

CAPÍTULO SEGUNDO

CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

En el abordaje de nuestro tema acudo, naturalmente, a un concepto central, sobre el que gira la presente exposición: derechos humanos. Conviene despejar el sentido de las palabras. Al referirme a derechos humanos no pretendo entrar en el deslinde entre aquéllos y los derechos fundamentales, derechos básicos, libertades, prerrogativas. Me refiero, lisa y llanamente, a los derechos de los que son titulares los niños y adolescentes bajo una doble condición: su calidad inamovible de seres humanos, sin otra investidura, y su condición transitoria de menores de edad, sujeta al paso de los años. Esos derechos —que en tal sentido pueden ser concebidos como humanos, fundamentales, básicos, esenciales, aunque en otros sentidos existan fronteras entre esas voces— son el baluarte de la dignidad humana, la garantía de vida y calidad de vida, libertad y desarrollo de potencialidades, justicia y despliegue personal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sito de evitar que la exposición de fondo naufrague en cuestiones terminológicas, que pudieran convertirse en banderas para identificar corrientes en pugna y alejar la hora de los consensos —por supuesto, no para retroceder, sino para avanzar— que necesitamos en esta materia, hasta donde sea posible alcanzarlos. En fin, ¿hablaremos de niños, niñas²³ y adolescentes?, ¿sólo de adolescentes, en el ámbito del conflicto con la ley penal? ¿Lo haremos de menores de edad, o más concisamente, de menores? Evidentemente, debemos identificar y designar al grupo humano sobre el que ahora trabajamos, así como a sus integrantes. Por lo pronto, diré que en este trabajo utilizo indistintamente las expresiones menores de edad y niños, niñas y adolescentes.

Ya dije que los derechos de los integrantes de aquel grupo atienden a la irrevocable y universal condición humana, pero también a un dato específico que introduce exigencias características: son seres humanos que aún no han alcanzado cierta edad, a la que se reconoce determinada relevancia para efectos jurídicos. Hay otros grupos en semejante —pero no idéntica— situación, es decir, con derechos universales y derechos específicos: mujeres, ancianos, discapacitados, indígenas. Y no se diga que todos estos agrupamientos se erigen a partir de elementos que disminuyen o desvalorizan.

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

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

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

alude a “menores”; en América Latina se prefiere emplear los términos “niños”, “niñas” y “adolescentes”. Aquí se piensa que el término “menores” pudiera ser “...peyorativo, pero ésta no es una postura mayoritariamente compartida en toda la región”.²⁵ En México, por ejemplo, se adoptó la expresión “menores infractores” en la propia Constitución política²⁶ (además del curso amplio de la voz “menores” en otros campos), situación modificada por la reforma de 2005 al artículo 18 constitucional.²⁷

²⁵ *Idem.*

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

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

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

En las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, sobre las que volveré, se alude tanto a niño como a menor. Dice la regla 2.2 de Beijing que “...menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto”.

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

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

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

³⁰ “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1o.). Previamente a este instrumento, tómanse en cuenta, por lo que hace al sistema de Naciones Unidas: Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, y Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños..., del 3 de diciembre de 1986.

nientes a los sujetos que designan: en efecto —dice el Instituto Interamericano del Niño— “...la llamada doctrina de la situación irregular considera que son ‘niños’ quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y ‘menores’, quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas”.³¹ Bajo la doctrina de la situación irregular —escribe García Méndez— la infancia se define a partir de la protección, y no ésta, como debe ser, a partir de la infancia. Generalmente se ha entendido que el deber de protección corresponde a los adultos, si se trata de niños, y al Estado, si se trata de menores.

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

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

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

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

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

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

Es preciso puntualizar que una respetable corriente, que aborda estos temas bajo el rubro de delincuencia de adolescentes, responsabilidad penal de éstos o derecho penal aplicable a dichos sujetos, no soslaya, sino admite, el empleo de aquellos conceptos. Por su parte, las Directrices de Riad, que constituyen un documento destacado en la normativa —los estándares contemporáneos— de la materia, ponen en guardia frente al empleo de expresiones que pudieran prohijar comportamientos negativos.³⁴ He aquí, una vez más, la preocupación por el peso de las palabras en el marco de ciertas circunstancias.

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

³³ *Ibidem*, párr. 40.

³⁴ “La política y las medidas (de prevención de la delincuencia) deberán incluir: ... f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable” (I.5.f).

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

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