

## CAPÍTULO SEXTO

### PRINCIPIOS Y CRITERIOS QUE PREVALECE EN ESTA MATERIA

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

#### I. INTERÉS SUPERIOR

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

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

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

trata del principio garantizador por excelencia, regla sustantiva proyectada sobre todos los extremos de la cuestión: la tarea legislativa, el desempeño jurisdiccional, la aplicación administrativa, las políticas públicas.<sup>89</sup> Aparece con frecuencia en los documentos concernientes al menor. Así, en la Declaración de los Derechos Humanos del Niño, de 1959, a título de consideración fundamental para la protección especial y la dotación de oportunidades y servicios, y asociado al desarrollo integral del menor, que abajo examinaré.<sup>90</sup> En la misma Declaración se le concibe como principio rector de la responsabilidad de los encargados de educar y orientar al niño.<sup>91</sup>

En la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, se le invoca con gran frecuencia.<sup>92</sup> Este tratado ampara la consideración primordial del principio en las “...medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” (artículo 3.1). Lo menciona

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

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

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

<sup>92</sup> Por lo menos ocho veces, en los artículos 3.1, 9.1, 9.3, 18.1, 20.1, 21.1, 37.c, y 40.2 b.III. A partir de esta Convención —señala Villanueva Castilleja— “...el interés individual minoril se reafirma como interés superior del niño”. Véase, *Los menores infractores...*, *cit.*, nota 27, p. 36. Se trata —dice Carbonell— de “una especie de cláusula de prevalencia”, que prefiere el interés del niño sobre los demás intereses de edad”. *Cfr.* “Constitución y menores de edad”, en Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 16.

como preocupación fundamental de los padres a los fines de la crianza y el desarrollo del niño (artículo 18.1). Lo destaca en el régimen de la adopción (artículo 21).<sup>93</sup> En suma, el Comité de los Derechos del Niño lo aprecia como principio “rector-guía” de la Convención de 1989.

Con las mismas o semejantes expresiones —que es posible interpretar dentro del “espíritu” de este principio— hay referencias en otros ordenamientos, que destacan para la atención de las conductas contraventoras de la ley penal; por ejemplo, las Reglas de Beijing.<sup>94</sup>

Desde luego, la idea de un “interés superior del niño” suscita cuestiones importantes y delicadas. Ante todo, ¿en qué consiste ese interés?, ¿quién lo pondera?, ¿cómo repercute sobre los derechos fundamentales reconocidos? En un interesante ensayo de caracterización, Miguel Cillero Bruñol señala que el interés superior del niño significa “...nada más pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos”. Bajo este concepto, el principio orienta la solución de los conflictos de derechos.<sup>95</sup> Por otro lado, agreguemos, es claro que el interés superior del niño no se aprecia, pondera o actualiza desde el niño mismo —como pudiera suceder con respecto a otras categorías de sujetos, en sus casos respectivos—, sino desde fuera: el sujeto responsable del

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

<sup>94</sup> “El procedimiento favorecerá los intereses del menor...” (regla 14.1). “En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor” (regla 17.1, d).

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

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

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

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

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

<sup>97</sup> *Ibidem*, párr. 61.

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

## II. DESARROLLO Y PROTECCIÓN INTEGRALES

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

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

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

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

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

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

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

<sup>99</sup> Beloff advierte: “no sabemos qué significa ‘protección integral’, ni siquiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha podido definir a la fecha”. Indica que esa noción ha sido tomada a partir de los años noventa para evidenciar el contraste con el modelo legislativo anterior, denominado (aun por mí misma) también con algo de ligereza, de ‘situación irregular’. Estas categorías fueron trasladadas, a los fines explicativos, del contexto brasileño al resto del continente pero, en rigor, tal desplazamiento es susceptible de varias críticas...”. Véase “Quince años de vigencia...”, *La aplicación de los tratados...*, *cit.*, nota 4, p. 272 y núm. 59.

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

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

### III. TITULARIDAD DE DERECHOS

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

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

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

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

#### IV. ESPECIFICIDAD

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>115</sup> *Ibidem*, párr. 46.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>125</sup> Caso Villagrán Morales y otros (Guatemala), *cit.*, nota 100, párr. 196 (entre las medidas especiales que derivan del artículo 19 “...merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”); caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri (Perú), sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 164 (“...el concepto ‘medidas de protección’ puede ser interpretado tomando en cuenta otras disposiciones” del derecho internacional de los derechos humanos concernientes a menores de edad); caso de la Masacre de Mapiripán (Colombia), *cit.*, nota 122, párr. 153 (en el mismo sentido que la sentencia anterior: remite a la Convención sobre los Derechos del Niño y al Protocolo II de los Convenios de Ginebra); caso de las Masacres de Ituango (Colombia), sentencia del 1o. de julio de 2006, párrs. 244 y 246 (se refiere a la vulnerabilidad especial de los menores en una situación de conflicto armado interno).

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>136</sup> *Ibidem*, párr. 96.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>147</sup> *Ibidem*, párr. 120.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por mi parte, he sostenido la posibilidad —y acaso la necesidad— de una tercera posición, síntesis entre los extremos en disputa. Para ello destaco, por una parte, que la orientación tutelar “tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere”, y por la otra, que la orientación garantista “tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías”. Si esto es así, no existe verdadera contraposición entre ambas corrientes: “La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro”.<sup>171</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>174</sup> “Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo supervisión del mismo”. *Ibidem*, párr. 117.

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

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

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

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

<sup>177</sup> *Ibidem*, párr. 113.

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

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

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

## V. FUNCIÓN DE LA FAMILIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## VI. GARANTÍA

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

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

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

<sup>189</sup> *Ibidem*, párr. 103.



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

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

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

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

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

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

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

## VII. INTERPRETACIÓN

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

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

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

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

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

<sup>194</sup> Nada de lo dispuesto en la Convención “afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño” y que se hallen en el derecho interno o en el derecho internacional vigente para el Estado parte (artículo 41).

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