

CAPÍTULO CUARTO

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

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

En lo que atañe a los niños y a los adolescentes, las Constituciones los reconocen como titulares de los derechos que esos ordenamientos supremos proclaman —concernientes a los individuos en general, sin discriminación—, y algunas contienen, asimismo, mandamientos específicos de protección.⁴⁵ Corresponden éstos a la categoría de los derechos que “deben ser garantizados como fundamentales” —señala Ferrajoli—, a la luz de “criterios axiológicos sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo, tanto estatal como internacional”. En este sector aparecen las “leyes del más débil”.⁴⁶

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

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

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

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

En el plano mundial, donde tienen presencia diversos órganos vinculados a la protección general de niños y adolescentes o a la tutela de éstos en subsistemas específicos,⁴⁷ rige la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 1989. Suscrita por casi todos los Estados de la comunidad internacional —con dos salvedades—,⁴⁸ ha significado un parteaguas, punto de arribo para los trabajos del pasado y de partida para los afanes del futuro, en la historia del reconocimiento internacional de los derechos de los menores de edad, con fuerte proyección nacional. Propicia una “...reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos del nuevo pacto”.⁴⁹ Instituye un Comité de Derechos del Niño, instancia de supervisión.⁵⁰ La Convención a la que ahora me refiero alude a los

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

⁴⁸ Estados Unidos de América y Somalia.

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

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

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

En lo que toca a infracciones penales, el artículo 40 de la Convención de 1989 estatuye que “...los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”, y en particular se establecerá una edad por debajo de la cual se presume la incapacidad del sujeto de infringir la ley penal (que no deberá ser “demasiado temprana”: regla 4.1 de Beijing), así como medidas para “...asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.⁵²

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

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

⁵¹ El artículo 2.1 señala que “...los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción”. El artículo 4o. previene que “...los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”; la atención a los derechos económicos, sociales y culturales —sujeta a la acostumbrada regla de progresividad— obliga “hasta el máximo de los recursos de que dispongan” los Estados.

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

tratado,⁵³ limitaciones a derechos arraigadas en conceptos tradicionales; débil exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; insuficiente mecanismo de control frente a la actuación de los Estados;⁵⁴ ausencia de temas polémicos y adopción de estándares imprecisos. Entre otros puntos cuestionables, menciona que la Convención fue “...plantada como techo (de los derechos de los niños), y no como piso”; que ocupó “...la centralidad del debate en torno de la protección de la infancia” y que “...lleva lo políticamente correcto a extremos paradigmáticos”.⁵⁵

En lo que corresponde al continente americano, reconocemos que hay ámbitos pendientes de ordenamientos regionales que enriquezcan, con datos específicos, el *corpus juris* de los derechos humanos. Tienen que ver —o tendrían que ver, mejor dicho— con ciertos temas y determinados grupos humanos, a los que se han referido, en mayor o menor medida, los organismos de protección regional: así, indígenas, migrantes, debido proceso, identidad, bioética y menores de edad. Habría que avanzar en la precisión de los derechos del “niño americano” o del “niño en las

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

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

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

Américas”, con todos los problemas que ello entraña, pero también con todas las ventajas que este tratamiento especial pudiera traer consigo.

La existencia de normas mundiales —si las hay— no excluye la emisión de disposiciones regionales, como se advirtió al tiempo de elaborar el proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, posterior a los Pactos Internacionales de Naciones Unidas.⁵⁶ No sobra recordar que en el marco del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria se ha pronunciado sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño (1979 y 1990) y que existe un Convenio sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, de 1996, que favorece el acceso a la justicia. Y en el marco de la Unión Europea cabe mencionar la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 1992.

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

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

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

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

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

La normativa interamericana relevante para nuestro tema en el ámbito de los derechos humanos —dejo de lado, pues, otras materias que interesan, desde perspectivas diferentes, a los menores de edad—, abarca tanto las disposiciones de observancia general, es decir, las que consagran los “derechos de todos”, inclusive menores de edad, y las normas relacionadas explícitamente con derechos de estos sujetos. Esa normativa inicia en el artículo VII de la Declaración Americana de 1948, que se refiere, bajo el epígrafe de los derechos concernientes a la maternidad y a la infancia, al derecho de todo niño a “...protección, cuidados y ayuda especiales”.⁵⁹

En el *corpus juris* regional de los derechos humanos, el tema que ahora examinamos figura tanto en la Convención Americana, de la que deriva la jurisprudencia de la Corte IDH, como en el Protocolo de San Salvador, en torno a derechos económicos, sociales y culturales. En el Pacto de San José, la materia se aloja en un precepto específico, el artículo 19, concentrado en los “Derechos del Niño”, y en varias disposiciones que aluden a la situación y los derechos de los menores de edad, a propósito de otras cuestiones de mayor alcance objetivo o subjetivo: pena de muerte (artículo 4.5), integridad personal, o mejor aún, proceso y tratamiento (artículo 5o.) y libertad de expresión (artículo 13).

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

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

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

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

En el proyecto que generó la Convención suscrita en 1969 en San José, el artículo 18 —que al cabo de las deliberaciones sería 19— contaba con dos incisos, evidentemente inspirados en el Pacto Internacional de Naciones Unidas: el inciso a) se convertiría en artículo 19, y el b), sobre derecho a la nacionalidad, se trasladaría al 20.2, ya no como derecho del niño, sino de cualquier persona.⁶¹

La deliberación fue breve. La Comisión I conoció el proyecto, en sesión del 14 de noviembre de 1969, en la que sólo hubo una sugerencia de cambio; en efecto, el delegado de Uruguay propuso un giro diferente para el precepto cuyo proyecto se consultaba: “La maternidad, la niñez, la invalidez y la vejez tienen derecho a una protección social adecuada”.⁶² El delegado de Brasil sugirió la consideración de estos temas al examinar los derechos económicos y sociales. Así se acordó, sin mayor debate.⁶³

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

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

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

⁶³ *Ibidem*, p. 232.

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

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

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

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

do— de conflictos entre el poder público y el menor que pudieran interesar a los derechos económicos, sociales y culturales, en situaciones analizadas bajo otras disposiciones de la Convención Americana, en concordancia —para reconocer la especificidad del caso— con el artículo 19. Existe, pues, un medio para reforzar la protección del menor, pese a la exclusión de justiciabilidad con respecto al artículo 16 del Protocolo de San Salvador.⁶⁶

Ya mencioné que la Convención Americana contiene igualmente algunas alusiones relevantes a la situación de los menores, incluidas en preceptos de tema general. Tal es el caso, según el orden de aparición en la escena, del artículo 4.5, que proscribe la imposición de la pena de muerte en determinadas hipótesis asociadas con la edad;⁶⁷ el artículo 5.5, que examina, bajo el rubro de “Derecho a la integridad personal”, una materia que debió quedar alojada en otro lugar de la Convención: características del enjuiciamiento de los menores procesables,⁶⁸ y 13.4: censura de espectáculos “para la protección moral de la infancia”.⁶⁹

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

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

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

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

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

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