 10.903 de Argentina, la Ley de Patronato de Menores –primera en su tipo en América Latina–, hasta la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos regionales, en 1990-1991. La palabra tutelar tiene muchos significados pero curiosamente la primer acepción del Diccionario de la Real Academia Española es, como sustantivo, la autoridad que, en defecto de la paterna o materna se confiere para “curar” de la persona y los bienes de aquel que *por menoría de edad*, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil. En otras acepciones el mismo Diccionario da como ejemplo: “juez tutelar”. De modo que la palabra está originalmente vinculada con la protección de incapaces. El uso extensivo, como sinónimo de protección, no es su primer significado.

<sup>15</sup> Adviértase cómo este problema fue planteado de manera muchísimo más clara en el caso más famoso de toda la historia de la justicia de menores, *In re “Gault”* (387 U.S. 1; 87 S. Ct. 1428): “... *These results were to be achieved, without coming to conceptual and constitutional grief, by insisting that the proceedings were not adversary, but that the state was proceeding as parens patriae. The Latin phrase proved to be a great help to those who sought to rationalize the exclusion of juveniles from the constitutional scheme; but its meaning is murky and its historic credentials are of dubious relevance. The phrase was taken from chancery practice, where, however, it was used to describe the power of the state to act in loco parentis for the purpose of protecting the property interests and the person of the child. But there is no trace of the doctrine in the history of criminal jurisprudence. At common law, children under seven were considered incapable of possessing criminal intent. Beyond that age, they were subjected to arrest, trial, and in theory to punishment like adult offenders. In these old days, the state was not deemed to have authority to accord them fewer procedural rights than adults.*”

*The right of the state, as parens patriae, to deny to the child procedural rights available to his elders was elaborated by the assertion that a child, unlike an adult, has a right ‘not to liberty but to custody’. He can be made to attend to his parents, to go to school, etc. If his parents default in effectively performing their custodial functions—that is, if the child is ‘delinquent’—the state may intervene. In doing so, it does not deprive the child of any rights, because he has none. It merely provides the ‘custody’ to which the child is entitled. On this basis, proceedings involving juveniles were described as ‘civil’ not ‘criminal’ and therefore not*

el Estado” tiene lugar “para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores”. Parece desprenderse de esta aserción que a juicio de la Comisión el fundamento para el ejercicio de las fa-

---

*subject to the requirements which restrict the state when it seeks to deprive a person of his liberty.*

*Accordingly, the highest motives and most enlightened impulses led to a peculiar system for juveniles, unknown to our law in any comparable context. The constitutional and theoretical basis for this peculiar system is—to say the least—debatable. And in practice (...) the results have not been entirely satisfactory. Juvenile Court history has again demonstrated that unbridled discretion, however benevolently motivated, is frequently a poor substitute for principle and procedure”.*

[“... Estos resultados debían ser alcanzados, sin fracasar desde el punto de vista constitucional y conceptual, mediante la insistencia en que los procedimientos no eran adversariales sino que el estado actuaba como *parens patriae*. La frase en latín resultó de gran ayuda para aquellos que buscaban racionalizar la exclusión de los jóvenes del esquema constitucional; pero su significado es tenebroso y sus credenciales históricas son de relevancia dudosa. La frase fue tomada de la práctica de las antiguas cortes de equidad inglesas [Nota de la autora: tribunal que administraba justicia conforme las formas y los principios de la equidad por oposición a las rígidas prescripciones del *common law*] donde, sin embargo, era usada para describir el poder del Estado para actuar en lugar de los padres con el fin de proteger los intereses de propiedad y la persona del niño. Pero no hay huella de la doctrina en la historia de la jurisprudencia criminal. En el *common law*, los niños menores de siete años eran considerados incapaces de poseer intención criminal. Más allá de esa edad, ellos eran sometidos a arresto, juicio y en teoría a castigo al igual que los delincuentes adultos. En aquellos viejos tiempos no se consideraba que el Estado tuviera autoridad para acordarles menos derechos procesales que a los adultos.

El derecho del Estado, como *parens patriae*, para negar al niño derechos procesales disponibles para sus mayores fue elaborado a partir de la afirmación de que un niño, a diferencia de un adulto, tiene el derecho ‘no a la libertad sino a la custodia’. Él puede ser obligado a regresar con sus padres, a ir a la escuela, etc. Si sus padres fallan en ejecutar efectivamente sus funciones custodiales —esto es, si el niño es ‘delincuente’— el Estado puede intervenir: Al hacerlo, no priva al niño de ningún derecho porque él no los tiene. Simplemente provee la ‘custodia’ a la que el niño tiene derecho. Sobre esta base, los procedimientos vinculados con jóvenes fueron caracterizados como ‘civiles’ y no ‘criminales’, y por lo tanto no sometidos a los requerimientos que restringen al Estado cuando procura privar a una persona de su libertad.

cultades tutelares estatales es exclusivamente la incapacidad de las personas menores de edad; pero esto no es así, o lo es sólo en parte e indirectamente. No es la incapacidad en sí la que autoriza la intervención estatal ilimitada; en la lógica tutelar es la falta o inidoneidad de los representantes legales del incapaz la que pone en marcha el dispositivo tutelar. Se trata de un problema entre los diferentes representantes legales del incapaz (padres, tutores, curadores), no de la incapacidad del menor en sí.

En resumen, es posible interpretar que la Comisión entendió que el Estado pretende suplir la incapacidad de las personas menores de edad mediante la adopción de medidas de protección, sin reconocerles los derechos y garantías básicamente judiciales consagrados en la Convención Americana. Es una simplificación inadecuada del problema aunque comprensible como una primera aproximación al tema.

Para ayudar a la Corte en su tarea, la Comisión manifestó que existen ciertas “premisas interpretativas” que las autoridades estatales aplicarían al momento de dictar medidas especiales de protección, premisas que tenderían al debilitamiento de las garantías judiciales de los niños. Estas premisas (“medidas” sostiene la Corte que afirma la Comisión, y así comienzan las confusiones) son las siguientes:

- a. Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.
- b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basa-

---

De este modo, los motivos más elevados y los impulsos más iluminados condujeron a un peculiar sistema para jóvenes, desconocido para nuestro derecho en cualquier otro contexto comparable. La base constitucional y teórica para este sistema peculiar es —por decir lo mínimo— discutible. Y en la práctica (...) los resultados no han sido enteramente satisfactorios. La historia de la Corte Juvenil ha nuevamente demostrado que la discrecionalidad desenfrenada, por más benevolentemente motivada que esté, es con frecuencia un pobre sustituto de los principios y del procedimiento”] (traducción propia).

das en lo que considera los 'mejores intereses del niño', deja en segundo plano esas garantías.

c. Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.

d. La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso".

Estas "premisas interpretativas" describen con relativa precisión el funcionamiento de los dispositivos administrativos y judiciales latinoamericanos para la "minoridad"; *pero la formulación de la Comisión refleja el mismo problema que trata de describir: confunde los aspectos vinculados con la imputación de un delito a un niño, con los problemas vinculados con su protección.* Es verdad que en las leyes tutelares y en la práctica ambos niveles se confunden, ya que el delito es, según esta concepción, un "síntoma" de la "situación irregular" o de "riesgo" en la que se encuentra el menor de edad<sup>16</sup>; pero a los efectos del planteo del problema a resolver, hubiera sido importante que, desde el principio, la Comisión explicara que la reacción estatal frente al delito y frente a violaciones de derechos de un niño son asuntos diferentes, que merecen abordajes diferentes y en los que los derechos y garantías operan de manera diferente.

<sup>16</sup> Cf. DE LEO, *La giustizia dei minori*, cit.; PLATT, Anthony, *The Child Savers, The invention of delinquency*, 1ª ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1969, trad. al castellano de la 2ª ed., *Los salvadores del niño. La invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, México, 1982, entre otros.

De aquí en más esta confusión, propia del razonamiento tutelar, no va a ser aclarada y va a constituirse, si no en el *leitmotiv*, en una característica fundamental de la OC17, ya que la Corte nunca precisó lo que le fue presentado de manera equívoca. Hubiera sido un mérito relevante de esta opinión consultiva que la Corte no reprodujera los confusos planteos contenidos en el requerimiento de la Comisión; sin embargo –como se tratará de demostrar– ello no sucedió.

La Comisión, por último, pidió a la Corte que se pronunciara específicamente "sobre la compatibilidad" de algunas "medidas especiales" (de protección entendemos, ya que el sentido de la consulta es en relación con el art. 19 de la Convención Americana) adoptadas por algunos Estados respecto de los menores de edad, con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, a saber:

- "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 considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causas 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 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"<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Cf. OC 17/2002, párr. 4.

Con una rápida lectura se advierte que, en realidad, “medida especial” o “medida de protección” sólo es la descripta en el inciso b, esto es, la internación o internamiento del niño en establecimientos de guarda o custodia<sup>18</sup>.

A esta altura es importante señalar que resulta incomprensible que la Comisión no haya incluido en su pedido el art. 7<sup>19</sup> de la Convención Americana (que retoma en detalle la CDN en su art. 37<sup>20</sup>), cuando un tema emblemático entre las violacio-

<sup>18</sup> Me refiero obviamente a una “medida de protección” dentro de la lógica tutelar. Desde un enfoque de derechos no puede admitirse como regla que se proteja a un niño privándolo de su libertad; pero esto es parte de lo que hubiera sido deseable que la Corte dijera claramente y no dijo.

<sup>19</sup> “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

<sup>20</sup> “Artículo 37.

Los Estados Partes velarán porque:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles,

nes a los derechos humanos de los niños en la región es el uso *indiscriminado e ilegal* de la privación de la libertad. El encierro de niños es *indiscriminado* porque se aplica por igual a niños que se encuentran en supuestos fácticos completamente diferentes que se extienden desde víctimas a autores de delitos, desde adictos hasta niños sin familia, etc. Es *ilegal* porque, aun cuando leyes formalmente vigentes lo autoricen bajo los eufemísticos títulos de internamiento, depósito o custodia, el uso generalizado de la privación de libertad para “proteger” niños es contrario a las prescripciones de las constituciones nacionales y los tratados de derechos humanos que rigen la materia, todos los cuales autorizan el uso de privación de libertad para niños sólo cuando se trata de adolescentes declarados responsables de la comisión de delitos graves. Estas conclusiones requieren también entender al castigo o pena en sentido material y no formal, superando lo que la criminología ha llamado “el fraude de etiquetas”; y, además, requiere que se utilice la definición de privación de libertad contenida en la Regla 11.b de

inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción” (destacado agregado).

las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores privados de Libertad que establece:

“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Por qué la Comisión no incluyó el artículo 7 junto con los artículos 8 y el 25 como límites al Estado al aplicar medidas de protección es incomprensible. En particular, llama la atención esta omisión en un pedido concentrado más en los aspectos materiales de las violaciones a los derechos de los niños en la región –entre las cuales el encierro de niños ocupa un lugar tristemente célebre–, que en los problemas específicamente normativos. Una explicación para la omisión pudo haber sido que como teóricamente no es posible proteger a un niño privándolo de su libertad, no hacía falta pronunciarse sobre ello; pero la realidad de la región revela que por décadas la “medida de protección” por excelencia ha sido la privación de la libertad<sup>21</sup>. De ser ésta la razón de la omisión –que dudo–, la Comisión debió al menos dar alguna explicación al respecto. En este caso el planteo del problema adolece no sólo de falta de precisión sino que es, además, incompleto.

<sup>21</sup> “El daño social y humano provocado por estas normas e instituciones ‘administrativas’ y ‘reeducativas’ es probablemente incalculable: millares de muchachos y muchachas han sido privados de libertad durante generaciones por un delito inexistente, definido arbitrariamente mediante un procedimiento público basado en la ‘irregularidad de la conducta y del carácter’; han sido encerrados en centros reeducativos públicos o privados, religiosos o laicos, pequeños o grandes, sometidos a diversas formas de privación y violencia durante períodos indeterminados, en espera de la curación de aquella enfermedad inexistente e inventada que es la inadaptación social. Sistemáticamente, la curación no se producía y la inadaptación se convertía en peligrosidad social o en delincuencia y legitimaba el paso de las medidas reeducativas a las medidas de seguridad o penales”. Cf. DE LEO, *La justicia de menores*, cit., p. 49.

Otros artículos de la CADH podrían también haber sido utilizados en el pedido de la Comisión, como límites a la aplicación de medidas de protección por parte del Estado. Tal el caso del artículo 9<sup>22</sup> referido al principio de legalidad. En realidad, como se verá más adelante, este tema fue materia de pronunciamiento de la Corte aunque la consulta original lo omitió, lo que evidencia aún más, por un lado, el error de la Comisión y, por el otro, la voluntad de la Corte de tratar todo lo que le parecía se relacionaba con el tema, sin atenerse estrictamente al pedido original.

Todos los demás incisos resumidos en el párrafo 4 de la OC 17 se relacionan con el problema de la protección a la infancia, pero no son supuestos de “medidas de protección”.

El inciso a) aborda la separación del niño de su familia por razón de falta o carencia de recursos, en principio materiales; en palabras de la Comisión, porque las familias “no poseen condiciones para su educación y mantenimiento”. Este supuesto como se verá más adelante plantea dos problemas, uno sustantivo y otro procedimental: 1) la separación del niño de su familia por razones de pobreza; y 2) que esto ocurra en violación a las reglas del debido proceso.

Esta narrativa de la Comisión oculta uno de los problemas, ya que se concentra sobre el aspecto adjetivo (violación al debido proceso) sin indagar si, aun con observancia de las reglas del debido proceso, es posible separar a un niño de su familia por razones de pobreza como medida de protección emanada del art. 19 de la CADH en función de la CDN y otros tratados relevantes. Este tema será no obstante abordado más adelante

<sup>22</sup> “Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

por la Corte con prescindencia de la forma en la que la Comisión planteó el problema.

Por otro lado, el supuesto del inciso a) es el antecedente del b): se separa al niño de su núcleo familiar y se lo institucionaliza.

Además, como será característico del pedido en esta parte, las preguntas contienen la respuesta. ¿Violaría el debido proceso (art. 8 de la CADH) la separación de un niño de su familia sin observarse las reglas del debido proceso? En otras palabras, se solicita a la Corte que se expida respecto de si esta situación es compatible con los artículos que regulan el debido proceso legal y se dice en la consulta (en todos los incisos menos en el b) que esas medidas importan una violación al debido proceso legal.

El inciso b) es más claro en cuanto explicita la violación al principio de legalidad material y a otros principios derivados, pero desde allí en adelante las preguntas-ejemplos se alejan del tema central<sup>23</sup>.

El inciso c), referido a la aceptación de "confesiones" en sede penal sin las debidas garantías, está completamente fuera de lugar. Las declaraciones de los niños, y en particular su contenido, no son "medidas de protección" objeto de la consulta. La palabra "confesión" en un contexto jurídico-penal se refiere al contenido de la declaración de un imputado en el marco de un proceso. Ni siquiera es un acto procesal desde el punto de vista técnico. Ciertamente este inciso sí relata una circunstancia violatoria del derecho de defensa de los niños, que ocurre lamentablemente en forma recurrente en la región; pero no se trata de una medida de protección sino de un acto procesal nulo. Sólo se explica su inclusión, una vez más, por la confusión entre la materia penal y la de protección que caracteriza al pedido.

<sup>23</sup> Vale la pena recordar otra vez que no se mencionó al artículo 9 (CADH) en la consulta aunque se incluyeron supuestos de hecho que pueden ser encuadrados en ese artículo

El inciso d) adolece del mismo problema. Si en los procedimientos administrativos (*proceedings* sostendría la doctrina tutelar estadounidense pre "Gault"<sup>24</sup>, no *process*) se adjudican derechos sin garantizar al niño realmente su derecho de defensa, se está en presencia de un procedimiento nulo, susceptible de revisión judicial; pero una vez más la Comisión no describió una "medida de protección" o "medida especial".

Finalmente, el inciso e) es un desarrollo del anterior, ya que es doctrina indiscutida que el derecho del niño a ser oído, como el de cualquier persona, integra el derecho de defensa en su sentido material<sup>25</sup>; de modo que si no se lo escucha, se viola, además del art. 12 de la CDN, el derecho de defensa, que es de lo que trata, aunque limitado al procedimiento administrativo, el inciso anterior. En consecuencia, tampoco este inciso plantea un supuesto de medida de protección.

En definitiva, el pedido que la Comisión realizó a la Corte fue incompleto, confuso y genérico. Sólo la preeminencia de la cuestión de la infancia en la agenda actual del sistema interamericano y la voluntad de la Corte de pronunciarse sobre el tema explica que haya sido admitido. De todos modos, ese equívoco inicial no pudo ser en adelante aclarado y, como se verá, a pesar de sus obvias virtudes, el producto final adolece de los mismos defectos: imprecisión, vaguedad, incompletud y confusión.

### III. La opinión consultiva

#### III. 1. La disidencia del juez Jackman y el problema de la admisibilidad formal del pedido

Me resulta algo extraño comenzar a explicar la OC 17 desde la única disidencia; pero lo hago así porque considero que el

<sup>24</sup> *In re "Gault"*, 387 U.S. 1; 87 S.Ct. 1428, ya citado *supra* nota 15.

<sup>25</sup> Sobre el derecho de defensa en general ver MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 539 y siguientes.

voto del juez JACKMAN es (desde el punto de vista formal) el correcto, en relación con el pedido de la Comisión.

No se me malinterprete. No estoy diciendo que era innecesario que la Corte se pronunciara sobre los límites estatales traducidos en las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (y como indiqué también de los arts. 7 y 9 omitidos en la consulta) al aplicar medidas de protección a las que los niños por su condición de tales tienen derecho según el art. 19 de la misma Convención. Lo que quiero señalar en este análisis es que tal como fue realizado el planteo por la Comisión, la solución dada por el juez JACKMAN era razonable, si no se asumía la necesidad de emitir la OC con independencia de los problemas del pedido de la Comisión, desde la perspectiva de dar mayor relevancia jurídico-política al tema en la región, tal como decidió hacerlo la mayoría de la Corte en la OC 17 y también en el caso "Villagrán Morales", que —como señalé en otra oportunidad— no era estrictamente un caso de niños pero fue construido como tal y permitió que la Corte se pronunciara acerca del art. 19 de la Convención Americana y sobre la CDN por primera vez en su historia<sup>26</sup>.

El juez JACKMAN consideró que el pedido de la Comisión no reunía los criterios de admisibilidad establecidos en el art. 64 de la Convención Americana, tal como ha sido consistentemente interpretado por la Corte desde su primera opinión consultiva.

En efecto, estimó que lo que la Comisión denomina el "objetivo" de la OC que solicita a la Corte es

*"... in my view, vague almost to the point of meaninglessness, a vagueness that is fatally compounded by the 'requirement' that the Court should express 'general and valid guidelines'".*

"... en mi opinión, vago al punto de carecer de sentido, una vaguedad que está fatalmente agravada por el 'pedido' de que la Corte debería expresar 'lineamientos generales y válidos'" (traducción propia).

<sup>26</sup> Cf. BELOFF, *Los derechos del niño*, cit. *supra* nota 9.

El juez JACKMAN recordó que, sistemáticamente, en su análisis del "amplio alcance" de su función consultiva, la Corte ha insistido en que el propósito fundamental de esa función es brindar un servicio a los Estados miembros y a los órganos del sistema interamericano para asistirlos en el manejo de tratados de derechos humanos sin que tengan que someterse a las formalidades y al sistema de sanciones del proceso contencioso.

Afirmó también que no se debe olvidar que, en el ejercicio de su misión de arrojar luz respecto del sentido, objeto y propósito de las normas internacionales de derechos humanos, así como de aconsejar y asistir a los estados miembros y órganos para que cumplan de manera completa y efectiva con las obligaciones emanadas de ellas,

*"... the Court is a judicial institution of the inter-American system (OC-1/82: para 19) (my emphasis). As such, the Court should resist invitations to indulge in 'purely academic speculation, without a foreseeable application to concrete situations justifying the need for an advisory opinion' (cf. OC-9/87, para 16)".*

[ "... la Corte es una institución judicial del sistema interamericano (...). Como tal, la Corte debería resistir invitaciones a desarrollar 'especulaciones puramente académicas' sin una aplicación previsible a situaciones concretas que justifiquen la necesidad de una opinión consultiva" ] (traducción propia).

De modo que, para él, la solicitud de "lineamientos válidos y generales" que cubran una serie de hipótesis que no revelen, ni urgencia pública ni complejidad jurídica, es precisamente eso, una invitación a desarrollar una "especulación puramente académica" del tipo que, a su juicio con certeza, "debilitaría el sistema establecido por la Convención y distorsionaría la jurisdicción contenciosa de la Corte" ("would weaken the system established by the Convention and would distort the advisory jurisdiction of the Court" —cf. OC-1/82, párr. 25—).

En síntesis, el voto en disidencia del juez JACKMAN es el único que advierte, aunque sea desde una perspectiva formal, un error fundamental del pedido de la Comisión. Obviamente, al rechazar el pedido de OC por razones de forma, el juez JACK-

MAN, si bien no lo hizo explícito, no entró en consideraciones sobre el fondo del asunto.

### III. 2. La decisión principal y los fundamentos mayoritarios<sup>27</sup>

#### III. 2. A. Los aspectos formales

De manera algo desordenada, la mayoría de la Corte (a diferencia del juez JACKMAN), entendió que el pedido de la Comisión satisfacía lo que en la doctrina local se llamarían requisitos mínimos de admisibilidad, y en lenguaje de la Corte se denominan “requerimientos reglamentarios correspondientes”. Luego de sorteado ese obstáculo, ingresó a un tema más sustantivo, y unos párrafos más adelante regresó al tema de la admisibilidad formal.

Es evidente pues que la mayoría de la Corte optó por pronunciarse sobre el tema de fondo, en atención a su relevancia, sin ahondar en cuestiones formales (tal como mencioné más arriba cuando intenté demostrar que el pedido inicial era confuso, impreciso, vago en los términos del juez JACKMAN) y sin advertir la existencia de los mismos problemas de vaguedad e imprecisión en el planteo de fondo.

Para evaluar si la emisión de la consulta podría “conducir a alterar o debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención”<sup>28</sup>, la Corte utilizó varios parámetros, que resumo de la siguiente manera:

<sup>27</sup> No comentaré las diferentes presentaciones que aparecen recogidas en el texto final de la OC. Es del caso no obstante señalar que, por lo menos tal como aparecen ahí y fueron recogidas por la Corte, estas presentaciones reflejan en mayor o menor medida, las mismas confusiones que caracterizan el pedido inicial de la comisión, al punto de que algunas formulan declaraciones en contra de la disminución de la edad penal de los niños, otras describen los problemas sociales graves que sufren los niños en América Latina, otras explican las garantías y derechos en general, otras desarrollan la doctrina sobre el tema en general, otras en materia penal, etc., un verdadero “cambalache” que da cuenta del estado de la discusión sobre estos temas en nuestra región.

<sup>28</sup> El juez JACKMAN cita en esta parte de su voto la opinión consultiva *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Ga-*

a) El problema del *adelanto de opinión* ante la eventual existencia de un futuro caso contencioso: la Corte señaló que “la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, *per se*, un impedimento para el ejercicio de la función consultiva”<sup>29</sup>.

b) El problema de la distinción entre *derecho y no hechos*. Sobre este problema la Corte afirmó: “En el ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos”<sup>30</sup>.

c) El problema del *amplio alcance* de la función consultiva. Aquí sostuvo: “La Corte considera que el señalamiento de algunos ejemplos sirve al propósito de referirse a un contexto particular e ilustrar las distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la presente Opinión Consultiva de que se trate, sin que por esto implique que el Tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la situación planteada en dichos ejemplos. Además, estos últimos permiten a esta Corte señalar que su Opinión Consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos. La Corte al abordar el tema actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por los instrumentos internacionales que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella”<sup>31</sup>.

*rantías del Debido Proceso Legal*, OC 16/99, párr. 43; y “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64, CADH), opinión segunda.

<sup>29</sup> OC 17/2002, párr. 32, con nota que remite a lo resuelto en la OC 12/91 del 6/12/91, párr. 28.

<sup>30</sup> OC 17/2002, párr. 33, con nota que remite a la OC 16 párr. 47, y a la OC 14/94 de 9 de diciembre de 1994, párr. 23.

<sup>31</sup> Cf. OC 17/2002, párr. 35.

En cuanto al análisis de admisibilidad, la Corte reiteró argumentos presentes en otras opiniones consultivas sin referirse específicamente al pedido sometido en esta oportunidad a su decisión.

Es importante preguntarse en este punto cuál es la concepción de la interpretación judicial que asume la Corte en esta opinión consultiva. Ella no hace explícitos criterios hermenéuticos pero es evidente que adscribe, por lo menos en la OC 17, a un modo de interpretación literal de las normas que no repara, ni en la multiplicidad posible de interpretaciones que presenta cualquier narrativa, incluida la jurídica y en particular la referida al derecho internacional de los derechos humanos, ni en la ambigüedad y vaguedad de algunos conceptos clave en el tema sometido a su análisis —como interés superior del niño, por ejemplo—. Ciertamente, este aspecto era todo menos una obviedad cuando precisamente el sentido principal de la función consultiva de la Corte es la *interpretación* de las normas del sistema interamericano<sup>32</sup>.

Los criterios que utilizó para evaluar la admisibilidad (arriba enumerados) son razonables pero no fueron aplicados a la consulta concreta en cuestión; más aún, de haber sido aplicados, el resultado habría sido aquel al que arribó el juez JACKMAN. Insisto una vez más en que no estoy sosteniendo que la Corte debió descartar el pedido; pudo haber señalado los problemas de estructura lógica, de argumentación y sustantivos que caracterizan al equívoco pedido de la Comisión, haberlos desestimado y haber ingresado a tratar el tema con comprensión clara de qué era lo que se le estaba preguntando en concreto, por su trascendencia. Como se verá más adelante, la Corte evitó tomar el toro por las astas y evadió una vez más el núcleo duro del problema, aun con plena conciencia de los “efectos jurídicos innegables” que tiene una opinión consultiva en términos generales y no sólo para el que pide la opinión<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Debo a María Laura CLÉRICO el haber advertido este problema.

<sup>33</sup> Cf. C 17/2002, párr. 33 *in fine*.

### III. 2. B. Los aspectos sustantivos

a) *¿Puede la Corte Interamericana interpretar, por vía consultiva, tratados internacionales distintos de la Convención Americana, cuyas normas contribuyan a fijar el sentido y el alcance de las disposiciones de este tratado? El alcance de la interpretación de la Corte en su función consultiva*

La respuesta es afirmativa. Sostuvo la Corte: “Si esta Corte recurrió a la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer lo que debe entenderse por niño en el marco de un caso contencioso, con mayor razón puede acudir a dicha Convención y a otros instrumentos internacionales sobre esta materia cuando se trata de ejercer su función consultiva, que versa sobre ‘la interpretación no sólo de la Convención, sino de ‘otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’”<sup>34</sup>.

Llama la atención que la Corte comience el análisis con este punto no incluido en el pedido original que se limitaba a solicitar la interpretación de la Convención Americana. En el párrafo 20 se aclara no obstante que “La Comisión solicitó una interpretación jurídica de ciertos preceptos de la Convención Americana, y posteriormente amplió su planteamiento y requirió la interpretación de otros tratados, principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto estos últimos podían contribuir a fijar el alcance de la Convención Americana”.

Luego de repasar sus propios antecedentes sobre el tema, concluyó:

a) que podía abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección<sup>35</sup>, y

<sup>34</sup> Cf. OC 17/2002, párr. 30. La nota final es de la OC Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4, CADH), párr. 34.

<sup>35</sup> La Corte cita aquí su precedente en *El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, OC 16/99 del 1 de octubre de 1999.

b) que no existía “ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste”<sup>36</sup>.

La Corte ya se había referido a la CDN en el caso “Villagrán Morales y otros”<sup>37</sup>, cuando tuvo que aplicar el artículo 1 de ese tratado para definir “niño”. En esa oportunidad sostuvo que existía un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños” (del cual formaban parte la CDN y la Convención Americana), que debía ser utilizado como fuente de derecho por ella para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones estatales a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que ese artículo se refiere.

De modo que, tratándose de un grupo de la mayor relevancia e interés para la comunidad internacional, relevancia e interés que se ven reflejados en la cantidad de instrumentos internacionales directa o indirectamente referidos a ellos (que la Corte repasa), una interpretación “dinámica” no podría soslayar el enorme cuerpo normativo referido a los derechos de los niños. La Corte advierte correctamente que en tiempos de la redacción y aprobación del art. 19 de la Convención Americana la concepción de protección estatal al niño era diferente a la actual, lo que requeriría ciertas “actualizaciones” interpreta-

<sup>36</sup> La Corte cita aquí su precedente en “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64, CADH), párr. 48. Además, véanse párrs. 14, 31, 37, 40 y 41, conforme nota 15 de la OC 17.

<sup>37</sup> “Caso Villagrán Morales y otros”, sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, n° 63, párr. 188.

tivas, para las que la Corte utilizará otras normas regionales o universales aplicables al tema<sup>38</sup>.

Es interesante destacar el lugar de preeminencia que la Corte otorga a la CDN, al valorar el número de ratificaciones como ejemplo de la existencia de una *opinio iuris communis* favorable a los principios e instituciones contenidos en ella. La Corte no avanza, no obstante, en el sentido de advertir los aspectos problemáticos de la CDN, como se verá más adelante, y que explican en mi opinión su generalizada y acrítica aceptación<sup>39</sup>.

De manera que es posible extraer una primer regla en la OC 17: la Corte Interamericana está facultada, en ejercicio de su función consultiva, a interpretar tratados universales –en este caso la CDN– para dar contenido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b) *¿Qué se entiende por “niño” en la OC 17/2002? Los problemas de la edad y de la capacidad*

La Corte en este tema repasó las diferentes definiciones contenidas en los instrumentos internacionales para referirse al destinatario de esta opinión consultiva, la persona menor de edad, como “niño” o “menor”.

La Convención Americana, en rigor, refleja también un uso indistinto de estas categorías. En efecto, el art. 19 es titulado “derechos del niño” y no “derechos del menor”. Esto introduce un punto interesante ya que al tiempo de redactarse este artícu-

<sup>38</sup> “28. Por lo que toca al citado artículo 19 de la Convención Americana vale destacar que cuando éste fue elaborado 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 atender a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección”. Cf. OC 17, párr. 28.

<sup>39</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

lo de la Convención Americana difícilmente se hablara de “derechos del niño”, porque la idea del niño como sujeto pleno de derecho prácticamente no existía; pero tampoco se podía plantear el título como “derechos del menor”, ya que por menor se entendía al incapaz, tradicionalmente definido desde sus carencias y objeto de la protección estatal, cuyos derechos no eran considerados autónomamente en tanto no era considerado sujeto de derecho. Esto es interesante también ya que al incluir la palabra “menor” en el artículo, la Convención Americana la introduce como adjetivo, para calificar la condición del niño (“que su condición de menor” requiere), no con contenido sustantivo, como lo han hecho tradicionalmente las legislaciones tutelares de la región<sup>40</sup>. Finalmente, otro punto importante a destacar en relación con las denominaciones del sujeto en cuestión en el ámbito regional es que los cuatro tratados vinculados específicamente con la infancia en el sistema interamericano<sup>41</sup> siempre se refieren a menores, aun cuando traten de edades diferentes, y aun cuando algunos de estos tratados fueron escritos con posterioridad a la aprobación y ratificación de la CDN por los países de la región.

Advertida de estas dificultades, la Corte asumió con acierto la definición de niño de la CDN, que es una definición normativa (niño es todo ser humano menor de dieciocho años); y no ingresó, con buen criterio, en el análisis de las diferentes denominaciones del sujeto destinatario de la consulta según las diferentes perspectivas, lo que la hubiera conducido a un análisis socio-histórico impropio de su función de órgano jurisdiccional.

<sup>40</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

<sup>41</sup> La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada el 18 de marzo de 1994; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, aprobada el 24 de mayo de 1984; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada el 15 de julio de 1989; y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aprobada en la misma fecha.

Luego abordó el único punto en el que sí es clara la OC 17. Se trata de la cuestión del niño como sujeto de derechos, extremo que no era objeto de la consulta pero que es su presupuesto. Si se considera que el Estado, al aplicar medidas de protección a los niños, debe respetar ciertos derechos humanos fundamentales, es porque se supone al protegido titular de estos derechos humanos fundamentales, es decir, se lo supone sujeto de derecho. A este tema se refiere el juez CANÇADO en su voto concurrente como el *leitmotiv* de la decisión:

“La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”<sup>42</sup>.

La segunda regla que es posible extraer de la OC 17 puede formularse de la siguiente manera: el niño es sujeto de derecho, de modo que la protección especial de la que es titular conforme la Convención Americana integra el conjunto de los derechos humanos del niño junto con los límites que el Estado debe observar al implementar efectivamente esa protección.

c) *¿Cómo opera el principio de igualdad con minorías o grupos específicos, en este caso los niños? Los niños y el principio de no discriminación*

En este punto, tampoco objeto de la consulta, la Corte recordó su posición en asuntos anteriores en el sentido de que

“al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que ‘no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de

<sup>42</sup> OC 17/2002, párr. 41.

la dignidad humana'. (...) Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran"<sup>43</sup>.

También, que

"no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"<sup>44</sup>.

Específicamente reseñó su posición en la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, cuando estableció que

"no existe 'discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio'"<sup>45</sup>.

Luego de repasar la posición del Comité de Derechos Humanos en la materia, agregó la Corte:

"La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de

<sup>43</sup> OC 17/2002, párr. 46.

<sup>44</sup> OC 17/2002, párr. 47.

<sup>45</sup> OC 17/2002 párr. 48.

aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella"<sup>46</sup>.

Y (este punto es fundamental):

"Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, (...) *los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado*"<sup>47</sup> (destacado agregado).

Probablemente éste sea uno de los puntos más sólidos de la OC 17, ya que no habilita, por lo menos no abierta y directamente, una interpretación legitimadora de la cultura tutelar:

"Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella"<sup>48</sup>.

De modo que, de acuerdo con mi interpretación de esta conclusión de la Corte, puede encontrarse aquí una tercera regla: *las leyes que establecen un trato diferente para los niños en relación con el principio general que regula la misma situación para*

<sup>46</sup> OC 17/2002, párr. 53.

<sup>47</sup> OC 17/2002, párr. 54.

<sup>48</sup> OC 17/2002, párr. 55.

los adultos, sólo satisfarían el principio de no discriminación si y sólo si esas previsiones especiales permiten una mayor satisfacción de derechos de los niños vis à vis la que permitiría el principio general o universal. De lo contrario, esas disposiciones “especiales” violarían el principio de igualdad y de no discriminación. Por cierto, las leyes tutelares vigentes en algunos países de América Latina, elaboradas sobre la base de la preeminencia del principio de “especialidad”<sup>49</sup>, constituyen ejemplos

<sup>49</sup> Todo el derecho tutelar de menores se autoproclamó autónomo de otras ramas jurídicas. De esta manera se puso a salvo del escrutinio académico, con el pretexto de que en su interior no regían los principios que sí regían en otros ámbitos del derecho; y de modo que sólo los iniciados en esta disciplina conocían cuáles eran los principios rectores y de interpretación de la especialidad. Se puso a salvo también del escrutinio burocrático, porque aun operando objetivamente dentro de la justicia penal –como lo ha hecho la justicia de menores en gran parte de los sistemas latinoamericanos– siempre actuó al margen de ella, aisladamente. Sobre la “autonomía” del derecho de menores, ver una de las obras fundamentales dentro de la disciplina de Rafael SAIÓN, *Derecho de menores*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Capítulos X y XI. Este autor afirma: “Cuando hablamos de la autonomía del Derecho de Menores, como de cualquier otra rama del Derecho [él divide al derecho público en constitucional, administrativo, penal, internacional público y eclesiástico; y al privado en civil, comercial, del trabajo y rural, agregando que existen “modernas ramas especializadas” como seguridad social, minería, hidrocarburos, propiedad intelectual o derecho espacial, y que el derecho procesal es público o privado en función del procedimiento de que se trate y está por fuera de estas clasificaciones], se encierran bajo un mismo matiz diferentes aspectos. Puede hablarse de autonomía con distintos significados: principalmente, de autonomía legislativa, didáctica y jurídica. En el estudio del Derecho de Menores podemos encontrar esta triple autonomía. Posee autonomía legislativa, porque se trata de un conjunto de disposiciones que son susceptibles de integrar un cuerpo orgánico, con independencia formal, llamado Código de Menores o Estatuto de Menores. Posee también autonomía didáctica, porque dicho cuerpo de normas puede ser motivo de una enseñanza particular (...). Posee autonomía jurídica –la más importante–, porque todo su conjunto de normas se encuentra regido por principios generales que le son propios; esto es, que constituye un cuerpo autónomo de principios, con espíritu y directivas propias, un Derecho que tiene en sí mismo sus reglas y sus excepciones y que, como sistema orgánico, admite la analogía” (ps. 264-265).

de disposiciones “especiales” violatorias de los principios de igualdad y no discriminación antes aludidos.

d) *¿Qué se entiende por interés superior del niño? El agujero negro de la Convención del Niño y de la OC 17*

Continuando con el ejercicio de pronunciarse sobre temas que no habían sido objeto de la consulta, la Corte ensayó una fundamentación del interés superior del niño de la siguiente manera:

“Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”<sup>50</sup>.

Y luego de repasar las diferentes regulaciones del principio en diferentes instrumentos internacionales, concluyó que interés superior del niño se relacionaba con la necesidad de valorar tanto el pedido de medidas especiales cuanto las características particulares de la situación en la que se halla el niño (¡?).

La Corte soslayó la larga discusión en torno de esta problemática categoría –históricamente utilizada como un cheque en blanco que permitía el ejercicio de las facultades discrecionales de los jueces y funcionarios tutelares–, no la definió, no intentó interpretarla en el marco de las normas que estaba analizando, ni resolvió los problemas ya clásicos que existen en torno del “interés superior del niño”, precisamente en una decisión dirigida a clarificar la condición jurídica de la infancia en nuestra región. Resulta incomprensible que la Corte haya mencionado siquiera tangencialmente este complejo concepto sin pronunciarse claramente sobre él, cuando tampoco había sido tema sometido a su consideración.

<sup>50</sup> OC 17/2002, párr. 56.

En conclusión, en este punto fundamental la Corte no fijó regla alguna.

*e) ¿Cuáles son los deberes de la familia, de la sociedad y del Estado? Las obligaciones del mundo adulto frente a los sujetos titulares de los derechos*

La Corte ensayó en este punto una curiosa subdivisión: “familia como núcleo central de protección”, “separación excepcional del niño de su familia”, “instituciones y personal”, “condiciones de vida y educación del niño”, y “obligaciones positivas de protección”.

Es del caso recordar que las obligaciones de la familia, de la comunidad y del Estado en relación con los niños tienen estatus diferente desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Sea que se trate de obligaciones de hacer o de no hacer dirigidas a garantizar los derechos de los niños y las niñas, la exigibilidad y responsabilidad del Estado son diferentes que las de la familia. La Corte omitió avanzar en el análisis de este aspecto.

Hubiera sido interesante que la Corte organizara este capítulo desde el título, esto es, desde cada uno de los grupos de adultos que tienen el deber de garantizar derechos a los niños; pero la Corte desarrolló una clasificación y una argumentación por demás confusas, que analizaré en lo que sigue.

*e. 1. Familia como núcleo central de protección*

La Corte comenzó su análisis en este apartado con la transcripción de algunas normas internacionales aplicables al punto; pero al proponer una síntesis, cayó en la trampa –autoimpuesta– del interés superior del niño:

“En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> OC 17/2002, párr. 65.

En otras palabras, al no haber resuelto el problema del “interés superior del niño” (recuérdese que no estaba obligada a hacerlo, sólo debía hacerlo si le era útil a los fines de la opinión que iba a emitir), tampoco resolvió el problema de cómo se limitan los derechos (núcleo duro de este pedido de OC) al supeditar ese límite al “interés superior del niño”.

Téngase presente que se está analizando el tema de “la familia como núcleo central de protección”; pero la Corte se refiere a “toda decisión estatal, social o familiar”, o sea, todos los actores del mundo adulto, a los que además les “aplica” el límite del “interés superior del niño”, sin haberlo definido. Tampoco ayuda el final del párrafo en tanto establece que toda decisión (del mundo adulto) debe “ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”, cuando se sabe que en América Latina los problemas están precisamente en las legislaciones tutelares vigentes. Además, que existen ámbitos en los que las “disposiciones que rigen la materia” no aplicarían, cuales son los ámbitos de la vida privada y, en cierto grado, el de la vida comunitaria.

No agrega mucho más el apartado:

“En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. 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>52</sup>.

Finalmente, sólo precisa que desde la perspectiva de la Corte, tal como lo ha señalado ella misma en otros casos, “‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> OC 17/2002, párr. 66.

<sup>53</sup> OC 17/2002, párr. 70.

De manera que aquí tampoco establece regla alguna y simplemente resalta el carácter del sujeto obligado prioritariamente.

*e. 2. Separación excepcional del niño de su familia*

En la misma línea, afirmó la Corte:

“El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido (...) Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia”<sup>54</sup>.

Recordó a la Corte Europea cuando ésta señala que

“el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia”.

Afirmó también, con los problemas que ello implica, que cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada, otra vez, por el interés del niño. Se advierte no obstante el amplísimo poder de las autoridades para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño y cómo este poder amplísimo se refleja en los límites de los padres al contacto con sus hijos:

“Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor”<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> OC 17/2002, párr. 71.

<sup>55</sup> OC 17/2002, párr. 82.

La Corte recordó también los trabajos preparatorios de la CDN en cuanto “ponderaron la necesidad de que las separaciones (...) [del niño] con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46)”<sup>56</sup>.

Hasta acá la línea argumental parece precisa. No obstante, al momento de fijar el estándar (en éste que era un aspecto medular de la consulta que, aunque de manera confusa, había sido sometida a su consideración), la Corte se quedó corta. Sostuvo en lo que es posible considerar la cuarta regla:

“La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención”.

En este punto fundamental la Corte soslaya circunstancias trascendentes a la hora de fijar el estándar. En efecto, en los últimos diez años, a partir de la ratificación de la CDN y de su incorporación al derecho interno en todos los países de la región, se produjeron sustanciales reformas legales e institucionales orientadas a dejar atrás la cultura tutelar<sup>57</sup>. Probablemente uno de los puntos que marca la ruptura con la tradición anterior esté constituido por un artículo por primera vez incluido en el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil<sup>58</sup> con el nú-

<sup>56</sup> OC 17/2002, párr. 75.

<sup>57</sup> Sobre el proceso de incorporación de la CDN al derecho interno de los países latinoamericanos, ver GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Bogotá, 1998, hay 2ª ed. aumentada y actualizada, Ed. Temis/Depalma, Bogotá, 1999, y 3ª ed. en prensa, 2004.

<sup>58</sup> Ley 8.069 de julio de 1990.

mero 23, que consagró la prohibición de separar a un niño de su familia por razones de pobreza:

“La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad.

*Párrafo único.* Si no existe otro motivo que por sí sólo autorice el dictado de la medida, el niño o el adolescente será mantenido en su familia de origen, la cual deberá obligatoriamente ser incluida en programas oficiales de auxilio”.

Este artículo fue luego incorporado por todas las nuevas leyes de protección a la infancia latinoamericanas<sup>59</sup> (no sólo nacionales sino también estatales como en el caso de Argentina<sup>60</sup>). Fue también motivo de importantes pugnas en países donde la declaración de estado de abandono era la herramienta “legal” que permitía prácticas aberrantes vinculadas con la adopción de niños y niñas<sup>61</sup>. De modo que existe ya en la re-

<sup>59</sup> Art. 4 de la Ley de Adopciones n° 1.136, de Paraguay, aprobada el 22 de octubre de 1997, y art. 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia del mismo país, aprobado por ley 1.680 el 8 de setiembre de 2000; art. 29 del Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, ley aprobada el 26 de octubre de 1999; art. 12 del Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, con media sanción de la Cámara de Diputados el 18 de diciembre de 2001; art. 21 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, aprobada por Decreto 27-2003 el 4 de junio de 2003; art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, aprobado por ley n° 100, Registro Oficial 737, del 3 de enero de 2003; art. 59 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana, aprobado el 22 de julio de 2003; art. 22 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, aprobado por ley 287 del 24 de marzo de 1998, entre otros.

<sup>60</sup> Art. 26 de la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobada el 3 de diciembre de 1998; el art. 8 de la ley 2.302 de Neuquén aprobada el 7 de diciembre de 1999; el art. 26 de la ley 4.347 de Chubut aprobada el 7 de noviembre de 2000; el art. 10 de la ley 6.354 de Mendoza, aprobada el 22 de noviembre de 1995; y el art. 14 de la ley 521 de Tierra del Fuego, aprobada el 28 de noviembre de 2000.

<sup>61</sup> En este sentido, los casos de Paraguay y de Guatemala. En Guatemala es claro como nunca logró ponerse en vigencia el Código de la Niñez y la Ju-

gión un estándar en el sentido de que no es posible separar a un niño por razones de falta o carencia de recursos materiales de sus padres. Sin embargo, la Corte no retomó y profundizó este estándar sino que lo debilitó al sostener que la pobreza no puede ser el “único” fundamento para la separación del niño de su familia. La Corte debió haber establecido, luego del análisis de las normas que llevó a cabo, y en atención a las modernas legislaciones latinoamericanas, que la pobreza no puede ser nunca (ni único ni acompañando otros) motivo para separar a un niño de su familia. Éste es por cierto un tema fundamental, en el que la Corte debilitó el estándar regional.

La falta de definiciones contundentes en este tema se observa también en la conclusión, que establece pautas vagas, reiterativas de lo establecido por los instrumentos internacionales, sin avanzar una coma más:

“En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”<sup>62</sup>.

### *e. 3. Instituciones y personal*

Éste es otro tema que no era materia de la consulta y que aparece dentro de la curiosa sistemática de esta opinión consultiva. Es lamentable además que la Corte haya tratado el tema de las condiciones materiales de las instituciones para los niños sin haber fijado un estándar preciso en relación con las condiciones jurídicas que habilitan el alojamiento de los niños en estas instituciones.

También aquí, en lugar de establecer un lineamiento preciso y fijar una regla, la Corte volvió a recurrir al “interés superior

ventud aprobado por unanimidad en 1996 debido a la manera en la que regulaba este tema, prohibiendo la separación del niño de su familia por razones de pobreza, lo que colisionaba con oscuros intereses en el país.

<sup>62</sup> OC 17/2002, párr. 77.

del niño”, en un párrafo desafortunado. La vinculación directa y prioritaria entre protección del niño y su familia e *instituciones con instalaciones suficientes* es, por lo menos, preocupante:

“78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño”.

Lo más grave, no obstante, es la conclusión del apartado que presupone una posición relativa y subordinada del sistema de garantías frente a las condiciones materiales en las que ese sistema de garantías debe desarrollarse:

“No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos”<sup>63</sup>.

#### *e. 4. Condiciones de vida y educación del niño*

En esta sección se advierte también la particular sistemática de la decisión. La Corte clasificó supuestos de rangos conceptuales no equivalentes, que no tratan de contenidos exclusivos y excluyentes, confundió temas e ingresó en otros que no eran materia de la consulta (aunque se relacionen con ésta, indirectamente), sin arrojar luz sobre estos aspectos y dejando incólume (para perplejidad de los lectores) la indefinición inicial.

En este apartado la Corte retomó la posición que sostuvo en el caso “Villagrán Morales”, al señalar que “el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer

<sup>63</sup> OC 17/2002, párr. 79

de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas”; aunque no se entiende bien la remisión al artículo de la CDN referido a los niños con necesidades especiales, cuando el sentido de una vida digna de ser vivida evidentemente se extiende a muchos otros aspectos de la vida de todos los niños latinoamericanos y no sólo de aquellos con necesidades especiales.

La Corte consideró que dentro de las medidas especiales de protección para los niños previstas por el artículo 19 de la Convención Americana, se destaca el derecho a la educación, “que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”.

Ello resulta extraño, porque la medida de protección debe ser aquella actividad estatal dirigida a garantizar el derecho, pero no es el derecho en sí. Por ejemplo, si el Estado toma conocimiento de que un niño o niña no va a la escuela, a fin de garantizar el derecho a la educación de este niño o niña, debe adoptar una medida de protección cuyo contenido será la matriculación de ese niño o niña en la escuela, una beca para que asista a la escuela en lugar de trabajar, apoyo familiar orientado al mismo fin, etc. El derecho no es la medida de protección; la medida existe para garantizar el derecho.

La Corte concluyó que la educación y el cuidado de la salud de los niños –tema que no trató aquí (¿?)– “suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos”<sup>64</sup>.

Aun dentro de la confusión entre derechos y medidas, cómo el Estado debe garantizar los derechos, mediante qué medidas y dentro de qué límites, lo que constituía por cierto el objeto de la consulta, no fue abordado por la Corte. Probablemente estas

<sup>64</sup> OC 17/2002, párr. 86.

omisiones se expliquen también por el tipo de “interpretación” que practicó la Corte en esta oportunidad, limitada a la transcripción de artículos, precedentes e informes pero no al desarrollo de argumentos.

*e. 5. Obligaciones positivas de protección*

Este tendría que haber sido el apartado más relevante de la OC, ya que la pregunta original se orientaba a dar contenido a las “medidas especiales de protección” a las que se refiere el art. 19 de la Convención Americana, que son las obligaciones positivas del Estado hacia los niños. En este sentido, la Corte no avanza mucho. Reitera su posición en el sentido de que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

“... Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”<sup>65</sup>.

Por qué la Corte, al desarrollar el tema de las obligaciones positivas del Estado para garantizar derechos a los niños, se

<sup>65</sup> OC 17/2002, párr. 87.

concentra en la protección contra malos tratos por parte de particulares o de autoridades públicas y reduce el alcance del art. 19 de la Convención Americana a este punto es inexplicable. Tal vez sea un indicador de que la Corte no pudo sustraerse de la cultura dominante en la región –que denominé cultura tutelar– para analizar las medidas de protección. Superar esa concepción le hubiera permitido salir de una concepción fragmentaria de la protección, orientada a “casos emblemáticos” como el abuso, la delincuencia o el maltrato, para advertir y formular claramente que gran parte del contenido de estas medidas especiales, en el marco de la CDN y una concepción de protección integral de los derechos del niño, debería llenarse con la obligación del Estado de desarrollar políticas públicas *universales* en favor de *toda* la infancia. Pero es evidente que la consecuencia de la formulación de un estándar tan claro en relación con derechos económicos, sociales y culturales habría trascendido el tema de la infancia y convertido a la OC 17 en un *boomerang* tanto para la Comisión como para la Corte<sup>66</sup>. Probablemente esta razón explique, en parte, las indefiniciones señaladas en relación con este punto.

“88. En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. (...) Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”.

<sup>66</sup> Otra vez María Laura CLÉRICO leyó mejor que yo misma la versión original de este comentario y me permitió formular más claramente esta hipótesis.

En la misma línea, la Corte reitera argumentos del Comité de Derechos del Niño y de la Corte Europea de Derechos Humanos, y se concentra nuevamente en el derecho a la educación y en la protección a la familia, tema que ya había sido tratado en otro apartado. Y concluye: “el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño”<sup>67</sup>.

Lamentablemente, otra vez, el alcance, el contenido y los límites de esas “medidas positivas” no fueron desarrollados por los jueces de la Corte. De todos modos se debe destacar esta conclusión como un avance ya que la Corte reconoció que un derecho del niño puede violarse tanto por acción cuanto por omisión si es que los sujetos obligados no cumplen con sus obligaciones de abstención o de prestación positiva, según el caso.

f) *¿Cómo tienen que ser los procedimientos judiciales o administrativos en los que participan niños?*

Este capítulo es probablemente el más confuso de toda la OC 17 debido a que la Corte ingresó en el tratamiento de los problemas vinculados con la justicia juvenil sin advertir que éste no era el objeto de la consulta. Recuérdesse que la Comisión solicitó a la Corte que se expidiera sobre el alcance de las *medidas de protección* a las que los niños tienen derecho según el art. 19 de la Convención Americana; pero que, al dar ejemplos de supuestos de hecho para orientar la consulta, incluyó situaciones relacionadas con la comisión de delitos por parte de menores de edad.

La Corte sólo podría haberse pronunciado sobre temas vinculados con la justicia juvenil en sentido estricto<sup>68</sup>, esto es, con

<sup>67</sup> OC 17/2002, párr. 91.

<sup>68</sup> Sobre justicia juvenil en sentido estricto, ver BELOFF, Mary, *Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos*, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 29-70.

los arreglos institucionales vinculados con la imputación de un delito a un niño, en tanto considerara que la justicia especializada integra el *plus* de protección que tanto el sistema universal como el regional reconocen a los niños como sujetos plenos de derecho<sup>69</sup>, en una interpretación muy extensa de la noción de “medida de protección”. Esta salida tendría no obstante el riesgo de confundir una vez más “protección” con “sanción”, pero podría haberse ensayado para ingresar al tema. La Corte, sin embargo, no explicó los motivos por los que ingresó al tema de la delincuencia juvenil cuando el pedido de la Comisión versaba específicamente sobre las medidas especiales de protección previstas por el artículo 19.

Formulada esa observación general, la decisión transcribe derechos y garantías con cierto detalle pero sin mayor argumentación, en diferentes capítulos, como se verá seguidamente.

f. 1. *Debido proceso y garantías*<sup>70</sup>

La Corte analiza las interrelaciones que presentan derechos y libertades, las garantías que los hacen posibles y el Estado de Derecho, para ingresar luego al tema específico de los niños, reiterando consideraciones ya formuladas en esta OC:

“93. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”.

La Corte llega al punto central de la consulta:

<sup>69</sup> Sobre el *plus* de protección, ver BELOFF, Mary, *Un modelo para armar (y otro para desarmar!): protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

<sup>70</sup> En este apartado, como intentaré demostrar, no es comprensible la clasificación que ensayó la Corte.

“95. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”.

¿Pero cómo? A partir de aquí, el tibio estándar que parecía establecido por la Corte en el sentido de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos más derechos específicos<sup>71</sup>, comienza a debilitarse.

En primer lugar, por el señalamiento de que las condiciones en las que un niño participa en un proceso no son, evidentemente, similares a las de un adulto. La Corte debió haber en este punto recordado la propia regla fijada al comienzo referida al principio de no discriminación, cuya inclusión en esta OC habría adquirido así más sentido: “Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella”. Si la hubiera recordado y aplicado a este punto, la conclusión habría sido más precisa. Esto parece indicar cierta deficiencia en la lógica interna de la decisión que se comenta. La Corte debió haber desarrollado aquí –que era la oportunidad en la que podía bajar la regla general al caso concreto–, qué supuestos constituirían “justificaciones objetivas y razonables”.

¿Qué consecuencia desprende la Corte de la constatación de hecho de que los niños son diferentes que los adultos?: “... es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”.

Ese reconocimiento de las diferencias, que debe expresarse en diferencia de trato para resolver situaciones de desigualdad

<sup>71</sup> Cf. OC 17, párr. 54.

de quienes comparecen ante los tribunales, implica la adopción de “medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos o deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutaban de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”<sup>72</sup>.

La Corte concluyó que

“si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”<sup>73</sup>.

Pero la Corte no indicó cuáles serían esas “medidas específicas”, que otra vez parecen referirse a las “medidas especiales de protección” del artículo 19 de la Convención Americana y cuyo contenido, alcances y límites eran el objeto central de esta consulta.

*f. 2. Participación del niño (para que la voz de los niños sea oída y tenida en cuenta o acerca de cómo subir el volumen)*

En este punto la Corte abordó uno de los supuestos planteados por la Comisión, a través del artículo 12 de la CDN. Llama la atención que la Corte no haya advertido (o habiéndolos advertido, haya ignorado) los problemas de interpretación que plantea el artículo 12, que han sido objeto de diversos estu-

<sup>72</sup> OC17/2002, párr. 97, que cita el párrafo 119 de la OC 16.

<sup>73</sup> OC 17/2002, párr. 98.

dios<sup>74</sup>; y que haya presentado este artículo como un estándar preciso en la materia.

Más grave aún resulta la circunstancia de que la hermenéutica que ensaya la Corte es una hermenéutica que en algún otro lugar he llamado “hacia atrás”<sup>75</sup>, una hermenéutica retardataria y no emancipadora de la infancia. La Corte afirmó:

“101. Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (*supra* 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

De modo que la Corte, en lugar de desarrollar una interpretación para un artículo abierto a diferentes lecturas, que potenciara el derecho, lo debilita. Por un lado se afirma que “Debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos”, pero, ¿cómo? ¿Qué es razonable para limitar la participación en un proceso, parte esencial del derecho de defensa material, además del derecho a ser oído y a que las opiniones sean tenidas en cuenta? Por otro lado se sostiene que este “matiz” debe tener lugar para lograr la protección del interés superior del niño, categoría que —como quedó establecido—, no fue definida por la OC 17, y que aparece ahora como el “objetivo último de la normativa del derecho inter-

<sup>74</sup> Véase en tal sentido el magistral análisis de Alessandro BARATTA en *Infancia y democracia*, en GARCÍA MÉNDEZ y BELOFF, *Infancia, ley y democracia*, t. I, cit., ps. 31-58.

<sup>75</sup> Véase la conferencia dictada el 8 de mayo de 2003 en la ciudad de Montevideo a propósito de la OC 17, incluida en el Capítulo V de este libro.

nacional de los derechos humanos en la materia”! Nada más y nada menos. ¡Limitar el objetivo final del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia a una categoría problemática, ambigua y antigua! Finalmente, el interés superior del niño es otra vez el fin y el límite:

“102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, 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”.

La Corte, continuando con sus razonamientos ambiguos y circulares, aquí tampoco avanzó sobre ninguno de los problemas que se discuten en la región referidos a este tema: la cuestión de los representantes legales, del derecho de defensa material, de la defensa técnica, de las tecnologías necesarias para que la voz de los más pequeños sea oída y comprendida por los decisores, lo que a su vez se relaciona con los equipos interdisciplinarios, ni tampoco, por último, sobre la profunda dimensión que tiene este derecho desde el punto de vista del Estado democrático de derecho<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> Es del caso recordar al respecto la interpretación del art. 12 de la CDN que trata del derecho del niño a ser oído, a expresar su opinión libremente, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta y a participar en todos los procesos que los afecten, realizada por Alessandro BARATTA, mencionada en la nota 74:

“... concierne a la conexión funcional de los derechos establecidos en el artículo 12 con la estructura democrática de la sociedad y del Estado y con la posición del niño en esta estructura. No hay ninguna relación explícita de estos derechos con el funcionamiento del sistema democrático. Por el contrario, como se ha observado, la importancia de las opiniones del niño está estrictamente limitada a las situaciones y a los procedimientos que afectan sus intereses. No se extiende a los intereses generales, y las opiniones del niño que pudieran relacionarse con intereses generales no son relevantes. (...) Si la consideramos en el tenor literal del preámbulo y de los artículos específicos, pero de manera fragmentaria, se debería concluir que la Convención protege los derechos del niño, también aquellos derechos que podrían tener una función decisiva para su participación en el proceso democrático en la sociedad

f. 3. *Proceso administrativo*

Tal vez en este punto sea posible afirmar que la Corte avanza algo en el establecimiento de un estándar, que no es sino reiteración de los estándares contenidos en las normas internacionales que rigen la materia, con las salvedades realizadas anteriormente en relación con la separación del niño de su familia y con una nueva confusión entre niños necesitados de protección con niños que, al margen de que necesiten o no protección, se ponen en contacto con el órgano estatal por la comisión de un delito:

## "Proceso administrativo

103. Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa, deben ajustarse estrictamente a la ley, y apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable (*supra* 71); en el caso de que resulte necesario una separación, que ésta sea por el menor tiempo posible (*supra* 77); que quienes intervengan en los procesos decisorios sean personas con la competencia personal y profesional necesaria para identificar las medidas aconsejables en función del niño (*supra* 78 y 79); que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y resocializar al menor, cuando ello sea pertinente; y que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad. Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad" (destacado agregado).

Resumidamente, la Corte estableció, en relación con las medidas de protección en sede administrativa:

y en el Estado, como son aquellos previstos en el artículo 12, no como los derechos de un ciudadano que participa en las relaciones de autonomía y de auto-gobierno, sino que como aquellos de un ciudadano a medias, o mejor de un ciudadano potencial o futuro. Al niño mientras tanto, le estaría garantizando el desarrollo libre, disfrutando de los derechos civiles y de los derechos económicos, sociales, culturales (con las limitaciones y los contrapesos antes indicados), bajo las reglas y el gobierno de los adultos. Pero sólo cuando se hubiere convertido, como ellos, en un ciudadano, podrá disfrutar finalmente de los derechos de participación política". Cf. BARATTA, *Infancia y democracia*, cit., ps. 49-50.

- a) que se ajusten a la ley (principio de legalidad);
- b) que fortalezcan los vínculos familiares, si es posible y razonable;
- c) que en caso de separación del niño de su familia, ésta sea por el menor tiempo posible;
- d) que el personal que toma estas decisiones sea idóneo.

Luego ingresó inexplicablemente en el terreno de lo penal juvenil, cuando estaba desarrollando el tema de las medidas de protección, sin indicar o advertir que estaba ingresando en este tema, y estableció:

- e) que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y resocializar al menor –esto sólo se explica si se trata de infractores a la ley penal, pero tampoco es posible que esta responsabilidad se adjudique en sede administrativa<sup>77</sup>, y más adelante la OC 17 lo afirma expresamente<sup>78</sup>, por lo que no se comprende su inclusión en este punto–; y

f) que sólo excepcionalmente se recurra a medidas privativas de la libertad –aquí también imagino que la Corte se está refiriendo a infractores de la ley penal, ya que no me explico cómo puede compatibilizar la privación de la libertad con una medida de protección para no infractores–; de todos modos el punto merecía un análisis más detallado y, sobre todo, más preciso y claro.

Que de los puntos consignados desde *a* hasta *f* se desprenda que los supuestos en cada uno de ellos contenidos permiten un adecuado desarrollo del debido proceso es incorrecto. Tal vez sólo el primer punto, con algo de argumentación adicional, podría vincularse con el debido proceso legal, pero ninguno de los puntos siguientes.

<sup>77</sup> Evidentemente las soluciones alternativas o de justicia restaurativa, fuera del ámbito de la justicia juvenil, pueden ocurrir en sede administrativa, pero aquí se está hablando de "medidas de protección". El párrafo es ciertamente muy confuso y no sé si logro darle alguna inteligibilidad.

<sup>78</sup> Cf. OC 17, párr. 80.

A qué se refiere la Corte por “éste” en la frase final “reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste” es otro misterio. Si se está refiriendo al debido proceso, lo que se impondría desde el punto de vista de la construcción del párrafo, no tiene sentido. El debido proceso no tiene discrecionalidad ni debe ser “limitado” o “reducido adecuadamente”, sino todo lo contrario. Si se está refiriendo a la discrecionalidad característica de los procedimientos tutelares, las medidas que enumera no garantizan su eliminación dado que (como señalé) no se refieren al debido proceso ni las limitan de manera clara.

*f. 4. Procesos judiciales. Imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo*

Probablemente en este punto es donde con mayor claridad yerra la OC 17. Si bien es cierto que los conceptos de imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo han estado tradicionalmente confundidos, ésta era, por su novedad en la forma (y luego de más de tres décadas de esfuerzos teóricos y políticos por clarificar los conceptos), la oportunidad para comenzar a distinguir y a precisar los temas y sus límites. Además, de antiguo se han confundido procesos judiciales con administrativos (*proceedings* para el ámbito estadounidense), de modo que no se entiende en absoluto la sistemática de la decisión: trata de temas penales cuando se refiere a procedimientos administrativos (de protección) y trata de temas de protección cuando se refiere a los temas penales, omitiendo cualquier referencia que permita dar inteligibilidad a la decisión.

Por otro lado, el tema de la respuesta estatal a los menores de edad imputados de delito era perfectamente evitable si lo que se estaba haciendo era indagar los límites del Estado al aplicar las medidas de protección a las que son titulares los niños por su condición conforme el artículo 19 de la Convención Americana. Los temas de la edad penal, de la delincuencia juvenil, de las situaciones de vulnerabilidad de los niños, no fueron objeto de la consulta sino, si se quiere, indirectamente y debido a la confusión de la Comisión al presentar los ejemplos o casos hipotéticos. Finalmente, como intentaré demostrar, la

Corte se explaya de manera innecesaria en consideraciones teóricas y se equivoca en alguna de sus afirmaciones normativas sobre el particular.

Luego de dar una definición clásica de imputabilidad y sin entrar en consideraciones respecto de los problemas que este tema plantea en relación con los menores de edad, la Corte afirmó:

“107. La Convención sobre los Derechos del Niño no alude explícitamente a las medidas represivas para este tipo de situaciones, salvo el artículo 40.3 inciso a)<sup>79</sup>, que obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal”.

Esto no es así y me parece grave que la Corte lo afirme tan categóricamente.

No sólo la CDN contiene lo que he llamado en otra oportunidad, las “bases para desarrollar un sistema penal juvenil”<sup>80</sup>, y en general en todas las normas que la Corte cita se puede leer, con mínimo esfuerzo, un programa político criminal y estándares mínimos para regular la respuesta estatal a la delincuencia juvenil, sino que específicamente la CDN tiene un artículo que se refiere, en palabras textuales de la Corte, a las “medidas represivas para este tipo de situaciones”. Se trata, de hecho, de un inciso del mismo artículo que la Corte cita en relación con la edad penal y más adelante en relación con las formas alternativas de solución de conflictos penales:

<sup>79</sup> El art. 40.3.a establece que “Los Estados Partes 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: El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (...)”

<sup>80</sup> Cf. BELOFF, *Algunas confusiones*, citado *supra* nota 68.

## "Artículo 40.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor; que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes 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:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, 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*" (destacado agregado).

De modo que, además de tratar un tema que no debió haber tratado conforme el objeto de la consulta, lo trató erróneamente.

Luego la Corte explicó que estaba justificado que el Estado actúe cuando adultos o menores de cierta edad realizan hechos previstos como punibles por las leyes penales y exigió, para esa actuación,

"que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal 'implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales'. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños".

Se trató aquí de reiterar el principio de legalidad material o sustantivo, recogido por todos los tratados e instrumentos in-

ternacionales de aplicación en la materia<sup>81</sup>, incluida la Convención Americana omitida en la consulta, comenzando por el art. 40.2.a, CDN, más arriba transcripto.

Luego la Corte continuó desarrollando el art. 40 de la CDN al exigir justicia especializada en el párrafo 109 de la OC 17 para los niños infractores de la ley penal:

“Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.

Ello se contradice con lo afirmado, tal vez al pasar, en el párrafo 103 ya comentado, que parecería permitir que cuestiones de naturaleza penal se ventilen ante un órgano administrativo.

Por otro lado, es preciso reconocer un párrafo claro de la OC 17, que recoge treinta años de doctrina y normas internacionales:

“110. Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las 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. *El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos*” (destacado agregado).

<sup>81</sup> Art. 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; Directrices 5 y 56 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; artículo 15 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos; artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etcétera.

Los tres párrafos finales de este capítulo son nuevamente ejemplo de la confusión de esta OC 17. Tratado ya el tema penal juvenil, vuelve a ingresar al área de la protección, cuando se encuentra desarrollando un capítulo sobre justicia juvenil:

“112. Finalmente, conviene señalar que hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable, que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o *desviaciones de comportamiento* [sic, destacado agregado] que requieren la intervención oportuna (*supra* 88 y 91) y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias”.

Ensaya sí algunos límites a esta intervención (más allá de los problemas relacionados con la categoría de interés superior del niño, ya mencionados), intervención que entiendo “protectora” si bien la Corte no lo afirma explícitamente, porque no puede deducirse que está planteando en estos casos una intervención punitiva-resocializadora:

“113. Obviamente, estos niños no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al ‘dominio’ de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste 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”.

Y concluyó con un estándar razonable que puede ser considerado la quinta regla de la OC 17, aplicable al tema de la protección a los niños (que es el tema de la OC 17, aunque en este apartado se estaba tratando el tema penal), regla que no ha-

bía sido fijada con tanta claridad al tratar este tema específicamente unos capítulos antes:

“114. La presencia de circunstancias graves, como las que hemos descrito, tampoco excluye inmediatamente la autoridad de los padres ni los releva de las responsabilidades primordiales que naturalmente les corresponden y que sólo pueden verse modificadas o suspendidas, en su caso, como resultado de un procedimiento en el que se observen las reglas aplicables a la afectación de un derecho”.

#### f. 5. Debido proceso

La Corte retomó este tema (insisto en que no se entiende la sistemática ya que este tema fue tratado en los apartados 92 a 98), a partir del párrafo 115.

Sostuvo claramente:

“115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como estableciera este Tribunal en su opinión consultiva sobre el *Derecho a la Información* (...): el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados”.

Es importante que la Corte por fin haya establecido claramente una interpretación de todas las normas que regulan el debido proceso en normas internacionales específicamente referidas a la infancia, en el sentido de que las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse *no sólo a los procesos judiciales, sino a cualquier otro proceso que siga el Es-*

*tado, o bien, que esté bajo su supervisión.* Ésta puede considerarse la sexta regla de la OC 17. Lo que está haciendo la Corte en este punto es retomar la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el famoso caso “Gault”, en el que ese Tribunal sostuvo que las garantías del debido proceso debían respetarse con prescindencia del nombre del trámite (*proceedings*), en atención a las consecuencias concretas a las que se exponía un niño sometido a él, similares a las consecuencias penales<sup>82</sup>.

Luego la Corte ingresó en el análisis de algunos principios sustantivos y procesales en relación con niños (no sé por qué en este punto se refiere a “menores” cuando el sujeto de la OC fue definido por ella misma como niño).

También advierte: “la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias al que se alude adelante...”<sup>83</sup>.

Pero no explica qué significa “modalidades propias”, ni cuál es el principio establecido en la CDN, que interpreto es el problemático “interés superior del niño”.

En general, en este punto la OC 17 no avanza más allá de reiterar un estándar claro emergente de la CDN y de los otros instrumentos directamente relacionados con la materia<sup>84</sup> y en

<sup>82</sup> Cf. *in re* “Gault”, citado *supra* nota 15.

<sup>83</sup> Cf. OC 17, párr. 119.

<sup>84</sup> Fundamentalmente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (29/11/85); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90); y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90).

algunos casos desarrolla errónea y confusamente algunas garantías. Así:

a) En relación con la garantía del *juez natural*, exige razonablemente la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de los derechos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial 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, con remisión a las Reglas de Beijing.

b) En relación con la garantía de la *doble instancia* y el derecho a un *recurso efectivo*, por un lado, se plantea la garantía con un lenguaje algo anticuado desde el punto de vista procesal penal: "La garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal *superior* que pueda revisar las actuaciones del *inferior*" (destacado agregado). Por el otro, superpone esta garantía con la prevista por el art. 25 de la Convención Americana que dispone que toda persona debe tener acceso a un recurso rápido y sencillo, el que se corresponde en nuestra cultura legal, básicamente con el amparo y el *habeas corpus*, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en la situación de excepción, recursos que, como es sabido, no tienen que ver con la garantía de doble instancia a la que se refiere el título sino que son lo que se ha dado en llamar "acciones constitucionales".

c) En relación con la *presunción de inocencia*, luego del repaso normativo, la Corte ingresa en un terreno resbaloso, y patina:

"128. Dentro del proceso hay actos que poseen –o a los que se ha querido atribuir– especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable. A esta categoría corresponde la confesión, entendida como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda".

Evidentemente, está desarrollando el tema de la declaración del imputado de un delito. Vale recordar que la "confesión" no es un acto procesal, sino el contenido de un acto procesal central en los procesos inquisitivos aunque de importancia relativa en los procesos acusatorios modernos; pero parece al final estar refiriéndose a toda clase de proceso ("acto de disposición de bienes o derechos sobre los que exista contienda").

El siguiente párrafo parece seguir en la misma línea:

"129. A este respecto, y por lo que toca a menores de edad, es pertinente manifestar que cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla".

En este punto aparecen problemas adicionales, puesto que introduce algunos matices como "en caso de resultar indispensable". Todo ello sin explicar el alcance de la declaración del imputado como acto de defensa material, superponiéndola además con la "confesión", esto es, con el contenido de la declaración del imputado. A continuación el argumento se torna más oscuro aún, porque parece extender el tema de la declaración (ya no del imputado, sino de un niño sometido a proceso) no sólo a procesos penales sino civiles, con lo que los estándares se modificarían; pero todo ello sin explicarlo claramente, además de regresar al tema de la incapacidad civil, cuando estaba desarrollando el tema de la "confesión" en sede penal. Finalmente, se desprendería del párrafo que esa incapacidad impediría al niño el ejercicio por sí mismo de sus derechos, y con ello, ¿qué resta del derecho de defensa material y el derecho del niño a ser oído (art. 12 CDN)?:

"130. Además, debe tomarse 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 va-

lorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a ésta eficacia dispositiva, cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos”.

Para concluir, explica que todo lo expuesto se refiere a “un procedimiento en el que el menor participe y esté llamado a emitir declaraciones”.

Sin embargo los problemas no terminan aquí: “Por lo que toca a procesos propiamente penales (...) hay que considerar que los menores de edad están excluidos de participar como inculpados en esa especie de enjuiciamientos. En consecuencia, no debe presentarse la posibilidad de que en éstos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión”.

Este párrafo final merece por lo menos dos comentarios. En primer lugar, llama la atención la categórica afirmación según la cual los menores de edad (otra vez no se trata de niños) están excluidos de participar como inculpados en procesos penales. Ello contradice no sólo las leyes vigentes latinoamericanas y las normas internacionales de aplicación en la materia, sino lo que la propia OC 17 sostiene unos párrafos más arriba<sup>85</sup>. En segundo lugar, realiza consideraciones doctrinarias

<sup>85</sup> Contrastar estas afirmaciones con las contenidas en la misma OC 17 en los párrafos 108 y 109:

“108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva– incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal ‘implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no

propias de otros tiempos del derecho procesal penal. En los modernos sistemas procesales penales latinoamericanos, la declaración del imputado opera (como se afirmó) como medio de defensa y no como medio de prueba, lo que era característico de los sistemas inquisitivos en los cuales la reina de las pruebas era la confesión del imputado<sup>86</sup>. Tampoco se admite más un sistema de pruebas tasadas, con categorías de pruebas, sino que los jueces resuelven según las reglas de la sana crítica racional<sup>87</sup>.

d) En cuanto al *principio del contradictorio*, reitera las normas internacionales que establecen su vigencia en los procedimientos en los que participan niños, sin analizar diferentes situaciones en las que este principio aparece debilitado o ignorado en los sistemas tutelares vigentes en la región.

e) En cuanto al *principio de publicidad*, la Corte realiza un análisis tradicional, que no avanza sobre las posiciones más

penales’. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños”.

“109. Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el ‘establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas 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’ (artículo 40.3)” (destacado agregado).

<sup>86</sup> Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., ps. 663 y siguientes.

<sup>87</sup> Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., ps. 870 y siguientes.

modernas en la especie. Sí avanza en cuanto establece que hay que limitarlo no en lo relativo al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales, en razón del interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. No obstante se debería tratar esta cuestión (que en realidad trata de dos derechos en tensión) de modo de permitir al niño, con la debida asistencia legal, que decida cómo quiere que sea su juicio, al considerar a esta garantía desde una perspectiva moderna y centrada en el niño y no desde una perspectiva tutelar que asume dogmáticamente ciertas posiciones en torno del niño y de sus derechos sin siquiera consultar su opinión y la de su asistencia legal técnica<sup>88</sup>.

f) En cuanto a la *justicia alternativa*, la OC 17 parece confundir el ámbito penal con el "social", y con las políticas de tercera vía, restaurativas o compositivas. Concretamente, la OC 17 confunde la desjudicialización de los problemas sociales que tradicionalmente ingresaban a la justicia de menores de manera ilegítima (programa vigente en todos los países de la región con nuevas leyes de infancia inspiradas en los más modernos estándares internacionales en la materia), con lo que se conoce como mediación penal juvenil o justicia restaurativa<sup>89</sup>, que se refiere a formas de *diversion*, esto es, de derivación de casos que normalmente deberían adjudicarse en una corte penal, a instancias vecinales, centradas en la víctima y en la reparación del daño:

<sup>88</sup> BELOFF, *Algunas confusiones*, cit. *supra* nota 68.

<sup>89</sup> Ver, entre muchos otros, ZEHR, Howard, *Changing lenses: a new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottdale, Pennsylvania, 1990; MORRIS, Allison y MAXWELL, Gabrielle (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation & circles*, Hart Publishing, Oregon, 2001; BRAITHWAITE, J., *Crime, shame and reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

"135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la 'judicialización' de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter; al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad".

### III. 3. El voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez

#### III. 3. A. La formulación correcta del problema

Este voto es el que refleja mayor conocimiento del problema específico que, de manera equívoca, planteó la Comisión; es también el que refleja mayor conciencia de la relevancia del *thema decidendi* en términos jurídicos y político-culturales, y del rol que la Corte estaba jugando en esta oportunidad. Estas circunstancias no son de extrañar ya que su autor, probablemente el penalista más destacado en su país, durante mucho tiempo participó de los debates en torno de las leyes de infancia en su país y en la región<sup>90</sup>.

El juez GARCÍA RAMÍREZ entiende que el pedido de la Comisión trasluce "la preocupación por identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado para actuar en relación con los niños en ciertos supuestos de suma importancia"<sup>91</sup>. Es pues evidente que sabía cuál era el problema, aunque la Comisión no lo planteara correctamente. También entiende que no es con-

<sup>90</sup> Julieta DI CORLETTO ha encontrado una fórmula feliz para caracterizar este voto, luego de la lectura de este párrafo al que consideró "sobre-alentador". En sus palabras, este voto "pone nombre" a todo lo que es ininteligible en la decisión principal de la OC 17, probablemente -estimo yo- porque su autor es quien mejor conocía la discusión y lo que estaba en juego en ella.

<sup>91</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 1.

veniente confundir los diferentes aspectos del tema: “Estos 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”<sup>92</sup>.

### III. 3. B. El abordaje del problema desde una perspectiva penal

El voto aborda el tema desde la perspectiva penal que, como se señaló, no era materia de la consulta en atención a los artículos de la Convención Americana involucrados. Aun cuando ingresa en temas vinculados con la protección a la infancia, lo hace siempre desde el derecho penal, probablemente por la formación del juez opinante.

El juez GARCÍA RAMÍREZ conoce los problemas de las denominaciones “menor delincuente” o de “delincuencia infantil o juvenil”, en el primer caso, y “menor en situación irregular” o en “estado de peligro”, en el segundo, y sabe que cualquier utilización de estas categorías sin definir las mínimamente traería aparejada una cantidad de problemas adicionales que no se propone tratar<sup>93</sup>.

Inmediatamente después de comenzado su voto, introduce el principio de legalidad material, gran ausente en las legislaciones tutelares de menores:

“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 mis-

<sup>92</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 1.

<sup>93</sup> “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”. Cf. OC 17, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 1.

mo 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”.

Explica el alcance que va a dar a las palabras “niño” y “menor” sin ingresar en un debate conocido respecto de cuál es la denominación adecuada para el sujeto al que se hace referencia. Es contundente en afirmar que utilizará en lo pertinente la expresión menor en su sentido más estricto “y al mismo tiempo más distante de cualquier intención descalificadora, peyorativa 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 bio-psíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano.

El concepto ‘niño’ coincide con el de ‘menor de edad’ cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas

## capítulo IV

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 1) (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...”.

Siempre teniendo como marco el derecho penal, no introduce distinciones dentro del grupo de los niños (menores de dieciocho años de edad), en la misma línea seguida por la OC 17, ni sobre la base del discernimiento ni de la capacidad:

“Se entiende, pues, que dieciocho años son una frontera precisa entre dos edades que traen consigo dos estatutos característicos (...) 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”<sup>94</sup>.

Explica el trato diferenciado que la OC 17 brinda a los niños con el siguiente argumento:

“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 in-

dividuos menores de 18 años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con 8 o 10 años de edad y quien ha alcanzado 16 o 17. 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”.

Conecta correctamente el problema del derecho tutelar de menores con todo derecho tutelar de raíz peligrosista, de modo de lograr articular en su voto argumentos penales y no penales; pero sin perder de vista (a diferencia de otras secciones de esta OC 17) cuál es el tema central y cómo se debe limitar al Estado en cada uno de sus ámbitos de actuación. Es evidente que si todo derecho tutelar peligrosista plantea enormes problemas, cuando el destinatario de esas normas es un niño (“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”), la situación se agrava. Y admite explícitamente:

“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*” (destacado agregado).

#### *La cuestión de la edad y de la imputabilidad penal*

Ingresa luego (innecesariamente en relación con el *thema decidendi* pero razonablemente si se piensa en la lógica de su voto), en el problema de la minoría de edad penal y de la inimputabilidad de los menores de edad. Sobre este tema hace una precisión importante:

<sup>94</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr: 5 *in fine*.

“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”<sup>95</sup>.

Este párrafo complementa aquel del voto del juez CAÑADO referido al sujeto del derecho niño (y no infancia)<sup>96</sup>.

Explica luego cómo se crearon, para los fines de la responsabilidad por conducta ilícita, “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 o la tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen”<sup>97</sup>.

Aquí me permito disentir respetuosamente con el voto ya que las jurisdicciones especiales para menores, de características paternalistas o tutelares, se justificaban como suplentes de padres inidóneos, principalmente en aquellos casos relacionados con niños “en problemas”, no con niños “problemáticos”, como pueden considerarse dentro de esa lógica los menores de edad imputados de la comisión de delitos. Es cierto que el dispositivo jurisdiccional *lato sensu* era el mismo, pero la justificación de su intervención tenía un matiz, en estos casos, algo

<sup>95</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 11 *in fine*.

<sup>96</sup> OC 17/2002, voto del juez CAÑADO TRINDADE, párr. 6, *infra* ps. 172 y siguientes.

<sup>97</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 13.

diferente<sup>98</sup>. Tampoco coincido con la interpretación del intervencionismo estatal paternalista como consecuencia del estado social; ciertamente, el paternalismo estatal es anterior en varias décadas al estado social latinoamericano y su justificación fue más de tipo político-criminal que político-social. No obstante, la descripción de la justicia tutelar que realiza el juez GARCÍA RAMÍREZ es precisa:

“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”<sup>99</sup>.

Luego de una precisa caracterización del sistema tutelar<sup>100</sup>, al que considera un progreso respecto del régimen anterior en

<sup>98</sup> En efecto, la división entre secretarías actuarias o penales y tutelares o asistenciales, da cuenta de que si bien el delito no es decisivo, en un dato con particular relevancia en el entramado tutelar.

<sup>99</sup> OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 14.

<sup>100</sup> “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 Suprema Corte de Pennsylvania, de 1838: *Ex parte Crouse*. En México, casi cien años después, una conocida sentencia de la Suprema Corte 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 occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores’. 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

tanto logró sacar a los menores de edad de la justicia de adultos (ideal que en la práctica no se realizó porque la justicia tutelar siempre fue, tanto desde el punto de vista sustantivo cuanto formal en muchos países, una justicia penal, y porque, además, el sistema anterior al tutelar no era tan severo con los niños<sup>101</sup>), ingresa en el ámbito de los problemas que este “pro-

Estado, así como el propósito asignado a la intervención del 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’”. También “Al entender que el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor ‘sui generis’, 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”. Cf. OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 15.

<sup>101</sup> “A general impression has been created in the literature of juvenile justice that prior to the reforms of the child-saving movement, children were treated by the criminal courts as though they were adults. The creation of the juvenile court is often characterized as a significant victory for enlightenment over forces of oppression and ignorance. The popularity of this myth can be attributed to the lack of empirical scholarship (...) and to the tendency of many writers to view judicial and penal history from an evolutionary perspective. The modern view of the juvenile court suffers from a sentimental interpretation of history to suit progressive explanations of how social problems are ‘civilized’”.

[“En la literatura sobre justicia juvenil se ha creado una impresión general en el sentido de que previo a las reformas del movimiento de los salvadores del niño, los niños eran tratados por los tribunales penales como si fueran adultos. La creación de los tribunales de menores es a menudo caracterizada como una victoria significativa de la Ilustración sobre las fuerzas de la opresión y la ignorancia. La popularidad de este mito puede ser atribuida a la falta de estudios empíricos (...) y a la tendencia de muchos autores a ver la historia judicial y penal desde una perspectiva evolutiva. La concepción moderna del tribunal de menores padece de una interpretación sentimental de la historia para acomodar explicaciones progresistas respecto de cómo se ‘tornan civilizados’ los problemas sociales”] (traducción propia). Cf. PLATT, *The child savers*, cit. *supra*

misorio” nuevo sistema acarreó, que resume de la siguiente manera:

“17. (...) 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 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...”<sup>102</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”.

nota 16, ps. 184 y siguientes. Sobre el particular ver también ROTHMAN, David J., *Conscience and convenience. The asylum and its alternatives in progressive America*, Harper Collins, 1980, capítulos 6 al 8; KRISBERG, Barry y AUSTIN, James F., *Reinventing juvenile justice*, Sage, 1993; RYERSON, Ellen, *The best-laid plans. America’s juvenile court experiment*, Hill and Wang, New York, 1978, entre otros.

<sup>102</sup> Sigue: “... 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”.

### III. 3. C. ¿Una disputa de escuelas? o acerca del modelo pedagógico que adquirió dimensión ontológica

Llaman la atención dos giros del párrafo 19: “Estos y otros problemas acarrearán, 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”.

Retorno parece significar que los nuevos sistemas implicarían retrotraer la situación a los tiempos en los que no existía legislación especializada, lo que no es así si el tema es estrictamente analizado desde la perspectiva de los instrumentos internacionales que motivaron y orientaron las reformas a las que se hace referencia en el voto. Por otro lado, los métodos legales que implican vigencia de la legalidad sustantiva y procesal no son algo “diferente” (¿de qué?), sino que son la regla en las sociedades occidentales y en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos. Los nuevos sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes desarrollados en América Latina no son sistemas equiparables a la justicia juvenil estadounidense, producto de las transformaciones ocurridas en ese país luego del célebre caso de la Corte Suprema de 1967, “Gault”, mencionado en el voto<sup>103</sup>. Es posible afirmar que estos nuevos sistemas latinoamericanos son “garantistas” en el sentido que se da en América Latina a esta terminología importada de la cultura legal italiana<sup>104</sup>, pero no es correcto apli-

<sup>103</sup> Sobre las diferencias entre el proceso de reformas institucionales y legales vinculadas con la justicia juvenil en los Estados Unidos, a través del activismo judicial, y en América Latina, treinta años después, a partir de la incorporación de la CDN, ver BELOFF, Mary, *Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

<sup>104</sup> “1. El modelo garantista. 1. La epistemología garantista. El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clási-

car esa calificación al fallo “Gault” ni a ninguno de esa saga en la jurisprudencia estadounidense<sup>105</sup>, completamente al margen del debate que se da en el ámbito latinoamericano, espejo más cercano de la discusión que desde la década de 1970 ha tenido lugar en la Europa continental.

Un problema importante de este voto radica en la manera que se eligió para denominar los modelos en tensión. Al llamar a uno de los dos “garantista”, impidió a la Corte y al mismo voto suscribir claramente a un modelo garantista. Esto parece un juego de palabras pero no lo es. La Corte sólo puede desarrollar una interpretación de tratados de derechos humanos como la que aquí se le proponía basada principalmente sobre esos tratados. El producto de esa actividad es lo que en nuestra región se conoce como garantismo; pero al denominar de este modo a uno de los modelos vinculados con la condición jurídica de la infancia en la región, la cuestión del garantismo se tor-

---

co –la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia– en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal”. Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Gius, Laterza e Figli, 1989), Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 33. En el prólogo al libro Norberto BOBBIO nos advierte que “Paradójicamente (...) incluso el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo su propia garantía y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que aun cuando se encuentren normativamente declarados no siempre están efectivamente protegidos”, *ibidem*, p. 19.

<sup>105</sup> Me refiero al conjunto de fallos que transformó la justicia juvenil estadounidense a partir del caso *in re* “Gault”, convirtiéndola en una sucursal proveedora de casos para la justicia penal de adultos. Fue una victoria pírrica del movimiento crítico de la justicia juvenil que acompañó el dictado de estos fallos, a saber: *in re* “Winship” (1970), relacionado con el estándar probatorio más allá de toda duda razonable; “Breed v. Jones” (1975), relacionado con la garantía equiparable al *ne bis in idem* continental del derecho anglosajón; “McKeiver v. Pennsylvania” (1971), relacionado con el derecho de los jóvenes a ser juzgados por jurados, con respuesta negativa; y “Schall v. Martin” (1984) que examinó el tema de la prisión preventiva en jóvenes.

nó partisana, impidiendo a la Corte asumir explícitamente una defensa clara de los derechos y garantías del niño, porque ello podría haber sido interpretado en el sentido de que estaba tomando partido por uno de los modelos o corrientes "en pugna". Planteado erróneamente el problema, la Corte no pudo hacer aquello que estaba llamada a hacer: desarrollar una interpretación de los tratados en cuestión, en relación con la protección a la infancia, promotora y respetuosa de los derechos de los niños y no lo contrario.

Conecta luego el juez GARCÍA RAMÍREZ las reformas legales recientes latinoamericanas con las campañas de ley y orden que tienen lugar cíclicamente en América Latina y que vinculan la inseguridad y el aumento de la delincuencia común con los adolescentes<sup>106</sup>; pero en este punto equivoca en mi opinión su análisis. En primer lugar, porque como he señalado en otra oportunidad<sup>107</sup>, las reformas legales latinoamericanas se deben directamente a la aprobación y ratificación de la CDN a comienzos de la década de 1990, momento que coincidió con la consolidación democrática en varios países, que a su vez implicó la reforma y modernización de la justicia, y en particular de la justicia penal. En segundo lugar, porque ninguna de estas leyes implicó rebajas de edad de imputabilidad sino todo lo contrario: todas las nuevas leyes elevaron la edad de imputabilidad penal como ingreso al sistema penal de adultos, a los 18 años<sup>108</sup>. Se afirma en este voto:

<sup>106</sup> "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".

<sup>107</sup> Cf. BELOFF, *Algunas confusas*, cit. *supra* nota 68.

<sup>108</sup> Cf. Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley 8.069 aprobada el 13 de julio de 1990 y reformada, recientemente, por la ley 10.764 del 12 de

"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

noviembre de 2003, que declara la inimputabilidad para los menores de dieciocho años y un sistema especial de respuesta para los adolescentes entre doce y dieciocho años no cumplidos en los artículos 104, 105 y concordantes; el Código de los Niños y Adolescentes de Perú, aprobado por la ley 27.337 del 27 de julio de 2000 que modificó el Decreto Ley 26.102 del 24 de diciembre de 1992, que crea un sistema similar al brasileño; en Guatemala la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia aprobada por el Decreto n° 27-03, del 4 de junio de 2003 (modificado por el decreto n° 2-2004), que crea un sistema similar pero con un piso de trece años en lugar de doce; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, aprobado por el Decreto 73-96 del 30 de mayo de 1996, con el mismo techo de dieciocho años y piso de doce, en los artículos 180 y concordantes; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, que crea una justicia penal del adolescente para las personas entre trece y dieciocho años no cumplidos, en los artículos 95 y siguientes, aprobado por ley 87, del 12 de mayo de 1998; en Ecuador el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100 RO/737, aprobada el 17 de diciembre de 2002, establece en el artículo 305 que "Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales". En caso de que cometan infracciones tipificadas en la ley penal, declarada su responsabilidad, estarán sujetos a medidas socio-educativas (artículo 306); en la República Dominicana, el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, aprobado por ley 136-03, del 15 de julio de 2003, crea un sistema especial para los adolescentes –mayores de trece años y menores de dieciocho– y excluye a los niños, en los artículos 222 y siguientes; la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, Ley 5.266, aprobada el 3 de septiembre de 1998, crea del mismo modo un sistema especial para adolescentes entre doce y dieciocho años; la Ley del Menor Infractor de El Salvador, Decreto 863 aprobado el 27 de abril de 1994, establece en el artículo 2 que se aplicará a las personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad; la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, Ley 7.576 aprobada el 6 de febrero de 1996, crea un sistema similar; y en Panamá, el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Ley 40, aprobada el 26 de agosto de 1999. Modificada por la ley 46, aprobada el 6 de junio de 2003, abarca al grupo etáreo entre catorce y dieciocho años no cumplidos.

La única ley problemática es el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, aprobado por ley 2.026, del 27 de octubre de 1999, que reemplaza al Código del Menor de 1992, y que organiza un sistema de responsabilidad pe-

[sic] de la edad, millones de personas, que eran niños 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” (destacado agregado)<sup>109</sup>.

Finalmente, la adopción de las “formalidades” penales se relaciona con la introducción de garantías sustantivas y adjetivas en los procedimientos que se siguen a los adolescentes imputados de la comisión de delitos, lo que no parece problemático si es analizado a la luz de los estándares internacionales más modernos, básicamente los artículos 12, 37 y 40 de la CDN, y los arts. 7, 8, 9 y concordantes de la Convención Americana.

Ingresa el voto luego al tema de la tensión de “escuelas, corrientes o conceptos” que caracteriza de la siguiente manera:

“21. (...) 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”.

E intenta llegar a una “síntesis superadora”, en el entendimiento de que entre ambos “sistemas” “no existe verdadera

---

nal de los adolescentes en el Capítulo III del libro tercero bajo el título “Responsabilidad en infracciones”. En el artículo 221 se define a la infracción como la conducta tipificada como delito en la ley penal, en la que incurre como autor o partícipe un adolescente y de la cual emerge una responsabilidad social. Aparece un problema con el ámbito de aplicación, ya que según el artículo 2 de la ley son adolescentes las personas entre doce y dieciocho años, mientras que el artículo 222 establece que la responsabilidad del adolescente se aplicará a las personas comprendidas entre los doce y menores de dieciséis años. Se agrega un artículo –que no resuelve el problema– que establece que las personas entre dieciséis y veintiún años serán sometidas a la legislación ordinaria, pero contarán con la protección a que se refieren las normas de ese título (225).

<sup>109</sup> OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 20.

contraposición, de esencia o de raíz (...). 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”<sup>110</sup>.

En cierto sentido su afirmación es verdadera. Ni su voto ni la OC adscriben explícitamente a doctrina alguna; pero esto no es meritorio. La OC debería suscribir a la doctrina que es posible construir a partir de los tratados internacionales y regionales de aplicación en la materia y eso es lo que en la doctrina se conoce como garantismo. De ahí el problema ya señalado de denominar a uno de los modelos “garantista”.

Es elogiable el esfuerzo que hace el juez GARCÍA RAMÍREZ por superar la dicotomía de escuelas, y quizás en su voto lo logre precisamente porque conoce acabadamente la materia sometida a decisión de la Corte; pero definitivamente la OC 17, por más que se lo proponga, no lo logra, ya que como se ha intentado dejar claro, ella se caracteriza, más que por la adscripción a una corriente u otra, por la confusión. *Y la confusión es propia de una de las escuelas, no de la otra.*

En mi opinión, a esta altura es importante señalar que no se trata de una querrela de escuelas. La división entre ambas corrientes de pensamiento de manera muy esquemática y simplista cumplió en un momento, a comienzos de la década de 1990, una función pedagógica; pero es insostenible desde una epistemología rigurosa. Entre la cultura tutelar y la generada a partir de la particular interpretación que de la CDN se realizó en América Latina se advierte un *continuum*<sup>111</sup>. Sólo un ejer-

<sup>110</sup> OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 22.

<sup>111</sup> Ejemplos del *continuum* o puntos de contacto entre ambos modelos son: a) la cuestión de la especialidad aunque la concepción del sujeto sea diversa; y b) la prevención especial positiva, la resocialización o reintegración social del adolescente infractor declarado penalmente responsable o tutelado como justificación de las medidas tanto tutelares como socio-educativas.

cicio activo, expresión de una voluntad política de transformar la condición jurídica de la infancia, sustentado en lo que en otra oportunidad he llamado una hermenéutica hacia delante, emancipadora de la infancia<sup>112</sup>, permite entender a estos modelos como compartimentos claramente separados. En esta línea –interpreto– se orientaba la consulta; y la insistencia respecto de que ambos “modelos” son equivalentes o igualmente ajustados a derecho (ya sea internacional o constitucional nacional), es inconducente a los fines mencionados.

Las preguntas retóricas del juez GARCÍA RAMÍREZ en el párrafo 23<sup>113</sup> encuentran respuesta en una cultura que al mismo tiempo respeta los derechos y la singularidad, tal la construida a mi juicio a partir de la incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos. Aunque es comprensible la desconfianza del juez opinante, la experiencia latinoamericana debería permitirle no temer que el reconocimiento de derechos de primera generación a los niños vaya a implicar tratarlos como adultos, tal como sucedió en materia de justicia juvenil en los Estados Unidos en los años 60. La historia latinoamericana es diferente de la estadounidense también en este punto y no es casual que ese país sea el único de la región, y el segundo del mundo que no ha suscripto la CDN.

<sup>112</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

<sup>113</sup> “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?” Cf. OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ.

El juez GARCÍA RAMÍREZ alude a la existencia de un “falso dilema” entre la concepción que dio fundamento a las leyes tutelares de menores de la región y la originada a partir de la incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos. Su intento por minimizar las tensiones es ciertamente interesante y novedoso. Se trata de un recurso original al que no se había recurrido anteriormente. No obstante, estimo que su recurso al “falso dilema” es más un recurso retórico que conceptual, ya que no son falsos ni el dilema ni la tensión entre los modelos. No es falso el dilema porque el sistema previo a la CDN o sistema tutelar, y el sistema posterior, o sea el actualmente vigente desde el punto de vista normativo, son sustancialmente diferentes en su concepción del sujeto, en su concepción de la desviación normativamente relevante, en su concepción de la institucionalidad que debe ofrecer el Estado frente a los delitos por un lado y frente a las violaciones de derechos por otra. No es dilema porque no se puede hoy sostener un modelo desubicado temporalmente, contrario a los tratados, y además ineficiente, por decir lo menos.

Como señalé anteriormente, los jueces de la Corte sólo tenían una alternativa: pronunciarse a favor de la promoción de los derechos de la infancia si se atenían a la interpretación emancipatoria que alguno de los votos en la OC 17 propuso, en otras palabras, una hermenéutica garantista; pero al haber denominado a uno de los modelos como “garantista”, y al haberlo identificado con una de las posiciones en conflicto, se impidió que los jueces asumieran plenamente el marco de garantías, “el marco garantista”, para estructurar y dar contenido a la OC 17.

Con una grandeza intelectual encomiable, el juez GARCÍA RAMÍREZ acepta reconsiderar parte de las concepciones que alguna vez sostuvo en esta materia<sup>114</sup> y plantea lo que yo llamaría tensiones, no dilemas, del siguiente modo:

<sup>114</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Código Tutelar para Menores del Estado de Michoacán*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 1969; *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967.

“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 consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. 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>115</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”.

El problema no está en la tutela (cuyo significado literal ya he comentado<sup>116</sup>), el problema no está en la protección; el problema radicó en cómo se entendió durante décadas la protección a los niños. Si el sujeto destinatario de la protección es concebido como incapaz, por lo tanto no sujeto de derechos, la protección que se le brinde será entendida como tratamiento, regeneración o cura, y no se estará frente a la protección de los derechos del sujeto sino frente a algo diferente. De manera que la tensión es real porque se oponen dos concepciones del tema diferentes, más allá de la terminología que se emplee. La posibilidad de combinar los dos modelos deviene, en consecuencia –y pese a los loables intentos del juez GARCÍA RAMÍREZ en ese sentido–, una misión imposible.

El razonamiento falla en cuanto interpreta que la especialidad es propia del modelo tutelar y no del modelo “garantista”. Esto no es así, simplemente porque la CDN, al igual que las legislaciones tutelares de menores, trata de un sujeto particular.

<sup>115</sup> Así, JESCHECK, cuando afirma que el Derecho penal de jóvenes es una parte del Derecho tutelar de menores. Cf. *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Ed. Bosch, Barcelona, vol. I, ps. 15-16. De la nota 11 del voto del juez GARCÍA RAMÍREZ en la OC 17/2002.

<sup>116</sup> Ver *supra* nota 14.

A partir de ella se construye toda la nueva condición jurídica de la infancia en la región. Tampoco el nuevo modelo propone proteger con el derecho penal, sino todo lo contrario. Probablemente el primer axioma del que parte la nueva legalidad para la infancia en América Latina sea diferenciar claramente los supuestos de protección de derechos del niño (esto es, obligaciones positivas del Estado) de aquellos que tienen que ver con la respuesta estatal cuando un niño o adolescente es imputado de la comisión de un delito.

Es importante tener presente que el principio de especialidad estructura e integra el sistema de garantías que se desprende de los tratados internacionales que cita el juez GARCÍA RAMÍREZ, como parte del sistema general de derechos y garantías; de manera que no es que este principio de especialidad sea exclusivo del sistema tutelar sino probablemente un elemento que marca un *continuum* entre una concepción y la otra<sup>117</sup>.

Este voto, a pesar de señalar en algún momento lo contrario, no distingue entre infractores y no infractores. Sostiene el juez GARCÍA RAMÍREZ en relación con esta propuesta de “síntesis”:

“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. (...) Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor (...) Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro”.

Es verdad, como se sostiene en este voto, que la *Opinión Consultiva* “evita ‘suscribir’ alguna de las corrientes en juego”; pero el resultado es un híbrido que vacía de sentido el ya de por sí confuso pedido inicial. Como se intentó dejar claro, los temas fueron abordados de manera confusa y la OC 17 no só-

<sup>117</sup> Ver *supra* nota 111.

lo por momentos no aclara, sino que oscurece los estándares regionales en la materia.

Insiste el juez GARCÍA RAMÍREZ en la especialidad, como si ésta no integrara el sistema que él denomina garantista<sup>118</sup>, al afirmar:

“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”<sup>119</sup> (destacado agregado).

<sup>118</sup> Es de aplicación en este punto la siguiente reflexión de Alessandro BARATTA: “Para los niños, el argumento de la diferencia ha producido beneficios mínimos en términos de protección, pero le ha costado en términos de igualdad, mientras que el argumento de la igualdad ha producido efectos negativos, en cuanto se refiere a la identidad del niño y del adolescente –como se puede observar en las distintas excepciones y reservas hechas por los Estados signatarios con respecto a la Convención–, excepciones que han permitido igualar a los adolescentes con los adultos en sectores delicados, como el del trabajo, el reclutamiento militar y la edad penal, no solamente desde el punto de vista fáctico, como tan frecuentemente ocurre, sino también desde el punto de vista normativo.

Sigo pensando que no se trata, en el caso del niño y de los adolescentes, de una separación estructural de dos líneas de desarrollo: la de la igualdad y la de la identidad, sino de un retraso, de una costumbre ideológica, que podría incluso ser la señal –a pesar de los grandes progresos hechos en los últimos decenios– de que la lucha por los derechos de los niños no ha alcanzado su punto culminante; que entre el futuro y la memoria (...) hay todavía mucha distancia. El retraso histórico que se refiere a la relación entre el movimiento por la igualdad y el movimiento por la diferencia impone colocar en primer plano el derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del Estado democrático de derecho”. Cf. BARATTA, *Infancia y democracia*, cit. *supra* nota 74.

<sup>119</sup> Se sostiene también que la decisión de la mayoría “opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración –convenientemente agrupadas,

Es un párrafo difícil de entender. ¿Qué quiso indicar el juez GARCÍA RAMÍREZ con esta distinción entre clases de procesos: de “carácter, origen u orientación social” y “públicos, privados o penales”? Aun cuando los niños intervengan en procesos diferentes, ¿ello implica un emplazamiento procesal diferente en cuanto a la defensa de sus derechos? ¿En qué casos se justificaría la “tutela estatal correctiva”, entendiendo por tal aquella destinada a corregir las deficiencias derivadas de las particulares circunstancias personales del niño por su condición de tal?

Finalmente, sobre el tema de la relación entre especialidad y proceso, el juez opinante afirma:

“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 he-

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”. No comparto, evidentemente por las razones que se han venido exponiendo, esta valoración.

cho, a la que no cierra los ojos el Derecho- y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad”.

### III. 3. D. Los actores

Otro párrafo curioso del juez GARCÍA RAMÍREZ es el siguiente:

“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>120</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 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”.

Si bien es correcta la caracterización del proceso –*proceeding*– tutelar, estas características no fueron su forma extrema. Además, y principalmente, los padres no eran excluidos del proceso salvo declaración judicial; el que no tenía voz era el niño. A veces se le asignaban representantes como los asesores de menores argentinos, pero no abogados defensores de sus derechos. El juez GARCÍA RAMÍREZ señala las particulares características del niño, que en muchos casos no podría por su temprana edad participar activamente en el proceso, y los casos de

<sup>120</sup> Nota 13 del voto del juez GARCÍA RAMÍREZ: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado, México, 1966, p. 245.

conflicto entre los intereses del niño y sus padres; pero no propone una solución a estas tensiones. Hubiera sido interesante que explorara una hermenéutica tal como la siguiente:

“Examinemos la Convención, detengámonos ante todo sobre las huellas que este límite histórico ha dejado en ella. Estas huellas son evidentes, especialmente cuando inciden sobre el significado y el alcance del gran principio innovador introducido por la Convención en el artículo 12 y otros artículos (...). Conforme este principio, el niño tiene derecho en primer lugar a formarse juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión y, en tercer lugar a ser escuchado. Nunca habían sido reconocidas, de modo así explícito, la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos. (...) Pero, para contrabalancearlo con el principio opuesto, proveen dos robustas baterías de normas.

La primera parece asegurar firmemente a los adultos el derecho de interpretar, en modo objetivo y definitivo el interés superior del niño o aquello que corresponde al bienestar social, espiritual y moral, a la salud física o mental del niño. La segunda batería de normas condiciona el ejercicio de los derechos del niño, no sólo al respeto de los derechos y de las libertades de los otros –lo que es correcto– sino –lo que es dudoso– a la interpretación dada por los adultos a cláusulas generales o conceptos indeterminados, como la seguridad nacional; la seguridad, la salud y la moral pública. (...) no menos relevantes son los límites internos a éstos. (...)

La libertad de formarse un juicio propio no tiene ninguna limitación de contenido, en verdad se refiere a la total posición del niño frente al mundo. Pero el derecho de expresar la propia opinión no se extiende a toda su visión del mundo, sino que comprende solamente las situaciones que afectan al niño. Sólo en relación a estas situaciones el primer párrafo del artículo 12 prevé que su opinión sea tenida debidamente en cuenta. Debidamente, pero ¿en función de qué? ‘En función de la edad y madurez del niño’. Sin una interpretación garantista y global de la Convención, estaríamos en presencia del viejo y fatal error del paternalismo: dejemos que el niño forme su propia imagen del mundo –dicen los adultos– pero nosotros no tenemos nada que aprender de ella cuando se refiere a nosotros mismos. Escuchémosle cuando decidimos por él, pero no tomemos mucho en cuenta lo que él dice, si éste resulta todavía muy pequeño o muy poco maduro. Aún más restringido resulta el derecho de los niños de ser escuchados, previsto en el artículo 12.2. Este derecho no se refiere a todo lo que el ni-

## capítulo IV

ño puede opinar acerca de las decisiones que los adultos toman por él, sino solamente a las decisiones que los adultos toman a nivel institucional, en el caso de 'todo procedimiento judicial y administrativo'. ¿Todo? Sí, pero, naturalmente, sólo aquellos que afectan al niño. (...) A la luz de estos criterios, los derechos que el artículo 12 de la Convención reconoce a los niños no son derechos 'definitivos', son derechos débiles, porque están caracterizados por una falta de simetría entre obligaciones del Estado y pretensiones de los titulares. El derecho de hacerse un juicio propio está configurado como un deber de prestación por parte del Estado (garantizar al niño las condiciones para formar su propio juicio -artículo 17.1-), pero no corresponde a una posición jurídica subjetiva concretamente determinada en el niño y, además, está sujeta a la reserva de lo económicamente posible. El derecho a que se tengan en cuenta sus opiniones, está formulado sin que se precise si los que tendrían que tomar en cuenta sus opiniones, son los funcionarios o los adultos responsables por el niño. Finalmente, el derecho a ser escuchado, que es el único a ser configurado como un derecho del niño y no como un deber genérico del Estado, o de otros sujetos, está formulado a través de un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que estén establecidos vínculos para ella. También por eso, la Convención adopta una formulación bastante débil, utilizando el término 'oportunidad' y no el término 'derecho'. (...)”<sup>121</sup>.

### III. 3. E. La peligrosa coartada de la emergencia

Continúa el voto con un argumento algo peligroso (quizá debido a una redacción poco clara), en el párrafo 31, referido a la indiscutida posibilidad de intervención del Estado en casos de emergencia, sin formalidades legales; pero no define cuáles serían esas situaciones de emergencia, lo que en este tema resulta extremadamente problemático, al punto de que se llega a afirmar en el voto que para proteger a un niño abandonado no haría falta un proceso judicial, lo que se contradiría

<sup>121</sup> Cf. BARATTA, *Infancia y democracia*, cit. *supra* nota 74, ps. 44 y 47-50.

con gran parte de lo sostenido aun de manera confusa por el mismo voto y por esta opinión consultiva en general:

“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 pronta y 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” (destacado agregado).

Entiendo que habría que leer “niño abandonado en peligro de lesión” o “niño abandonado en peligro de muerte”; no niño abandonado, niño en peligro de lesión o niño en peligro de muerte como tres categorías diferentes, porque las consecuencias serían contrarias a lo que se afirma en gran parte del voto<sup>122</sup>. No abarca, no obstante, los supuestos que entiendo también estarían comprendidos por el estándar, cuales serían los de “niño en peligro de lesión” o “niño en peligro de muerte”.

<sup>122</sup> “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”.

Por otro lado, el voto tampoco desarrolla cuáles serían las obligaciones positivas del Estado en caso de riesgo –la obligación de hacer referida a la situación fáctica concreta–; la relación entre el riesgo, la medida a adoptar y el fin, medidas alternativas; cómo definir el riesgo, la amenaza, etc., para no autorizar indebidas intromisiones del Estado en la vida del niño y de su familia<sup>123</sup>.

El juez GARCÍA RAMÍREZ realiza una reflexión final sobre la clientela de la justicia de menores, que es seleccionada por motivos de pobreza o por la imputación de delitos, a quienes considera constituyen “un enorme número de niños, a quienes no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarreen la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, (...) 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, (...) sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores<sup>124</sup>.

Agrega el juez opinante una importante consideración sobre el carácter de los derechos humanos, que adquieren en una decisión como esta un sentido particular:

“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 defen-

<sup>123</sup> Sobre los límites del control social familiar y los cambiantes supuestos que han autorizado al Estado a traspasarlos, ver DONZELOT, Jacques, *La police des familles*, Les Editions de Minuit, 1977; en español, *La policía de las familias*, Ed. Pre-Textos, Valencia, 1979.

<sup>124</sup> En referencia al Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, n° 63, párr. 144.

sa 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 perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención. 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”.

La causa por la cual siempre que se habla de derechos civiles –o de primera generación– de los niños, se siente la obligación de aclarar que no se están soslayando los derechos sociales, económicos y culturales –o de segunda generación–, se explica a mi modo de ver con la historia de la protección a la infancia. En efecto, la concepción tradicional de la protección a la infancia se orientaba a la satisfacción de lo que hoy se considerarían derechos de segunda generación: asegurar a los niños comida, vivienda, salud. Curiosamente, la CDN –primer instrumento jurídico que reconoce específicamente derechos de primera generación a los niños con alto nivel de exigibilidad–, debilita los de segunda generación. El art. 4 de la CDN establece:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos *económicos, sociales y culturales*, los Estados Partes adoptarán esas medidas *de conformidad con los recursos de que dispongan*”<sup>125</sup>

<sup>125</sup> Es del caso recordar la Observación General n° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La índole de las obligaciones de los Estados-Parte –párrafo 1 del art. 2 del Pacto”, en la que se sostuvo: “13. A final element of article 2 (1), to which attention must be drawn, is that the underta-

## capítulo IV

y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional" (destacado agregado).

Esta particularidad de un tratado que por primera vez reúne derechos civiles y políticos con derechos económicos, sociales y culturales, explica también su generalizada aceptación<sup>126</sup>; pero parecería reforzar la tesis sugerida indirectamente por el voto que se comenta en el sentido de que el reclamo por la vigencia de los derechos civiles y políticos implicaría poner en un segun-

*king given by all States parties is 'to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical...'. The Committee notes that the phrase 'to the maximum of its available resources' was intended by the drafters of the Covenant to refer to both the resources existing within a State and those available from the international community through international cooperation and assistance. Moreover, the essential role of such cooperation in facilitating the full realization of the relevant rights is further underlined by the specific provisions contained in articles 11, 15, 22 and 23. With respect to article 22 the Committee has already drawn attention, in General Comment 2 (1990), to some of the opportunities and responsibilities that exist in relation to international cooperation. Article 23 also specifically identifies 'the furnishing of technical assistance' as well as other activities, as being among the means of 'international action for the achievement of the rights recognized'...". 14. The Committee wishes to emphasize that in accordance with Articles 55 and 56 of the Charter of the United Nations, with well-established principles of international law, and with the provisions of the Covenant itself, international cooperation for development and thus for the realization of economic, social and cultural rights is an obligation of all States. It is particularly incumbent upon those States which are in a position to assist others in this regard. The Committee notes in particular the importance of the Declaration on the Right to Development adopted by the General Assembly in its resolution 41/128 of 4 December 1986 and the need for States parties to take full account of all of the principles recognized therein. It emphasizes that, in the absence of an active program of international assistance and cooperation on the part of all those States that are in a position to undertake one, the full realization of economic, social and cultural rights will remain an unfulfilled aspiration in many countries. In this respect, the Committee also recalls the terms of its General Comment 2 (1990)".*

<sup>126</sup> Sobre la acrítica y generalizada aceptación de la CDN ver BELOFF, Mary, *Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

do plano los derechos económicos, sociales y culturales. Es un tipo de argumentación presente pero poco frecuente cuando se trata de adultos, aun cuando se trate de minorías históricamente marginalizadas. De manera que su presencia al final de este voto es elocuente. Se trata de un voto en un pedido vinculado con la protección a la infancia, no con los adolescentes infractores; pero que concentra su argumentación en los problemas vinculados con ellos y que, al final, retoma una posición que considera a algunos derechos más relevantes que a otros, cuando de infancia se trata. No obstante, el voto que –reitero– es el mejor de toda la OC 17, no logró avanzar en la conceptualización, el contenido y los límites que el Estado tiene para asegurar estos derechos económicos, sociales y culturales, que era sobre lo que versaba originalmente el pedido.

El juez GARCÍA RAMÍREZ concluye, en la misma línea, con una apelación a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales:

"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 (...) 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".

#### IV. El voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade

Para el juez CANÇADO TRINDADE, “La consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuadra perfectamente (...) en la amplia base jurisdiccional de la función consultiva de la Corte Interamericana (...) La Corte tiene, así, la competencia para interpretar las disposiciones relevantes (objeto de la presente consulta) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados que vinculan los Estados de la región, además de la responsabilidad y del deber –como lo determina la Convención Americana– de ejercer su función consultiva, cuya operación es materia de *ordre public* internacional”.

El juez CANÇADO no indaga en los problemas formales del pedido de la Comisión y, al considerar de la mayor importancia la emisión de esta OC 17 en atención a las graves dificultades que atraviesa la infancia, desarrolla una serie de consideraciones pertinentes en cuanto tratan de la condición jurídica internacional de los niños, pero no directamente vinculadas con el objeto de la consulta.

El voto comienza con una referencia a las difíciles condiciones materiales en las que viven millones de niños en el mundo, ya que para este juez “Un tribunal de derechos humanos no puede dejar de tomar conocimiento de esta tragedia, aún más cuando expresamente instado a pronunciarse sobre aspectos de los derechos humanos del niño y de su condición jurídica, en el ejercicio de su función consultiva, dotada de amplia base jurisdiccional”<sup>127</sup>. Aparentemente, para el juez CANÇADO los mayores problemas vinculados con los derechos humanos de los niños no se encuentran en el ámbito normativo sino en la realidad concreta de la vida de niños cuyos derechos son amenazados o violentados por acción u omisión del Estado, de sus

<sup>127</sup> No logro descubrir qué implica el juez CANÇADO TRINDADE cuando afirma que la función consultiva de la Corte tiene una “amplia base jurisdiccional”.

comunidades o de sus familias. Es posible comprender y compartir su perspectiva. Lo problemático es que la consulta se vinculaba específicamente con la condición jurídica de los niños en el ámbito del orden público internacional universal y regional.

Luego de formular profundas consideraciones respecto de la condición humana y el tiempo<sup>128</sup>, el juez CANÇADO destaca lo que considera el centro de la decisión, su *leitmotiv*, que por otro lado es también para mí, el núcleo de su voto concurrente:

“6. En su punto resolutivo n. 1, la presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana dispone 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*’<sup>129</sup>. En efecto, son sujetos de derecho los

<sup>128</sup> “De modo general, es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad, frente a la proximidad del desconocido (el nacimiento y la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que se descuida de sus niños no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión”. Cf. OC 17, voto concurrente del Juez CANÇADO TRINDADE, párr. 5.

<sup>129</sup> Algo más adelante, en el mismo sentido: “La presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño*, se enmarca en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano, al subrayar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no simples objeto de protección”. Y también: “40. Además, aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como *sujeto de derecho*. Es este, a mi juicio, el *leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección’”. Cf. OC 17 voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, párr. 28.

niños<sup>130</sup>, y no la infancia o la niñez. Son sujetos de derecho los ancianos, y no la vejez. Son sujetos de derecho las personas con discapacidad, y no la discapacidad ella misma. Son sujetos de derechos los apátridas, y no la apatridia. Y así por delante. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada subtraen [*sic*] a la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente”.

Es útil esta precisión, en la medida en que las locuciones “derechos de la infancia”, “derechos del menor” y “derechos del niño” han sido utilizadas como sinónimos en el ámbito jurídico en los últimos años. Además, resulta relevante en cuanto precisa que las limitaciones de la capacidad jurídica en nada afectan a la personalidad jurídica.

Amplía a continuación estos dos puntos:

“7. Desde el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –en el cual se enmarcan, a mi modo de ver, los derechos humanos del niño– son los niños los titulares de derechos, y no la infancia o la niñez. Un individuo puede tener derechos específicos en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentre (v. g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad, los apátridas, entre otros), pero el titular de derechos sigue siendo siempre él, como persona humana, y no la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial (v. g., la infancia o niñez, la vejez, la discapacidad, la apatridia, entre otros)”.

Y

“8. Es cierto que la personalidad y la capacidad jurídicas guardan estrecha vinculación, pero en el plano conceptual se distinguen. Puede ocurrir que un individuo tenga personalidad jurídica sin disfrutar, en razón de su condición existencial, de plena capacidad para actuar. Así, en el presente contexto, por personalidad se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad la aptitud pa-

<sup>130</sup> Término que –como señala la Corte en la nota 43 de la presente Opinión Consultiva– abarca, evidentemente, a los niños, las niñas y los y las adolescentes.

ra ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad encuéntrase, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; *sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, ni por eso deja de ser sujeto de derecho. Es el caso de los niños*<sup>131</sup> (destacado agregado).

Luego, el juez CANÇADO se refiere al camino que condujo hasta lo que él denomina la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano, que considera “el legado más precioso de la ciencia jurídica del siglo XX”:

“15. Con el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano en el plano internacional, el Derecho Internacional pasó a configurarse como un *corpus juris* de emancipación. No hay ‘neutralidad’ en el Derecho; todo Derecho es finalista, y los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos...”.

El juez señala que el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano es la respuesta a una necesidad de la comunidad internacional: a fin de evitar nuevas violaciones de

<sup>131</sup> En la misma línea argumental: “33. De ahí que –como señala con perspicacia Paul de Visscher– mientras que ‘el concepto de persona jurídica es unitario como concepto’, dada la unidad fundamental de la persona humana que ‘encuentra en sí misma la justificación última de sus propios derechos’, la capacidad jurídica, a su vez, revela una variedad y multiplicidad de alcances. Pero tales variaciones del alcance de la capacidad jurídica –inclusive sus limitaciones en relación con, v. g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad mental, los apátridas, entre otros– en nada afectan la personalidad jurídica de todos los seres humanos, expresión jurídica de la dignidad inherente a ellos”. Y también: “34. Así, en suma, toda persona humana es dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal. La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos. Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos son dotados de personalidad jurídica. Los derechos humanos refuerzan este atributo universal de la persona humana, dado que a todos los seres humanos corresponden de igual modo la personalidad jurídica y el amparo del Derecho, independientemente de su condición existencial o jurídica”.

los derechos humanos, los Estados deben responder por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción<sup>132</sup>. Para ello es imprescindible el derecho de petición individual (para él cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos), junto con el reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones positivas de protección y la aceptación de la garantía colectiva de su cumplimiento. Para el juez CANÇADO, “Es este el sentido real del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Luego de rescatar al derecho de petición individual como central, al recordar un párrafo de su voto en el caso “Castillo Petruzzi y otros v. Perú”, y tal vez algo optimista en su explicación, afirma que “el reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos atiende a una verdadera *necesidad* de la comunidad internacional, que hoy busca guiarse por valores comunes superiores”. Y recuerda como ejemplo de este nuevo momento en la historia de la protección internacional de los derechos humanos el caso “Villagrán Morales y Otros” (Caso de los “*Niños de la Calle*”), de donde se desprende “que la titularidad jurídica internacional de los individuos es hoy día una realidad irreversible, y la violación de sus derechos fundamentales, emanados directamente del ordenamiento jurídico internacional, acarrea consecuencias jurídicas”<sup>133</sup>.

<sup>132</sup> Más adelante sostiene en relación con este punto: “29. La verdad es que la subjetividad internacional del ser humano (sea él un niño, anciano, persona con discapacidad, apátrida, o cualquier otro) irrumpió con todo vigor en la ciencia jurídica del siglo XX, como reacción de la conciencia jurídica universal contra las sucesivas atrocidades cometidas contra el género humano”.

<sup>133</sup> Recuerda el juez CANÇADO el siguiente párrafo, harto elocuente, de la sentencia de fondo (del 19/11/1999) en este caso:

“A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando

Desde la perspectiva que plantea en su voto –que comparto–, este caso es histórico:

“25. El ser humano irrumpe, en fin, aun en las condiciones más adversas, como sujeto último del Derecho tanto interno como internacional. El caso de los ‘*Niños de la Calle*’, decidido por la Corte Interamericana, en que los marginados y olvidados del mundo lograron recurrir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, es verdaderamente paradigmático, y da un testimonio claro e inequívoco de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha alcanzado su madurez”.

En su concepción, la necesidad de la comunidad internacional de brindar protección a los seres humanos que la componen y no sólo a los Estados –necesidad que, según su análisis, explica la consolidación de la personalidad jurídica internacional– aparece reforzada en relación con las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, entre ellos, los niños<sup>134</sup>.

los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”.

<sup>134</sup> En el mismo sentido más adelante: “55. A la luz de lo anteriormente expuesto, es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (cf. *supra*), y que el niño (como titular de derechos) no hace excepción a esto. Frente a las limitaciones de capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño, como de todo ser humano, se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos emanados directamente del Derecho Internacional sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo –inclusive el niño– de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales”.

De la explicación general respecto de la constitución del ser humano como sujeto del derecho internacional, ingresa más específicamente en la constitución de los niños en el mismo carácter. Lo vincula con las normas internacionales que establecen la protección de la dignidad humana sin excepciones y lo encuentra en esta OC, "cuando ésta ubica, en la escala de los *valores fundamentales*, 'la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la sociedad y con respecto al Estado' (párr. 93)".

Desarrolla luego la siguiente explicación histórica:

"38. O sea, los derechos del niño en fin se desprendieron de la *patria potestas* (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia –enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional–, el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el 'interés superior del niño', cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia".

Estas afirmaciones son ciertamente discutibles. Tanto que los derechos del niño se hayan desprendido de la patria potestad y de la noción de indisolubilidad del matrimonio, cuanto que el fundamento de la autoridad parental sea el interés superior del niño simplifican y confunden, en mi opinión, los temas en análisis. Por un lado, la historia del reconocimiento de los derechos del niño ha recorrido un largo camino y ha sido objeto de diversas perspectivas e hipótesis, que no coinciden necesariamente con la propuesta en el voto<sup>135</sup>. Por otro lado, el

<sup>135</sup> Cf. ARIÉS, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Ed. Taurus, Madrid, 1987, Cap. II; CUNNINGHAM, Hugh, *The children of the poor*, Blackwell, Oxford, 1991; POLLOCK, Linda, *Los niños olvidados*, Ed. FCE, 1ª ed. en español, México, 1990, entre otros.

interés superior del niño ha sido definido de muchas maneras; pero a raíz de la forma en la que ha sido interpretado por décadas, como un "cheque en blanco" que autorizaba toda clase de discrecionalidad en el ámbito público estatal, se ha comenzado a interpretarlo como una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos<sup>136</sup>. En ningún caso se lo identifica con el fundamento de la autoridad parental sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño.

Por último, también es discutible la afirmación final, en el sentido de que sólo recientemente la materia habría tenido autonomía. Es sabido que desde que se aprobaron las primeras leyes de menores en América Latina<sup>137</sup>, los saberes que se produjeron en torno de estas leyes y de la institucionalidad por ellas creada se nuclearon alrededor de la materia "derecho de menores". Esta disciplina, ejemplo curioso para el estudio de la epistemología jurídica, desde sus orígenes se puso al margen de toda clase de escrutinio, tanto académico cuanto profesional. Lo logró reclamando para sí autonomía<sup>138</sup>. No era derecho penal, ni civil, ni administrativo, ni encajaba en ninguna otra rama conocida del derecho público o privado: era "derecho de menores". Con esta ambición desarrolló razonamientos propios, reglas propias, una cultura propia que difícilmente sería admisible en cualquier otra área conocida del derecho. La autonomía la protegía del análisis y contralor del resto de la comunidad jurídica, y esto fue así por décadas, hasta que la crí-

<sup>136</sup> Cf. ALSTON, Philip, *The best interests of the Child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994; sobre interés superior del niño también BREEN, Claire, *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002.

<sup>137</sup> La primera fue la ley 10.903 de Argentina, aprobada en 1919 y conocida como Ley de Patronato de Menores o Ley Agote, en honor a su promotor.

<sup>138</sup> Ver *supra* nota 49.

tica al derecho penal positivista golpeó a las puertas del derecho de menores, preservado hasta entonces en sus eufemismos tutelares. Su pretendida "autonomía" lo puso al margen también al entrenar generaciones de operadores judiciales y administrativos que no eran reconocidos como pares de sus iguales en sus ámbitos de actuación. Valga como ejemplo la justicia de menores de la ciudad de Buenos Aires que siempre perteneció al fuero criminal y correccional pero que nunca fue percibida en el imaginario institucional como una justicia igual que la justicia de instrucción o de sentencia.

El juez continúa su voto discutiendo con quienes afirman que la CDN se limita a crear obligaciones estatales (a quienes no menciona), ya que para él esas obligaciones existen precisamente en razón de que ese tratado y otros consagran derechos humanos del niño. Y concluye este tema sosteniendo que:

"41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos *independientemente de las limitaciones de su capacidad juridical (de ejercicio)*" (destacado agregado).

Otro punto importante que destaca el juez CANÇADO se relaciona con la convergencia de puntos de vista con relación a la condición jurídica de los niños como titulares de derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, situación que para él, además de reflejar un verdadero cambio de paradigmas, es expresión de una *opinio juris comunis* en nuestros días sobre la materia.

Es interesante el párrafo 52 porque vincula la condición de sujeto de derecho con la responsabilidad, aunque no profundiza esta relación, para luego conectar estas nociones con el derecho del niño a la educación:

"52. Pero no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general, y de la educación en derechos humanos en particular, debidamente reconocida en la presente Opinión Consultiva (párrs. 84-85 y 88). No son de difícil constatación las manifestaciones precoces de algunas grandes vocaciones, a veces muy temprano en la vida. Todo niño tiene efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio proyecto de vida. A mi juicio, la adquisición del conocimiento es una forma –quizás la más eficaz– de emancipación humana, e imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano".

En la misma línea entiende –y reitera– que "El *corpus juris* de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v. gr., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño (...)"

Precisa que ese *corpus juris*, en relación con los niños infractores de la ley penal, es "garantista" y está orientado hacia el desarrollo de su responsabilidad, de modo que "en ninguna circunstancia (...) encuéntrase el niño privado de su personalidad jurídica, con todas las consecuencias jurídicas de ahí resultantes".

Es muy importante esta afirmación porque sólo en este voto concurrente se señala la condición de sujeto de derecho como sujeto de responsabilidad, conexión que no aparece en la OC 17 en la que, por el contrario, como sostuve, se advierten profundas contradicciones en torno del tema de la persona menor de edad infractora de la ley penal<sup>139</sup>.

<sup>139</sup> Sobre la relación entre el niño como sujeto de derecho y su responsabilidad ver BELOFF, *Algunas confusiones*, citado *supra* nota 68.

Siempre en torno del mismo tema, que es la personalidad jurídica internacional del niño y el derecho a peticionar ante tribunales internacionales, incorpora un elemento adicional vinculado con la incapacidad del niño:

“57. De ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión, puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición, debe, naturalmente, contar con un representante legal, si es legalmente incapaz. Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno”.

Tal vez en otra oportunidad el juez CANÇADO desarrolle el tema de la representación legal necesaria ante tribunales internacionales de “incapaces” (características, alcances, etc.), de la mayor relevancia tanto a nivel de litigio ante tribunales nacionales cuanto internacionales.

La última reflexión del juez CANÇADO se relaciona con las condiciones materiales de los niños y con la obligación del Estado de proteger los derechos humanos del niño *erga omnes*. Considera que la necesidad de asegurar a los niños el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida es una “innegable cuestión de justicia” y que los múltiples problemas que los niños padecen en la región dan cuenta de que no se verifica su “protección integral”, que es deber del Estado y de los particulares y actores no estatales<sup>140</sup>. El juez CANÇADO justifica esta obligación en cabeza de actores no estatales mediante el desarrollo de una interpretación del art. 19, en función del art. 1.1. de la Convención Americana, esto es, la obligación *erga omnes*

<sup>140</sup> “Estamos aquí ante el deber estatal de tomar medidas positivas de protección de los niños, entre los demás individuos, no sólo *vis-à-vis* las autoridades públicas, sino también en relación con otros individuos y actores no estatales. Es éste un claro ejemplo de obligaciones de protección de los niños (y todos necesitados de protección) verdaderamente *erga omnes*”.

de respetar y hacer respetar todos los derechos consagrados en el tratado, incluido el derecho de los niños a medidas especiales de protección, que extiende a las relaciones interindividuales, además de individuo-Estado<sup>141</sup>.

Recorre también, como el voto de la mayoría en la OC 17, al interés superior del niño, que a su juicio emana de la dignidad de los niños como seres humanos, sin definir el concepto.

Finalmente, es relevante destacar su propuesta de “expandir” la condición del sujeto de derecho, que entiende el rol del tribunal internacional en términos dinámicos y emancipatorios del ser humano sin distinción. Si bien él sólo enuncia el objetivo, y no lo desarrolla, es todo un programa y un desafío hacia el futuro:

“70. Desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana, hay que afirmar los derechos humanos de los niños (y no los llamados “derechos de la niñez o infancia”), a partir de su condición jurídica de verdaderos sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica internacional; *hay, además, que desarrollar todas las potencialidades de su capacidad jurídica*” (destacado agregado).

El juez CANÇADO concluye su voto reiterando su idea inicial, que puede ser considerada el *obstinato* de su voto: para él el derecho reconoce personalidad jurídica a todo ser humano con independencia de su condición existencial o capacidad jurídica

<sup>141</sup> “65. La presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* da un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La Opinión Consultiva afirma categóricamente el deber general de los Estados Partes en la Convención Americana, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos, obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con ‘actuaciones de terceros particulares’ (párr. 87)”.

ca para ejercer los derechos por sí. Esto constituye para él un ejemplo del proceso de humanización del derecho internacional, al que esta OC a su juicio contribuye. Esto explica también –a mi modo de ver– la circunstancia de que se haya pronunciado en el caso a pesar de las deficiencias de orden formal y sustancial contenidas en el pedido original de la Comisión, ya que éste le permitió desarrollar temas de su mayor preocupación. Finalmente, afirma que esta decisión se enmarca en lo que llama un “verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (en los planos tanto interno como internacional) que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana”<sup>142</sup>.

#### V. Las conclusiones que no concluyen

Podría haber comenzado el análisis de la OC 17 por el final. Sus conclusiones son una buena síntesis del sinuoso camino que condujo a la Corte hasta ellas. Las conclusiones de la OC 17 no concluyen, no responden claramente al confuso pedido de la Comisión, no avanzan en el establecimiento de un estándar más claro que el que ya está fijado en las normas internacionales y, como se indicará, requerirían un pedido de aclaratoria no previsto en los tratados y/o reglamentos para la función consultiva de la Corte.

¿Qué es lo que la OC 17 “concluye”?

La primer conclusión es probablemente la más importante, ya que reconoce que los niños son titulares de derechos y no sólo objetos de protección. Más allá del eslogan, esta conclusión tiene efectos jurídicos innegables y puede y ser útil a la hora de interpretar tanto la Convención Americana cuanto otras conclusiones de esta misma opinión consultiva.

La segunda conclusión se refiere al “interés superior del niño” sobre el que la Corte considera que “implica que el desa-

<sup>142</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez CAÑADO TRINDADE, párr. 71.

rollo [del niño] 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”.

La tercera se refiere al principio de igualdad, el que la Corte entiende no está reñido con 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”. Como se advierte sin dificultad, se superpone esta conclusión con la anterior referida al interés superior del niño.

Hasta aquí las conclusiones no tienen que ver directamente con el objeto de la consulta.

A partir de la cuarta conclusión, la Corte ingresa en el contenido de las medidas de protección a las que se refiere el art. 19 de la Convención Americana, si bien no trata del tema de los límites al Estado. Todas las conclusiones repiten estándares fijados por los tratados y no avanzan en la fijación de lineamientos claros que garanticen una adecuada protección de los derechos humanos de los niños.

En la conclusión cuarta la Corte afirma que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, razón por la cual el Estado debe apoyarla y fortalecerla, “a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo”.

La quinta conclusión se relaciona con la cuarta ya que establece que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función de su interés superior. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. Éste es un punto clave que, como se señaló, no ha sido resuelto por la Corte. Ésta debió haber establecido cuáles eran las “razones determinantes” para separar a un niño de su familia, y no dejarlo librado al impreciso “interés superior”.

Tampoco da contenido al supuesto de excepcionalidad ni explica en qué casos la separación del niño de su familia debe ser temporal y en cuáles no.

La sexta conclusión es problemática también porque vincula la protección y/o atención con institucionalización, cuando afirma 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.

La séptima conclusión es digna de destacar, aunque no es original ya que retoma la posición de la Corte en el caso “Villa-grán Morales”, cuando ésta sostiene que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

La conclusión octava establece 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”. Es importante en tanto plantea la protección como protección de los derechos, pero no avanza mucho más respecto de cómo los Estados deben garantizarlos ni con qué límites.

En la conclusión novena se concentra la Corte en la obligación del Estado consistente en 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, deber emergente de la Convención Americana y de la Convención del Niño sobre el que la OC 17 no avanza.

La décima conclusión, que junto con la primera y la undécima son probablemente las más importantes, tiene algunos

matices que debilitan el estándar que se fija. Allí se establece 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* de dichos procedimientos y las *medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos*” (destacado agregado). La Corte establece excepciones o limitaciones a los derechos y garantías vinculados con el debido proceso pero no explicita cómo estas limitaciones deberían realizarse en función del sujeto particular del que se está hablando, lo que tornaría esta OC compatible con ciertas prácticas paternalistas que se procura superar en la región.

La undécima conclusión retoma las prescripciones de la CDN. Establece que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictiva deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad y que las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores (que no explica) deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar (que tampoco desarrolla).

La duodécima se vincula directamente con la anterior y regula el principio de legalidad material así como el debido proceso que ya fue tratado en la conclusión décima, no obstante en esta conclusión el estándar es más preciso:

“12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descripta 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 incurrir en con-

ductas 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 encuentran los niños”.

Finalmente, se apela a la mediación en general, sin explicitar si se refiere a problemáticas sociales o penales, con los mismos recaudos establecidos en la CDN para los menores de edad infractores de la ley penal: “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”.

La OC 17 puede, en síntesis, ser caracterizada como:

a) una decisión confusa e incompleta basada en un igualmente equívoco e incompleto planteo del problema por parte de la Comisión;

b) una decisión basada sobre la transcripción de artículos, precedentes e informes regionales e internacionales, mediante la que no se ha brindado una solución razonada de los temas sometidos a su consideración; y

c) una decisión incompleta que omitió pronunciarse categóricamente sobre el artículo 19 de la Convención Americana, tanto en términos de prestaciones positivas cuanto de límites precisos al Estado.

## VI. Comentarios finales

Las conclusiones de la OC 17 son, al igual que los fundamentos que las preceden, un claro ejemplo de lo que en la región ha sido llamado el paradigma de la ambigüedad<sup>143</sup>. No es

<sup>143</sup> En la ocurrencia conceptualización de Antonio Carlos GOMES DA COSTA.

posible saber si la Corte quiso fijar estándares claros pero no lo logró por falta de comprensión de lo que estaba en juego; o bien si no quiso establecer esos límites precisos por su posicionamiento equívoco en torno del tema.

Además de ambigua, la OC 17 tiene otra característica preocupante: la forma en la que, paradójicamente, soslaya la relevancia de la condición jurídica de la infancia, cuando ése es el nombre de esta OC. Es preocupante que la Corte Interamericana, por intermedio de sus jueces, haya soslayado la relevancia de la condición jurídica de un sujeto *vis à vis* su condición material. Llama la atención que ello tenga lugar en un documento que tiene por objeto analizar problemas jurídicos y no supuestos fácticos. Esto es, además, particularmente grave cuando se trata de sujetos históricamente privados de subjetividad jurídica tanto a nivel del derecho interno cuanto a nivel de la comunidad internacional.

Esta posición subalterna de la legalidad frente a las condiciones reales de vida de los niños no es exclusiva de la OC 17. En ese sentido, ella es producto claro de un contexto histórico-cultural. La misma concepción se repite en muchos países a la hora de discutir reformas legales orientadas a adecuar el derecho interno a los estándares internacionales de derechos humanos. Su frecuencia y centralidad en estos debates no la torna menos grave. ¿Sirve la ley para mejorar la realidad? ¿En qué medida es útil? Estas no son preguntas irrelevantes en un continente en el cual la historia de gran parte de los países ha transcurrido al margen de la ley con un altísimo costo en términos de sufrimiento humano real.

La OC 17 deja abiertas muchas preguntas que se suponía iba a responder para orientar las prácticas y coadyuvar al mejoramiento de la cultura jurídica de la infancia en la región. Por ejemplo, ¿qué se va a entender por interés superior del niño?, ¿cuál puede y debe ser el contenido de las medidas especiales de protección previstas por el artículo 19 de la Convención Americana? ¿Las medidas de protección emergentes del artículo 19 son medidas de acción afirmativa? ¿Es posible in-

cluir la justicia juvenil dentro de los supuestos del artículo 19? ¿Cómo?

A partir de la OC 17, ¿es posible continuar con las prácticas discrecionales tutelares? ¿Es posible seguir diciendo que, como regla, para proteger a un niño el Estado puede –y debe– intervenir coactivamente, a través del organismo judicial y/o administrativo? ¿En qué casos debe intervenir uno y en qué casos otro? ¿Qué supuestos de protección de derechos habilitarían la coacción sobre el niño?

¿Cuando el paternalismo estatal está justificado en América Latina? En síntesis, ése fue el interrogante que, en el fondo, la Corte Interamericana fue llamada a responder mediante la OC 17, a pesar de la Comisión; pero el llamado no fue atendido.

Es posible no obstante, a partir de las debilidades, lagunas y ambigüedades de esta OC, desarrollar interesantes ejercicios de integración de tratados y documentos regionales y universales (por excelencia, la CDN), así como continuar provocando al sistema interamericano para que fije los estándares que no han sido establecidos con claridad en esta oportunidad. Cómo usar el sistema interamericano para promover y garantizar los derechos de los niños y las niñas en la región requiere nuevas estrategias en un sistema que no fue pensado para el reclamo por los derechos de este particular grupo etéreo<sup>144</sup>. Ésta es por

<sup>144</sup> Como señalé en otra oportunidad, en general hay coincidencia en la doctrina respecto de que el núcleo duro del sistema interamericano lo constituyen las peticiones individuales; pero quizá con los niños deba cambiarse esta idea tan asentada. En efecto, tal como vengo insistiendo hace tiempo, las medidas cautelares podrían ser desarrolladas en relación con derechos de niños en niveles insospechados hasta ahora en relación con casos que involucran adultos. Cuando de niños se trata el tiempo tiene una dimensión muy particular, bien diferente que la que tiene el tiempo para el sistema interamericano y sus operadores. El mecanismo de peticiones individuales tiene una riqueza indudable y ha sido muy desarrollado y explorado; pero es muy largo en relación con la etapa de la infancia en la vida de una persona. Tal vez un uso alternativo de las medidas cautelares podría permitir corregir ese problema estructural cuando de niños se trata.

cierto una nueva oportunidad que se nos presenta para desarrollar una hermenéutica emancipadora<sup>145</sup> de los derechos de la infancia.

En cuánto esta OC 17 pueda ser útil para cambiar la realidad de violación de derechos fundamentales en la que viven lamentablemente muchos niños y niñas en nuestro continente dependerá del uso inteligente que los diferentes actores preocupados por la promoción y defensa de los derechos de los niños hagan de este instrumento y de todos los demás de aplicación en el caso. En este punto la OC 17 se encuentra en el mismo lugar que la CDN, que provocó transformaciones notables en muchos aspectos a pesar de ella misma y de sus lagunas y ambigüedades. Un territorio importante para explorar su utilidad es el de los países que aún no han reformado sus sistemas jurídicos e institucionales vinculados con la infancia de acuerdo con lo que exigen las normas internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en la materia, tales como los países del Cono Sur y México.

No hay un antes y un después de la OC 17. La OC 17 es, como la CDN, el emergente de un proceso cultural lento, lentísimo, dirigido a refundar la condición jurídica de la infancia en el continente. Al igual que el caso “Villagrán Morales”, la OC 17 contribuye al proceso de dar visibilidad y centralidad a los derechos de la infancia como derechos humanos en la región. Falta todavía mucho camino por recorrer para poder dar el salto que nos lleve desde la centralidad y visibilidad a la vigencia efectiva.

<sup>145</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

**Condición jurídica y derechos humanos  
de la niñez y la adolescencia en el marco  
del sistema interamericano\***

**I. Presentación**

En primer lugar quiero saludarlos y agradecer a las instituciones organizadoras la oportunidad y el privilegio de integrar un panel con representantes destacados del sistema interamericano de protección de derechos humanos como la comisionada Susana VILLARÁN y el juez DE ROUX. Ellos ya han señalado algunas características relevantes de este histórico proceso de construcción colectiva que dio por resultado la Opinión Consultiva 17, proceso en el que en muchos momentos nos hemos encontrado y compartido dudas, certezas y, sobre todo, confianza en la capacidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos para mejorar la condición jurídica de la infancia en nuestro continente.

En segundo lugar me gustaría agradecer la generación de espacios que nos permiten continuar siendo parte de este proceso de construcción colectiva constituido en pos de la afirmación y plena vigencia de los derechos de los niños y las niñas en nuestra región.

Mi intervención cierra el panel para pasar luego al debate. En este sentido tiene una carga adicional en razón, por un lado, de que muchos problemas ya han sido planteados; por el otro, porque se me ha solicitado que introduzca algunas ten-

\* Intervención en el panel homónimo organizado por la OEA y UNICEF en la ciudad de Montevideo, el 8 de mayo de 2003.

siones y aspectos problemáticos que provoquen el intercambio y debate posteriores, que seguramente serán muy fructíferos.

En esa línea entonces estará orientada mi exposición, por lo que no voy a concentrarme en destacar la relevancia, centralidad e importancia de la Opinión Consultiva 17, sino que intentaré explorar algunas otras cuestiones vinculadas con ciertas tensiones y paradojas en la idea de contribuir mínimamente a ulteriores y más profundos análisis del tema.

## **II. La irrupción de los niños en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos a nivel regional y universal: la Convención sobre los Derechos del Niño, el caso "Villagrán Morales" y la Opinión Consultiva 17 en paralelo**

Este panel tiene una connotación iniciática en muchos sentidos. Es la primera vez que en nuestra región se discute de este modo la Opinión Consultiva 17, que por su parte es el primer pronunciamiento consultivo de la Corte Interamericana sobre un tema vinculado con los derechos de la infancia, los que han ingresado, gracias a estas y otras iniciativas, ya a la primera hoja de la agenda de los Derechos Humanos (con mayúsculas) en las Américas.

Indudablemente esto representa un importante avance cultural en la lucha por la plena vigencia de los derechos de los niños y niñas en la región y merece ser celebrado.

El proceso de construcción de la Opinión Consultiva 17 me recuerda aquella canción –que quizás muchos en la sala conocerán– llamada "Causas y azares", en el sentido de que, en mi experiencia y en la de otras personas en esta mesa, el proceso de producción de la Opinión Consultiva 17 –del mismo modo que el de la Convención del Niño, iniciado 20 años antes–, fue resultado de un complejo, misterioso y maravilloso proceso de articulaciones entre diferentes actores, instituciones, circunstancias, "causas y azares", que produjeron, en el año 1989, la Convención del Niño, y hace menos tiempo, bastante poco, la Opinión Consultiva 17. No quiero sugerir que fueron las mismas combinaciones de factores, sino que en ambos casos se

dieron circunstancias de muy diversa índole que se combinaron adecuadamente de modo de producir un feliz resultado.

Como se hace camino al andar, también como dice otro poeta, me parece importante hacer este señalamiento con la intención de que podamos hacer un ejercicio –breve, porque voy a honrar el tiempo, no sólo porque debo hacerlo, sino porque estoy compitiendo con la competencia más desleal posible, que es el deseo de comer de ustedes dada la hora–, de modo que tengamos luego tiempo para el debate. Este señalamiento se resume en comparar los procesos de construcción de la Convención del Niño y de la Opinión Consultiva 17.

Para hacerlo brevemente no puedo dejar de mencionar que también la Opinión Consultiva 17 tiene que ver –como en su momento la Convención del Niño en el sistema universal– con el ingreso al ámbito regional de este actor invisibilizado durante décadas en perspectiva de derechos humanos: el niño, la niña, la "infancia"; sin embargo, vale la pena aclarar que me refiero a su aparición en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, no en el sistema interamericano en general, ya que la OEA ha producido cuatro tratados<sup>1</sup> específicos vinculados con la infancia, pero que la abordan desde otra perspectiva, con otro enfoque, que no es del caso discutir en este momento.

Este ingreso, más bien irrupción de la infancia y de sus derechos entendidos como derechos humanos en el sistema regional, se produce como consecuencia de ciertas articulaciones, azares, voluntades, que se expresaron por primera vez en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>1</sup> La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada el 18 de marzo de 1994; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, aprobada el 24 de mayo de 1984; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada el 15 de julio de 1989, y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aprobada en la misma fecha.

en el caso contra el Estado de Guatemala, "Villagrán Morales y otros. Caso de los niños de la calle".

Las sentencias de este caso fueron dictadas hace muy poco tiempo, tres años atrás la sentencia de fondo y dos años atrás la de reparaciones. Recién entonces comenzamos concretamente a ver a este nuevo actor en el sistema interamericano. Como lo he señalado en otra oportunidad<sup>2</sup>, el caso "Villagrán Morales" pudo haber sido uno de los tantos casos característicos que llegaban hasta hace algunos años al sistema interamericano, ya que se trataba, en resumen, de apremios, torturas y ejecuciones extrajudiciales. Las víctimas fueron mayores y menores de 18 años y ninguna de ellas respondía fenomenológicamente a la idea de "niño de la calle"; sin embargo, se combinaron miradas (por ejemplo, considerar a esas víctimas como niños porque un tratado indicaba técnicamente que lo eran), voluntades, inteligencia, que produjeron este increíble proceso de construcción colectiva, parte de otro más amplio, que es la incorporación de la Convención del Niño al derecho interno de los países latinoamericanos. Estas articulaciones produjeron las sentencias que se comentan y permitieron concretamente el ingreso formal del tema de los derechos de la infancia como tales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego de dictada la sentencia de fondo en el caso "Villagrán Morales", se advirtió la necesidad de que esa misma Corte –quizá porque, en esa oportunidad, en algunos temas se había quedado a mitad de camino–, con el apoyo de la Comisión Interamericana, se pronunciara concretamente respecto de qué significó proteger a un niño en América Latina. Esto era considerado de la mayor importancia tanto para los países que ya

<sup>2</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso "Villagrán Morales y otros. Caso de los niños de la calle"*, en "¿Más Derecho?", Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2000/I, ps. 395-416; incluido también en este libro en una versión modificada como Capítulo III.

habían incorporado en sus leyes los más modernos estándares de derechos humanos, cuanto y muy especialmente, para aquellos que aún no lo habían hecho, como los países del Cono Sur y México.

Para cerrar esta primera reflexión dirigida a comparar el proceso de producción de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño con el proceso de producción de la Opinión Consultiva 17 –me permito decirlo ahora con menos temor del que tenía cuando se me ocurrió decirlo, pues el propio juez DE ROUX hizo mención a una idea desarrollada por Antonio Carlos GOMES DA COSTA como "paradigma de la ambigüedad", que yo expresaría como "quiero, pero no puedo", o "no quiero, pero hago de cuenta que quiero"–, querría señalar que si uno analiza el proceso de discusión y elaboración de la Convención del Niño, y de alguna manera y en la misma línea, lee la Opinión Consultiva 17, es posible ubicar tanto a algunas partes del tratado como a algunos párrafos de la Opinión Consultiva 17 dentro de ese "paradigma".

### III. La ambigüedad como obstáculo al mejor derecho y al cambio social

El análisis propuesto nos conduce a pensar en cómo el Derecho –en sentido amplio, las leyes, los Códigos, las sentencias de los tribunales, las resoluciones de un órgano como la Comisión, las opiniones consultivas de la Corte–, aun ambiguo a veces, puede o no influir para producir un cambio social. Me parece que éste es el corazón y ésta es la tensión que tenemos que resolver en América Latina y por la que venimos trabajando, sobre todo en un continente que estuvo al margen de la legalidad durante décadas, en el que todavía advertimos posiciones de desprecio o subestimación de la legalidad, en particular en el tema de la infancia, desprecio o subestimación que todavía hoy significan sufrimientos reales en vidas concretas de muchas personas, de muchos niños.

Entonces, pues, en esta inteligencia y en este ejercicio de

comparación de la Convención Internacional y la Opinión Consultiva 17, ¿qué lectura posible resuelve la tensión entre derecho y cambio social?, ¿con qué claridad?, ¿con qué alcances?

Alguien podría hacer una lectura de la Opinión Consultiva 17 –como con la Convención del Niño, algo que de hecho se escucha y practica todos los días, por ejemplo con el tema del interés superior del niño– que reconozca que ella agrega algunos elementos, genera un avance, lento, medido, propio de las circunstancias del desarrollo histórico de los modelos culturales que tenemos en América Latina; pero que, por otro lado, no resuelve a fondo determinadas tensiones (todos comentarios que también se podrían haber hecho cuando se aprobó la Convención del Niño). Más aún, la Opinión Consultiva 17, al igual que la CDN, podría ser leída desde la cultura anterior, desde la cultura tutelar. Estos son los problemas que genera el derecho cuando opera dentro del “paradigma de la ambigüedad”.

No hay duda alguna. Es perfectamente posible leer la Convención del Niño en clave tutelar y muchos funcionarios de la región lo han hecho (sirvan como ejemplos muchos informes nacionales al Comité de Ginebra). Lo permiten las ambigüedades, las lagunas, las indefiniciones. Precisamente por eso es necesario desarrollar imaginativos, inteligentes y creativos ejercicios de interpretación y aplicación de estas normas internacionales en América Latina. En la misma línea, uno puede preguntarse, por esa “ambigüedad” que ha sido reconocida en la OC 17 por este mismo panel, a partir de ahora, con la OC 17, ¿es posible continuar con las prácticas tutelares? ¿Es posible seguir diciendo que, como regla, para proteger a un niño el Estado puede –y debe– intervenir coactivamente, a través del organismo judicial? ¿Están estos temas medulares claramente resueltos en la Opinión Consultiva?

No lo están y no podrían estarlo porque, como se señaló al comienzo –tal como ocurre, en mi opinión, con la Convención del Niño–, la Opinión Consultiva es producto de un largo proceso de construcciones colectivas, de un largo proceso cultural; de modo que no podría constituir o representar una ruptura

clara, un corte radical, ya que es expresión de movimientos, de procesos históricos que se están desarrollando. Me parece importante estar advertidos de esta situación, porque de otro modo podemos a veces no estar suficientemente alertas respecto de este tipo de interpretaciones –tutelares–, como en el caso del “interés superior del niño”, categoría que se origina en la cultura jurídica anglo-sajona y es re-significada muchas veces en nuestra región para continuar con las prácticas discrecionales características de la cultura tutelar.

Hecha entonces esta aclaración, me gustaría brevemente trabajar con las fortalezas y debilidades de la Opinión Consultiva 17.

#### IV. Fortalezas y debilidades de la Opinión Consultiva 17

En relación con sus fortalezas, creo que ya todas fueron puestas de manifiesto por los otros panelistas, razón por la cual me parece innecesario insistir sobre ellas. Para resumirlas, diría que su importancia radica, al igual que en el caso “Villagrán Morales”, en otorgarle visibilidad a los derechos de la infancia como derechos humanos en la región. Esa es a mi juicio su principal fortaleza ya que a partir de estas decisiones trascendentales en el sistema interamericano nadie más puede ignorar a los niños ni a sus derechos. Reitero que se ha recorrido un largo camino, que otras instituciones del sistema se han venido ocupando durante décadas de los niños; en particular se impone recordar el histórico trabajo del Instituto Interamericano del Niño, con sede en esta ciudad, pero como ya sostuve, esta labor, de alguna manera, respondía a otras perspectivas y, ya dentro de las nuevas concepciones en las que enmarca actualmente sus actividades, las desarrolla eficazmente hoy con otras herramientas y metodologías, diferentes de las del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Permítanme leerles una cita muy breve que se refiere a la antropología pero que se puede aplicar a la Opinión Consultiva 17: “Uno de los beneficios psicológicos marginales de [la investigación antropológica en la cita textual; de la Opinión Con-

sultiva agregaría yo], al menos yo lo veo como beneficio, es que te enseña qué se siente al ser considerado un imbécil y ser tratado como un objeto, y cómo soportarlo”<sup>3</sup>. Agregaría además que la Opinión Consultiva 17 brinda claves respecto de cómo cambiar esta situación, lo que según GEERTZ –autor de la cita– no enseña la antropología. Hay ahora algunas herramientas (la Opinión Consultiva 17, el Caso “Villagrán Morales”, etc.) que nosotros debemos desarrollar y expandir, para tornar insoponible la cultura tutelar y el paternalismo injustificado.

En cuanto a las debilidades –que de alguna manera han sido sugeridas indirectamente con lo que he venido diciendo en esta presentación–, éstas pueden resumirse en la ya mencionada “ambigüedad”. A mí me hubiera gustado –lo que era casi imposible por las razones que el juez DE ROUX explicó y por el proceso histórico descrito–, que, por ejemplo, la Opinión Consultiva 17 fuera más clara y más directa, en el sentido de indicar cuándo el “paternalismo/maternalismo” hacia la infancia está justificado en América Latina. El tema está sugerido en la Opinión Consultiva 17 pero no está resuelto. Esto entonces requiere de nosotros un trabajo adicional, no obstante agradecemos a los jueces de la Corte que dejen la pelota ahora en nuestro terreno. Antes no existía a nivel del sistema interamericano ni siquiera el problema, la pregunta; ahora se admite como problema, pero no sabemos la solución. ¿Cuál es el paternalismo estatal que tiene que/debe existir? Estamos todos de acuerdo en que el mundo adulto (estado, comunidad, familia) es responsable por la protección de la infancia y de sus derechos, pero ¿con qué límites y con qué alcance? El tema no está cerrado.

## V. Conclusiones

Esta nueva etapa requiere, para ir terminando, la realización de un ejercicio que yo llamaría ejercicio de integración de

<sup>3</sup> GEERTZ, Clifford, *El pensar en cuanto acto moral*, en *Los usos de la diversidad*, Ed. Alianza, Madrid, 1996, p. 50.

tratados regionales, de tratados universales, requiere un uso del sistema interamericano de una manera que hasta ahora nunca había sido explorada. Esto en mi opinión, en esta etapa, quizá no tenga tanto que ver con la creación de un nuevo tratado específico en materia de infancia en la región sino más bien con el uso inteligente y creativo de las herramientas que tenemos.

Me gustaría sugerir la siguiente idea. Todos coinciden en que el núcleo del sistema lo constituyen las peticiones individuales; pero quizá con este nuevo actor, la infancia, descubramos otros núcleos relevantes. Hace tiempo que venimos insistiendo con esto. Quizás en el tema del uso del sistema interamericano de derechos humanos para la promoción y plena vigencia de los derechos humanos de niños y niñas se deba prestar atención a otras herramientas, como las medidas cautelares, ya que cuando de niños se trata, el tiempo tiene una dimensión muy particular que no es posible desarrollar aquí pero que es fácilmente advertida por todos. En relación con los niños el tiempo tiene una connotación mucho más específica; y ciertamente el sistema interamericano tiene sus tiempos, que no son breves, aunque tratamos que cada vez lo sean más. El mecanismo de peticiones individuales tiene una riqueza indudable y ha sido muy desarrollado y explorado; pero no hemos sido todavía capaces de desarrollar los alcances y las potencialidades del mecanismo de medidas cautelares, en particular en relación con los derechos de niños y niñas, que hasta ahora tampoco estaban muy presentes en el sistema interamericano, como ya hemos visto.

Y este es el ejercicio, la oportunidad que la Opinión Consultiva 17 nos presenta para desarrollar lo que yo llamo una hermenéutica emancipadora<sup>4</sup> de los derechos de la infancia, que

<sup>4</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, incluido también como Capítulo I de este libro.

como también vimos requiere de las herramientas del sistema universal, por excelencia la Convención del Niño, y la realización de este ejercicio de integración de tratados y derechos.

Ahora tenemos las herramientas. Es nuestro trabajo, el de los operadores políticos, funcionarios gubernamentales, juristas, académicos, activistas de derechos humanos, desarrollar esa hermenéutica inteligente y creativa que no nos lleve para atrás sino para adelante. Ejemplos de lo que tenemos por delante son dos temas importantes como la interpretación y uso de la categoría problemática de interés superior del niño y, especialmente, de qué se tratan las medidas especiales de protección previstas por el artículo 19 de la Convención Americana. Éstas, ¿son medidas de acción afirmativa?, ¿qué contenido tienen o pueden tener?, ¿se trata de la misma acción afirmativa que existe respecto de otras minorías?, porque niños siempre va a haber, pero se supone que las mujeres y otras minorías algún día van a alcanzar la situación de igualdad que autorizó alguna vez al desarrollo e implementación de medidas de acción afirmativa. Con los niños existen estas tensiones conceptuales y políticas que no aparecen con otras minorías o grupos históricamente desaventajados. Se puede de este modo comenzar a explorar todos estos nuevos elementos, relaciones, matices.

Finalmente, y sobre esto sí quiero ser muy clara antes de concluir, si la Opinión Consultiva 17 tenía que ver con la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana y con darle contenido a las medidas especiales de protección, ¿qué significa introducir en este tema la justicia juvenil?, ¿de qué nos están hablando los jueces en ese punto?, ¿será que la justicia especializada es una medida de protección especial que integra el art. 19 de la Convención Americana?, ¿el tema de la justicia juvenil debió haber sido incluido en esta Opinión Consultiva 17 o en otra? Es justo reconocer que esta confusión fue introducida originalmente por el pedido de la Comisión a la Corte.

Por cierto en el tema de estándares en materia de justicia juvenil la Corte sí es bastante precisa; pero a fin de desarrollar la interpretación que propongo, una hermenéutica que no nos lle-

ve para atrás sino que nos impulse hacia delante, se me ocurre que no es posible leer la opinión consultiva en la línea de volver a confundir aspectos penales y aspectos de protección, porque de ese modo volveríamos al punto de partida. Quizá se pueda entender la inclusión del tema de la justicia juvenil en la Opinión Consultiva 17, a partir de un pedido por momentos confuso por parte de la Comisión, como desarrollo del trato singular que la infancia tiene que tener en relación con todos los otros sujetos; en otras palabras, que si un niño o niña comete un delito sea sometido a un sistema especial de justicia, sin que esto signifique que es posible reunir en la misma discusión, con la misma legalidad e institucionalidad, las cuestiones que tienen que ver con las obligaciones positivas del Estado respecto de niños privados de sus derechos económicos, sociales y culturales, con aquellos límites que el Estado debe observar cuando interviene frente a un niño al que se le imputa o encuentra responsable de haber cometido una infracción penal.

Finalmente, en este sentido, me parece que la Opinión Consultiva 17 es, como la Convención del Niño –insisto en esta comparación–, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, producto de procesos maravillosos que no se ven en otras latitudes. La Opinión Consultiva es el piso, igual que la Convención del Niño; la Opinión Consultiva es la herramienta. Nosotros, sobre todo en países como los del Cono Sur, que aún no han producido sus procesos de reformas legales e institucionales, tenemos ahora una experiencia acumulada riquísima en el resto de los países de América Latina para reformar las leyes y las instituciones, pero tenemos además estos instrumentos internacionales y, recién nacida, la Opinión Consultiva 17, para construir a partir de allí.

¿Cómo hacemos para construir?, ¿cómo hacemos para cambiar?, ¿qué tenemos que cambiar? Parece que en el Cono Sur tenemos que cambiar las leyes, tenemos que cambiar las instituciones, tenemos que cambiar las prácticas para que finalmente, en algún momento, la cultura tutelar quede definitivamente en el recuerdo y en los museos, y pueda nacer una

nueva cultura. A esta nueva cultura no debemos “ontologizarla” con nombres casi sagrados; sino que simplemente debemos contribuir a que sea una cultura respetuosa de los derechos de la infancia, cultura a la que todavía le cuesta nacer y que, sobre todo en el Cono Sur; requiere imaginación, requiere talento, requiere creatividad y rigurosidad. Estimo importante que estemos advertidos de estas tensiones, de estas ambigüedades que pretendí brevemente señalar, para no caer en los viejos errores, para no ir marcha atrás y para aprovechar el nuevo contexto que tenemos, en el cual la Opinión Consultiva 17 es muy importante, para seguir construyendo todos colectivamente esto que es, simplemente, un seguir andando.