

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIÓN GENERAL

Examinaré las normas de protección de los derechos humanos de los individuos¹ pertenecientes a un sector de la población numeroso y vulnerable: los menores de dieciocho años, o bien, si se prefiere, los niños y los adolescentes en los países americanos,² a la luz del derecho interamericano de los derechos humanos, vertiente regional del derecho internacional de esta materia, que constituye, hoy día, una normativa creciente y cada vez más imperiosa,³ acogida en los

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

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

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

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

Estamos en un campo en construcción o en reconstrucción, tanto o más que las restantes áreas de derechos humanos. La expansión es constante, y los pasos deben ser conducentes al fin procurado: correr la frontera, a sabiendas de que hay tensiones (exitosas) de signo contrario. Con razón se ha referido Luigi Ferrajoli a “la refundación... de un derecho de la infancia basado en la garantía de sus derechos”.⁵ Otro tanto se puede decir, en mayor o menor proporción, de la refundación general del orden jurídico a partir de los derechos humanos, o bien, de la revisión integral de ese orden con perspectiva de derechos humanos.

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

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

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

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

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

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

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

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

esto corre apaciblemente, ni las costumbres ceden con facilidad. Existe, pues, una ardua lucha por el derecho y los derechos, también en este espacio particular.

Ha habido, desde luego, innovaciones de gran calado en el curso de las últimas décadas. En rigor, la renovación del derecho aplicable a los menores de edad —en muchos frentes; entre ellos el frente de la justicia penal o parapenal, a la que aquí dedicaré atención especial— es cosa de un siglo largo y activo. Digamos que el santo y seña general de ese siglo renovador ha sido la restitución —o mejor dicho: la primera entrega— de derechos a los menores, bajo criterio de juridicidad, sin perder de vista las exigencias especiales que plantea esa etapa del desarrollo del ser humano, bajo criterio de especificidad, extremos sobre los que luego volveré.

Sin embargo, los hechos resisten a las normas: se rebelan contra los códigos, para emplear la antigua expresión elocuente. El propio Ferrajoli advierte que “...el problema más serio que se presenta hoy en materia de derecho de la infancia es el de la efectividad de las leyes aprobadas”.⁷ Una notable tratadista argentina, Mary Beloff, observa las contradicciones entre la esperanza cifrada en los cambios legales y la realidad estricta: “...la confianza en que las modificaciones legales, por su mera ocurrencia, iban a transformar la condición material de la infancia fue excesiva”;⁸ el “...desafío sigue siendo cómo traducir derechos en hechos”.⁹

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

⁷ *Ibidem*, p. XIV.

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

⁹ *Ibidem*, p. 295.

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

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

Ahora bien, nada de esto significa, en modo alguno, que no haya avances en este territorio, así sean insuficientes y se hallen en constante riesgo, como todo el régimen de los derechos humanos. Es preciso reconocerlos, para no negar o desalentar el esfuerzo de quienes los han alcanzado, sin que esto signifique desconocer los errores y las carencias ni desvanecer la exigencia de nuevos desarrollos. Hay que afianzar, en suma, los espacios conquistados, que ciertamente no corresponden a las pretensiones cifradas en los grandes proyectos destinados a trazar el futuro deseable, como lo fue el Plan de Acción de 1990,¹² que debemos cotejar permanentemente con los datos de la realidad.

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

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

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

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

Insistamos, por supuesto, en que la justicia penal, tan “generosamente” aplicada a niños y adolescentes, no puede colmar las lagunas de la justicia social. Sobre este último punto, vale la pena destacar la tendencia —en ocasiones moderada; en otras, desbordante— a poner sobre los hombros de los menores la culpa de la delincuencia agresiva y desmesurada. Con ello se ha generado otra figura del “enemigo” en derecho penal —o parapenal—, que permite al Estado de policía reaparecer periódicamente desde el abismo al que lo ha querido arrojar el Estado de derecho, nuestra garantía contemporánea, que “...no admite la legitimación de ninguna excepción”.¹⁴

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

¹³ Declaración Mundial..., *cit.*, nota 12, punto 20.10.

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

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

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

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

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

las cuestiones electorales. Al respecto, alecciona Alessandro Barratta: “La democracia es una ocasión favorable para reforzar los derechos de los niños y los derechos de los niños son o pueden ser una ocasión favorable para reforzar la democracia”.¹⁷

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

¹⁷ “Infancia y democracia”, *Infancia, ley y democracia...*, *cit.*, nota 5, p. 41.