

**Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"\* (Capítulo IV del libro de Beloff, Mary, Los derechos del niño en el sistema interamericano, Buenos Aires, del Puerto, 2004).**

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

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

“¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden usarla? Sin las condiciones adecuadas para el uso de la libertad, ¿cuál es el valor de ésta? Lo primero es lo primero. (...) A mí me parece que lo que preocupa a la conciencia de los liberales occidentales no es que crean que la libertad que buscan los hombres sea diferente en función de las condiciones sociales y económicas que éstos tengan, sino que la minoría que la tiene la haya conseguido explotando a la gran mayoría que no la tiene o, por lo menos, despreocupándose de ella. Creen, con razón, que si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos aún deben disfrutarla a expensas de otros. Igualdad de libertad, no tratar a los demás como yo no quisiera que ellos me trataran a mí, resarcimiento de mi deuda a los únicos que han hecho posible mi libertad, mi prosperidad y mi cultura; justicia en su sentido más simple y más universal: éstos son los fundamentos de la moral liberal. La libertad no es el único fin del hombre. (...) yo puedo decir que si otros han de estar privados de ella (...) entonces no la quiero para mí (...). Pero con una confusión de términos no se gana nada. Yo estoy dispuesto a sacrificar parte de mi libertad, o toda ella, para evitar que brille la desigualdad o que se extienda la miseria. Yo puedo hacer esto de buena gana y libremente, pero téngase en cuenta que al hacerlo es libertad lo que estoy cediendo, en aras de la justicia, la igualdad, o el amor a mis semejantes. Debo sentirme culpable, y con razón, si en determinadas circunstancias no estoy dispuesto a hacer este sacrificio. Pero un sacrificio no es ningún aumento de aquello que se sacrifica (es decir, la libertad), por muy grande que sea su necesidad moral o su compensación. Cada cosa es lo que es: la libertad es libertad, y no igualdad, honradez, justicia, cultura, felicidad humana o conciencia tranquila. Si mi libertad, o la de mi clase o nación, depende de la miseria de un gran número

de otros seres humanos, el sistema que promueve esto es injusto e inmoral. Pero si yo reduzco o pierdo mi libertad con el fin de aminorar la vergüenza de tal desigualdad, y con ello no aumento materialmente la libertad individual de otros, se produce de manera absoluta una pérdida de libertad. Puede que ésta se compense con que se gane justicia, felicidad o paz, pero esa pérdida queda, y es una confusión de valores decir que, aunque vaya por la borda mi libertad individual ‘liberal’ aumenta otra clase de libertad: la libertad ‘social’ o ‘económica’”.

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

## I. Introducción

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup> emitió –en ejercicio de su función consultiva prevista por el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>2</sup>–, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>, la Opinión Consultiva 17<sup>4</sup> a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”<sup>5</sup>.

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

“Es éste, a mi juicio, el *leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección’ (párr. 28)”<sup>6</sup>.

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

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

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

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

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

El 30 de marzo de 2001 la Comisión pidió a la Corte que emitiera una opinión consultiva, con un doble objetivo; por un lado, le solicitó que interpretara los artículos 8<sup>10</sup> y 25<sup>11</sup> de la Convención Americana, “con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen ‘límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados’ en relación a niños...”; y por el otro, le solicitó la *formulación de criterios generales válidos sobre la materia* dentro del marco de la Convención Americana (destacado agregado)<sup>12</sup>.

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

“[e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por en-

de también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia”<sup>13</sup>.

Si bien la redacción es algo oscura, creo que es posible interpretar lo que la Comisión intentó plantear. La Comisión sostuvo acertadamente que las leyes y prácticas de los países de la región violan o restringen los derechos de los niños contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, debido a la primacía de la función de “protección estatal” (interpreto protección en clave tutelar<sup>14</sup>) por sobre estos derechos<sup>15</sup>. La Comisión afirmó además que “la obligación de protección por el Estado” tiene lugar “para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores”. Parece desprenderse de esta aserción que a juicio de la Comisión el fundamento para el ejercicio de las facultades tutelares estatales es exclusivamente la incapacidad de las personas menores de edad; pero esto no es así, o lo es sólo en parte e indirectamente. No es la incapacidad en sí la que autoriza la intervención estatal ilimitada; en la lógica tutelar es la falta o inidoneidad de los representantes legales del incapaz la que pone en marcha el dispositivo tutelar. Se trata de un problema entre los diferentes representantes legales del incapaz (padres, tutores, curadores), no de la incapacidad del menor en sí.

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

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

“a. Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.

b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los ‘mejores intereses del niño’, deja en segundo plano esas garantías.

c. Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o

administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.

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

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

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

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

“a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;

b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor[;]

- c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor[; y]
- e) [l]a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación”<sup>17</sup>.

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

A esta altura es importante señalar que resulta incomprensible que la Comisión no haya incluido en su pedido el art. 7<sup>19</sup> de la Convención Americana (que retoma en detalle la CDN en su art. 37<sup>20</sup>), cuando un tema emblemático entre las violaciones a los derechos humanos de los niños en la región es el uso *indiscriminado e ilegal* de la privación de la libertad. El encierro de niños es *indiscriminado* porque se aplica por igual a niños que se encuentran en supuestos fácticos completamente diferentes que se extienden desde víctimas a autores de delitos, desde adictos hasta niños sin familia, etc. Es *ilegal* porque, aun cuando leyes formalmente vigentes lo autoricen bajo los eufemísticos títulos de internamiento, depósito o custodia, el uso generalizado de la privación de libertad para “proteger” niños es contrario a las prescripciones de las constituciones nacionales y los tratados de derechos humanos que rigen la materia, todos los cuales autorizan el uso de privación de libertad para niños sólo cuando se trata de adolescentes declarados responsables de la comisión de delitos graves. Estas conclusiones requieren también entender al castigo o pena en sentido material y no formal, superando lo que la criminología ha llamado “el fraude de etiquetas”; y, además, requiere que se utilice la definición de privación de libertad contenida en la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores privados de Libertad que establece:

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

Por qué la Comisión no incluyó el artículo 7 junto con los artículos 8 y el 25 como límites al Estado al aplicar medidas de protección es incomprensible. En particular, llama la atención esta omisión en un pedido concentrado más en los aspectos materiales de las violaciones a los derechos de los niños en la región –entre las cuales el encierro de niños ocupa un lugar tristemente célebre–, que

en los problemas específicamente normativos. Una explicación para la omisión pudo haber sido que como teóricamente no es posible proteger a un niño privándolo de su libertad, no hacía falta pronunciarse sobre ello; pero la realidad de la región revela que por décadas la “medida de protección” por excelencia ha sido la privación de la libertad<sup>21</sup>. De ser ésta la razón de la omisión –que dudo–, la Comisión debió al menos dar alguna explicación al respecto. En este caso el planteo del problema adolece no sólo de falta de precisión sino que es, además, incompleto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. La opinión consultiva

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

Me resulta algo extraño comenzar a explicar la OC 17 desde la única disidencia; pero lo hago así porque considero que el voto del juez JACKMAN es (desde el punto de vista formal) el correcto, en relación con el pedido de la Comisión.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En síntesis, el voto en disidencia del juez JACKMAN es el único que advierte, aunque sea desde una perspectiva formal, un error fundamental del pedido de la Comisión. Obviamente, al rechazar el pedido de OC por razones de forma, el juez JACKMAN, si bien no lo hizo explícito, no entró en consideraciones sobre el fondo del asunto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los criterios que utilizó para evaluar la admisibilidad (arriba enumerados) son razonables pero no fueron aplicados a la consulta concreta en cuestión; más aún, de haber sido aplicados, el resultado habría sido aquel al que arribó el juez JACKMAN. Insisto una vez más en que no estoy sosteniendo que la Corte debió descartar el pedido; pudo haber señalado los problemas de estructura lógica, de argumentación y sustantivos que caracterizan al equívoco pedido de la Comisión, haberlos desestimado y haber ingresado a tratar el tema con comprensión clara de qué era lo que se le estaba pre-

guntando en concreto, por su trascendencia. Como se verá más adelante, la Corte evitó tomar el toro por las astas y evadió una vez más el núcleo duro del problema, aun con plena conciencia de los “efectos jurídicos innegables” que tiene una opinión consultiva en términos generales y no sólo para el que pide la opinión<sup>33</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que ese artículo se refiere.

De modo que, tratándose de un grupo de la mayor relevancia e interés para la comunidad internacional, relevancia e interés que se ven reflejados en la cantidad de instrumentos internacionales directa o indirectamente referidos a ellos (que la Corte repasa), una interpretación “dinámica” no podría soslayar el enorme cuerpo normativo referido a los derechos de los niños. La Corte advierte correctamente que en tiempos de la redacción y aprobación del art. 19 de la Convención Americana la concepción de protección estatal al niño era diferente a la actual, lo que requeriría ciertas “actualizaciones” interpretativas, para las que la Corte utilizará otras normas regionales o universales aplicables al tema<sup>38</sup>.

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

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

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

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

La Convención Americana, en rigor, refleja también un uso indistinto de estas categorías. En efecto, el art. 19 es titulado “derechos del niño” y no “derechos del menor”. Esto introduce un punto interesante ya que al tiempo de redactarse este artículo de la Convención Americana difícilmente se hablara de “derechos del niño”, porque la idea del niño como sujeto pleno de derecho prácticamente no existía; pero tampoco se podía plantear el título como “derechos del menor”, ya que por menor se entendía al incapaz, tradicionalmente definido desde sus carencias y objeto de la protección estatal, cuyos derechos no eran considerados autónomamente en tanto no era considerado sujeto de derecho. Esto es interesante también ya que al incluir la palabra “menor” en el artículo, la Convención Americana la introduce como adjetivo, para calificar la condición del niño (“que su condición de menor” requiere), no con contenido sustantivo, como lo han hecho tradicionalmente las legislaciones tutelares de la región<sup>40</sup>. Finalmente, otro punto importante a destacar en relación con las deno-

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

minaciones del sujeto en cuestión en el ámbito regional es que los cuatro tratados vinculados específicamente con la infancia en el sistema interamericano<sup>41</sup> siempre se refieren a menores, aun cuando traten de edades diferentes, y aun cuando algunos de estos tratados fueron escritos con posterioridad a la aprobación y ratificación de la CDN por los países de la región.

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

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

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

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

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

“al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que ‘no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana’. (...) Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse,

~~Es posible que por estas distinciones el CSJN ante el Decreto 14.714/03 de la ley que crea el Registro Civil, obteniendo como resultado directamente, una interpretación legítima de esta ley para tutelar:~~

legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”<sup>43</sup>.

También, que

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

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

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

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

“Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razo-

De modo que, de acuerdo con mi interpretación de esta conclusión de la Corte, puede encontrarse aquí una tercera regla: *las leyes que establecen un trato diferente para los niños en relación con el principio general que regula la misma situación para los adultos, sólo satisfarían el principio de no discriminación sí y sólo sí esas previsiones especiales permiten una mayor satisfacción de derechos de los niños vis à vis la que permitiría el principio general o universal*. De lo contrario, esas disposiciones “especiales” violarían el principio de igualdad y de no discriminación. Por cierto, las leyes tutelares vigentes en algunos países de América Latina, elaboradas sobre la base de la preeminencia del principio de “especialidad”<sup>49</sup>, constituyen ejemplos de disposiciones “especiales” violatorias de los principios de igualdad y no discriminación antes aludidos.

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

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

nable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella”<sup>48</sup>.

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





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

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

No agrega mucho más el apartado:

“En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”<sup>52</sup>.

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

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

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

En la misma línea, afirmó la Corte:

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

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

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

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

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

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

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

En este punto fundamental la Corte soslaya circunstancias trascendentes a la hora de fijar el estándar. En efecto, en los últimos diez años, a partir de la ratificación de la CDN y de su incorporación al derecho interno en todos los países de la región, se produjeron sustanciales reformas legales e institucionales orientadas a dejar atrás la cultura tutelar<sup>57</sup>. Probablemente uno de los puntos que marca la ruptura con la tradición anterior esté constituido por un artículo por primera vez incluido en el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil<sup>58</sup> con el número 23, que consagró la prohibición de separar a un niño de su familia por razones de pobreza:

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

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

Este artículo fue luego incorporado por todas las nuevas leyes de protección a la infancia latinoamericanas<sup>59</sup> (no sólo nacionales sino también estatales como en el caso de Argentina<sup>60</sup>). Fue también motivo de importantes pugnas en países donde la declaración de estado de abandono era la herramienta “legal” que permitía prácticas aberrantes vinculadas con la adopción de niños y niñas<sup>61</sup>. De modo que existe ya en la región un estándar en el sentido de que no es posible separar a un niño por razones de falta o carencia de recursos materiales de sus padres. Sin embargo, la Corte no retomó y profundizó este estándar sino que lo debilitó al sostener que la pobreza no puede ser el “único” fundamento para la separación del niño de su familia. La Corte debió haber establecido, luego del análisis de las normas que llevó a cabo, y en atención a las modernas legislaciones latinoamericanas, que la pobreza no puede ser nunca (ni único ni acompañando otros) motivo para separar a un niño de su familia. Éste es por cierto un tema fundamental, en el que la Corte debilitó el estándar regional.

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

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

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

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

También aquí, en lugar de establecer un lineamiento preciso y fijar una regla, la Corte volvió a recurrir al “interés superior del niño”, en un párrafo desafortunado. La vinculación directa y prioritaria entre protección del niño y su familia e *instituciones con instalaciones suficientes* es, por lo menos, preocupante:

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

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

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

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

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

En este apartado la Corte retomó la posición que sostuvo en el caso “Villagrán Morales”, al señalar que “el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas”; aunque no se entiende bien la remisión al artículo de la CDN referido a los niños con necesidades especiales, cuando el sentido de una vida digna de ser vivida evidentemente se extiende a muchos otros aspectos de la vida de todos los niños latinoamericanos y no sólo de aquellos con necesidades especiales.

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

Ello resulta extraño, porque la medida de protección debe ser aquella actividad estatal dirigida a garantizar el derecho, pero no es el derecho en sí. Por ejemplo, si el Estado toma conocimiento de que un niño o niña no va a la escuela, a fin de garantizar el derecho a la educación de este niño o ni-

ña, debe adoptar una medida de protección cuyo contenido será la matriculación de ese niño o niña en la escuela, una beca para que asista a la escuela en lugar de trabajar, apoyo familiar orientado al mismo fin, etc. El derecho no es la medida de protección; la medida existe para garantizar el derecho.

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

Aun dentro de la confusión entre derechos y medidas, cómo el Estado debe garantizar los derechos, mediante qué medidas y dentro de qué límites, lo que constituía por cierto el objeto de la consulta, no fue abordado por la Corte. Probablemente estas omisiones se expliquen también por el tipo de “interpretación” que practicó la Corte en esta oportunidad, limitada a la transcripción de artículos, precedentes e informes pero no al desarrollo de argumentos.

#### *e. 5. Obligaciones positivas de protección*

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

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

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

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

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

Lamentablemente, otra vez, el alcance, el contenido y los límites de esas “medidas positivas” no fueron desarrollados por los jueces de la Corte. De todos modos se debe destacar esta conclusión como un avance ya que la Corte reconoció que un derecho del niño puede violarse tanto por acción

cuanto por omisión si es que los sujetos obligados no cumplen con sus obligaciones de abstención o de prestación positiva, según el caso.

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

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

La Corte sólo podría haberse pronunciado sobre temas vinculados con la justicia juvenil en sentido estricto<sup>68</sup>, esto es, con los arreglos institucionales vinculados con la imputación de un delito a un niño, en tanto considerara que la justicia especializada integra el *plus* de protección que tanto el sistema universal como el regional reconocen a los niños como sujetos plenos de derecho<sup>69</sup>, en una interpretación muy extensa de la noción de “medida de protección”. Esta salida tendría no obstante el riesgo de confundir una vez más “protección” con “sanción”, pero podría haberse ensayado para ingresar al tema. La Corte, sin embargo, no explicó los motivos por los que ingresó al tema de la delincuencia juvenil cuando el pedido de la Comisión versaba específicamente sobre las medidas especiales de protección previstas por el artículo 19.

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

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

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

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

La Corte llega al punto central de la consulta:



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

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

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

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

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

La Corte concluyó que

“si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se en-

cuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”<sup>73</sup>.

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

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

En este punto la Corte abordó uno de los supuestos planteados por la Comisión, a través del artículo 12 de la CDN. Llama la atención que la Corte no haya advertido (o habiéndolos advertido, haya ignorado) los problemas de interpretación que plantea el artículo 12, que han sido objeto de diversos estudios<sup>74</sup>; y que haya presentado este artículo como un estándar preciso en la materia.

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

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

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

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

“102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

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

### *f. 3. Proceso administrativo*

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

#### “Proceso administrativo

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

cuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad” (destacado agregado).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 40.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que

han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*” (destacado agregado).

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

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

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

Se trató aquí de reiterar el principio de legalidad material o sustantivo, recogido por todos los tratados e instrumentos internacionales de aplicación en la materia<sup>81</sup>, incluida la Convención Americana omitida en la consulta, comenzando por el art. 40.2.a, CDN, más arriba transcrito.

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

“Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento res-

pectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.

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

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

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

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

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

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



“113. Obviamente, estos niños no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al ‘dominio’ de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad”.

Y concluyó con un estándar razonable que puede ser considerado la quinta regla de la OC 17, aplicable al tema de la protección a los niños (que es el tema de la OC 17, aunque en este apartado se estaba tratando el tema penal), regla que no había sido fijada con tanta claridad al tratar este tema específicamente unos capítulos antes:

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

#### *f. 5. Debido proceso*

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

Sostuvo claramente que:

“115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como estableciera este Tribunal en su opinión consultiva sobre el *Derecho a la Información* (...): el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los dere-

chos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados”.

Es importante que la Corte por fin haya establecido claramente una interpretación de todas las normas que regulan el debido proceso en normas internacionales específicamente referidas a la infancia, en el sentido de que las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse *no sólo a los procesos judiciales, sino a cualquier otro proceso que siga el Estado, o bien, que esté bajo su supervisión*. Ésta puede considerarse la sexta regla de la OC 17. Lo que está haciendo la Corte en este punto es retomar la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el famoso caso “Gault”, en el que ese Tribunal sostuvo que las garantías del debido proceso debían respetarse con prescindencia del nombre del trámite (*proceedings*), en atención a las consecuencias concretas a las que se exponía un niño sometido a él, similares a las consecuencias penales<sup>82</sup>.

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

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

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

En general, en este punto la OC 17 no avanza más allá de reiterar un estándar claro emergente de la CDN y de los otros instrumentos directamente relacionados con la materia<sup>84</sup> y en algunos casos desarrolla errónea y confusamente algunas garantías. Así:

a) En relación con la garantía del *juez natural*, exige razonablemente la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de los derechos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales, con remisión a las Reglas de Beijing.

b) En relación con la garantía de la *doble instancia* y el derecho a un *recurso efectivo*, por un lado, se plantea la garantía con un lenguaje algo anticuado desde el punto de vista procesal penal: “La

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

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

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

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

El siguiente párrafo parece seguir en la misma línea:

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

En este punto aparecen problemas adicionales, puesto que introduce algunos matices como “en caso de resultar indispensable”. Todo ello sin explicar el alcance de la declaración del imputado como acto de defensa material, superponiéndola además con la “confesión”, esto es, con el contenido de la declaración del imputado. A continuación el argumento se torna más oscuro aún, porque pare-

ce extender el tema de la declaración (ya no del imputado, sino de un niño sometido a proceso) no sólo a procesos penales sino civiles, con lo que los estándares se modificarían; pero todo ello sin explicarlo claramente, además de regresar al tema de la incapacidad civil, cuando estaba desarrollando el tema de la “confesión” en sede penal. Finalmente, se desprendería del párrafo que esa incapacidad impediría al niño el ejercicio por sí mismo de sus derechos, y con ello, ¿qué resta del derecho de defensa material y el derecho del niño a ser oído (art. 12 CDN)?:

“130. Además, debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración en este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a ésta eficacia dispositiva, cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos”.

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

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

Este párrafo final merece por lo menos dos comentarios. En primer lugar, llama la atención la categórica afirmación según la cual los menores de edad (otra vez no se trata de niños) están excluidos de participar como inculpados en procesos penales. Ello contradice no sólo las leyes vigentes latinoamericanas y las normas internacionales de aplicación en la materia, sino lo que la propia OC 17 sostiene unos párrafos más arriba<sup>85</sup>. En segundo lugar, realiza consideraciones doctrinarias propias de otros tiempos del derecho procesal penal. En los modernos sistemas procesales penales latinoamericanos, la declaración del imputado opera (como se afirmó) como medio de defensa y no como medio de prueba, lo que era característico de los sistemas inquisitivos en los cuales la reina de las pruebas era la confesión del imputado<sup>86</sup>. Tampoco se admite más un sistema de pruebas tasadas, con categorías de pruebas, sino que los jueces resuelven según las reglas de la sana crítica racional<sup>87</sup>.

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

e) En cuanto al *principio de publicidad*, la Corte realiza un análisis tradicional, que no avanza sobre las posiciones más modernas en la especie. Sí avanza en cuanto establece que hay que limitarlo no en lo relativo al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales, en razón del interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. No obstante se debería tratar esta cuestión (que en realidad trata de dos derechos en tensión) de modo de permitir al niño, con la debida asistencia legal, que decida cómo quiere que sea su juicio, al considerar a esta garantía desde una perspectiva moderna y centrada en el niño y no desde una perspectiva tutelar que asume dogmáticamente ciertas posiciones en torno del niño y de sus derechos sin siquiera consultar su opinión y la de su asistencia legal técnica<sup>88</sup>.

f) En cuanto a la *justicia alternativa*, la OC 17 parece confundir el ámbito penal con el “social”, y con las políticas de tercera vía, restaurativas o compositivas. Concretamente, la OC 17 confunde la desjudicialización de los problemas sociales que tradicionalmente ingresaban a la justicia de menores de manera ilegítima (programa vigente en todos los países de la región con nuevas leyes de infancia inspiradas en los más modernos estándares internacionales en la materia), con lo que se conoce como mediación penal juvenil o justicia restaurativa<sup>89</sup>, que se refiere a formas de *diversion*, es decir, de derivación de casos que normalmente deberían adjudicarse en una corte penal, a instancias vecinales, centradas en la víctima y en la reparación del daño:

“135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la ‘judicialización’ de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

### III. 3. El voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez

#### III. 3. A. La formulación correcta del problema

Este voto es el que refleja mayor conocimiento del problema específico que, de manera equívoca, planteó la Comisión; es también el que refleja mayor conciencia de la relevancia del *thema decidendi* en términos jurídicos y político-culturales, y del rol que la Corte estaba jugando en esta oportunidad. Estas circunstancias no son de extrañar ya que su autor, probablemente el penalista más



nor’, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno –o amplio– ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades; regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o antes inclusive), y la capacidad de ejercicio de ellos (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra ‘niño’ ha poseído, en principio, un sentido más biológico o bio-psíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano.

El concepto ‘niño’ coincide con el de ‘menor de edad’ cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho. La Convención sobre Derechos del Niño, de Naciones Unidas, abundantemente invocada en la presente *Opinión Consultiva*, considera que es niño la persona menor de 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’ (artículo 1) (párr. 42). Esto confiere un sentido jurídico preciso a la palabra niño, y en tal virtud coloca a este concepto –y a este sujeto– como punto de referencia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. Huelga decir que la palabra niño abarca aquí al adolescente, porque así resulta de esa Convención tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma...”.

Siempre teniendo como marco el derecho penal, no introduce distinciones dentro del grupo de los niños (menores de dieciocho años de edad), en la misma línea seguida por la OC 17, ni sobre la base del discernimiento ni de la capacidad:

“Se entiende, pues, que dieciocho años son una frontera precisa entre dos edades que traen consigo dos estatutos característicos (...) una, la correspondiente a quienes se hallan fuera del ámbito de validez subjetiva de las normas penales ordinarias, y otra, la de quienes se encuentran sujetos a éstas”<sup>94</sup>.

Explica el trato diferenciado que la OC 17 brinda a los niños con el siguiente argumento:

“6. Cuando la *Opinión Consultiva* se refiere a determinado trato para los niños o menores de edad, y lo distingue de otro relativo a los adultos o mayores de edad, supone –en mi concepto– que el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores (párr. 109). Esto no obsta, desde luego, para que: a) existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (de-

rechos humanos, garantías), sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o, incluso, necesarias, y b) existan, en el ámbito de los menores, diferencias derivadas del distinto desarrollo que existe entre los individuos menores de 18 años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con 8 o 10 años de edad y quien ha alcanzado 16 o 17. Por cierto, también existen diferencias –que no pretendo examinar ahora– en el otro conjunto, el de los adultos, por motivos diversos; el ejemplo más evidente es el de quienes se hallan privados de la razón”.

Conecta correctamente el problema del derecho tutelar de menores con todo derecho tutelar de raíz peligrosista, de modo de lograr articular en su voto argumentos penales y no penales; pero sin perder de vista (a diferencia de otras secciones de esta OC 17) cuál es el tema central y cómo se debe limitar al Estado en cada uno de sus ámbitos de actuación. Es evidente que si todo derecho tutelar peligrosista plantea enormes problemas, cuando el destinatario de esas normas es un niño (“integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos”), la situación se agrava. Y admite explícitamente:

“Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen –en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones– de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, *ope legis*, el ejercicio de sus derechos. *Es natural que en este ‘terreno minado’ aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo*” (destacado agregado).

#### *La cuestión de la edad y de la imputabilidad penal*

Ingresa luego (innecesariamente en relación con el *thema decidendi* pero razonablemente si se piensa en la lógica de su voto), en el problema de la minoría de edad penal y de la inimputabilidad de los menores de edad. Sobre este tema hace una precisión importante:

“La atribución de imputabilidad o inimputabilidad *ope legis* a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo



de los jóvenes, pero no a la realidad específica –la única que existe– en el caso de cada uno de ellos”<sup>95</sup>.

Este párrafo complementa aquel del voto del juez CANÇADO referido al sujeto del derecho niño (y no infancia)<sup>96</sup>.

Explica luego cómo se crearon, para los fines de la responsabilidad por conducta ilícita, “jurisdicciones –*lato sensu*– diferentes, órdenes jurídicos propios y procedimientos e instituciones diversos para cada uno. En el caso de los adultos, ese desarrollo coincidió con el auge del principio de legalidad penal y procesal, que dio origen a un régimen de garantías más o menos exigente. En el de los menores, en cambio, la extracción de la justicia penal tuvo como efecto el establecimiento de jurisdicciones ‘paternales o tutelares’ fundadas en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad o la tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen”<sup>97</sup>.

Aquí me permito disentir respetuosamente con el voto ya que las jurisdicciones especiales para menores, de características paternalistas o tutelares, se justificaban como suplentes de padres inidóneos, principalmente en aquellos casos relacionados con niños “en problemas”, no con niños “problemáticos”, como pueden considerarse dentro de esa lógica los menores de edad imputados de la comisión de delitos. Es cierto que el dispositivo jurisdiccional *lato sensu* era el mismo, pero la justificación de su intervención tenía un matiz, en estos casos, algo diferente<sup>98</sup>. Tampoco coincido con la interpretación del intervencionismo estatal paternalista como consecuencia del estado social; ciertamente, el paternalismo estatal es anterior en varias décadas al estado social latinoamericano y su justificación fue más de tipo político-criminal que político-social. No obstante, la descripción de la justicia tutelar que realiza el juez GARCÍA RAMÍREZ es precisa:

“Si los padres o tutores pueden resolver con gran libertad sobre el desarrollo sus hijos, adoptando inclusive medidas de autoridad que no serían aplicables a un adulto fuera de procedimiento judicial, el ‘Estado padre o tutor’ podría hacer otro tanto, poniendo de lado, por ello, las formalidades y garantías del Derecho ordinario: desde la legalidad en la definición de las conductas que motivan la intervención y la naturaleza y duración de las medidas correspondientes, hasta el procedimiento para adoptar decisiones y ejecutarlas”<sup>99</sup>.

Luego de una precisa caracterización del sistema tutelar<sup>100</sup>, al que considera un progreso respecto del régimen anterior en tanto logró sacar a los menores de edad de la justicia de adultos (ideal que en la práctica no se realizó porque la justicia tutelar siempre fue, tanto desde el punto de vista sus-

Llaman la atención dos giros del párrafo 19: “Estos y otros problemas acarrearón, como señalé, una fuerte reacción que *reclamó el retorno* –o la evolución, si se prefiere decirlo de esta manera– a los *métodos legales diferentes*, que entrañan una suma relevante de garantías: ante todo, legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable”.

tantivo cuanto formal en muchos países, una justicia penal, y porque, además, el sistema anterior al tutelar no era tan severo con los niños<sup>101</sup>), ingresa en el ámbito de los problemas que este “promisorio” nuevo sistema acarreó, que resume de la siguiente manera:

“17. (...) En primer término, la extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado, llevó a reunir dentro del mismo marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y aquellos que no lo eran, incluyendo ciertos conflictos domésticos cuya solución correspondía a los padres y se transfería, por incompetencia o comodidad de éstos, a los órganos correccionales del Estado. Esta confusión reunió en los mismos tribunales e instituciones a quienes habían cometido delitos calificados como graves y a quienes habían incurrido en ‘errores de conducta’ más o menos leves, que debieron ser abordados bajo otra perspectiva. Por ello surgió la impugnación de la idea tutelar...”<sup>102</sup>. “18. Igualmente, la asunción estatal de las facultades de padres y tutores, no sólo captó y capturó a los menores, sino también privó a los mayores, de manera fulminante, de algunos derechos del estatuto familiar. Además, la pretensión de excluir la figura y la forma del juicio ordinario, sumada a la noción de que el Estado no se halla en conflicto con el niño, sino constituye el mayor garante del bienestar de éste –procedimientos sin litigio y, por ende, sin partes procesales–, condujo a minimizar la intervención del menor y de sus responsables legales en los actos del procedimiento, prescindir de algunos actos que en el Derecho común integran el ‘debido proceso legal’, y suprimir el sistema de garantías que son otros tantos controles del quehacer del Estado para moderar su fuerza y dominar su arbitrio en bien de la legalidad, que debe traducirse, en definitiva, como bien de la justicia”.

### III. 3. C. ¿Una disputa de escuelas? o acerca del modelo pedagógico que adquirió dimensión ontológica

Retorno parece significar que los nuevos sistemas implicarían retrotraer la situación a los tiempos en los que no existía legislación especializada, lo que no es así si el tema es estrictamente analizado desde la perspectiva de los instrumentos internacionales que motivaron y orientaron las reformas a las que se hace referencia en el voto. Por otro lado, los métodos legales que implican vigencia de la legalidad sustantiva y procesal no son algo “diferente” (¿de qué?), sino que son la regla en las sociedades occidentales y en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos. Los nuevos sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes desarrollados en América Latina no

Un problema importante de este voto radica en la manera que se eligió para denominar los modelos en tensión. Al llamar a uno de los dos “garantista”, impidió a la Corte y al mismo voto suscribir claramente a un modelo garantista. Esto parece un juego de palabras pero no lo es. La Corte sólo puede desarrollar una interpretación de tratados de derechos humanos como la que aquí se le proponía basada principalmente sobre esos tratados. El producto de esa actividad es lo que en nuestra región se conoce como garantismo; pero al denominar de este modo a uno de los modelos vinculados con la condición jurídica de la infancia en la región, la cuestión del garantismo se tornó partisana, impidiendo a la Corte asumir explícitamente una defensa clara de los derechos y garantías del niño, porque ello podría haber sido interpretado en el sentido de que estaba tomando partido por uno de los modelos o corrientes “en pugna”. Planteado erróneamente el problema, la Corte no pudo hacer aquello que estaba llamada a hacer: desarrollar una interpretación de los tratados en cuestión, en relación con la protección a la infancia, promotora y respetuosa de los derechos de los niños y no lo contrario.

Conecta luego el juez GARCÍA RAMÍREZ las reformas legales recientes latinoamericanas con las campañas de ley y orden que tienen lugar cíclicamente en América Latina y que vinculan la inseguridad y el aumento de la delincuencia común con los adolescentes<sup>106</sup>; pero en este punto equivoca en mi opinión su análisis. En primer lugar, porque como he señalado en otra oportunidad<sup>107</sup>, las reformas legales latinoamericanas se deben directamente a la aprobación y ratificación de la CDN a comienzos de la década de 1990, momento que coincidió con la consolidación democrática en varios países, que a su vez implicó la reforma y modernización de la justicia, y en particular de la justicia penal. En segundo lugar, porque ninguna de estas leyes implicó rebajas de edad de imputabilidad sino todo lo contrario: todas las nuevas leyes elevaron la edad de imputabilidad penal como ingreso al sistema penal de adultos, a los 18 años<sup>108</sup>. Se afirma en este voto:

son sistemas equiparables a la justicia juvenil estadounidense, producto de las transformaciones ocurridas en ese país luego del célebre caso de la Corte Suprema de 1967, “Gault”, mencionado en el voto<sup>103</sup>. Es posible afirmar que estos nuevos sistemas latinoamericanos son “garantistas” en el sentido que se da en América Latina a esta terminología importada de la cultura legal italiana<sup>104</sup>, pero no es correcto aplicar esa calificación al fallo “Gault” ni a ninguno de esa saga en la jurisprudencia estadounidense<sup>105</sup>, completamente al margen del debate que se da en el ámbito latinoamericano, espejo más cercano de la discusión que desde la década de 1970 ha tenido lugar en la Europa continental.

E intenta llegar a una “síntesis superadora”, en el entendimiento de que entre ambos “sistemas” “no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz (...). Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este *Voto* y lo ha hecho, a mi juicio, la Opinión Consultiva, que no se afilia a doctrina alguna”<sup>110</sup>.

“Entre *esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal*, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales: a él ingresan, con cada cambio reducción [*sic*] de la edad, millones de personas, que eran niños o menores en la víspera y devienen adultos por acuerdo del legislador. La transformación de los procedimientos en el ámbito de los menores ha traído consigo, evidentemente, la adopción de figuras características del proceso penal, conjuntamente con la cultura o la costumbre penales inherentes a ellas” (destacado agregado)<sup>109</sup>.

Finalmente, la adopción de las “formalidades” penales se relaciona con la introducción de garantías sustantivas y adjetivas en los procedimientos que se siguen a los adolescentes imputados de la comisión de delitos, lo que no parece problemático si es analizado a la luz de los estándares internacionales más modernos, básicamente los artículos 12, 37 y 40 de la CDN, y los arts. 7, 8, 9 y concordantes de la Convención Americana.

Ingresa el voto luego al tema de la tensión de “escuelas, corrientes o conceptos” que caracteriza de la siguiente manera:

“21. (...) Ha surgido una gran polarización entre estas dos corrientes, cuyo encuentro –o desencuentro– apareja una suerte de dilema fundamental, que puede generar, en ocasiones, ciertos ‘fundamentalismos’ con sus estilos peculiares. Ese dilema se plantea en términos muy sencillos: o sistema tutelar o sistema garantista”.

En cierto sentido su afirmación es verdadera. Ni su voto ni la OC adscriben explícitamente a doctrina alguna; pero esto no es meritorio. La OC debería suscribir a la doctrina que es posible construir a partir de los tratados internacionales y regionales de aplicación en la materia y eso es lo que en la doctrina se conoce como garantismo. De ahí el problema ya señalado de denominar a uno de los modelos “garantista”.

Es elogiable el esfuerzo que hace el juez GARCÍA RAMÍREZ por superar la dicotomía de escuelas, y quizás en su voto lo logre precisamente porque conoce acabadamente la materia sometida a decisión de la Corte; pero definitivamente la OC 17, por más que se lo proponga, no lo logra, ya que como se ha intentado dejar claro, ella se caracteriza, más que por la adscripción a una corriente u otra, por la confusión. *Y la confusión es propia de una de las escuelas, no de la otra.*

En mi opinión, a esta altura es importante señalar que no se trata de una querrela de escuelas. La división entre ambas corrientes de pensamiento de manera muy esquemática y simplista cumplió en un momento, a comienzos de la década de 1990, una función pedagógica; pero es insostenible desde una epistemología rigurosa. Entre la cultura tutelar y la generada a partir de la particular interpretación que de la CDN se realizó en América Latina se advierte un *continuum*<sup>111</sup>. Sólo un ejercicio activo, expresión de una voluntad política de transformar la condición jurídica de la infancia, sustentado en lo que en otra oportunidad he llamado una hermenéutica hacia delante, emancipadora de la infancia<sup>112</sup>, permite entender a estos modelos como compartimentos claramente separados. En esta línea –interpreto– se orientaba la consulta; y la insistencia respecto de que ambos “modelos” son equivalentes o igualmente ajustados a derecho (ya sea internacional o constitucional nacional), es inconducente a los fines mencionados.

Las preguntas retóricas del juez GARCÍA RAMÍREZ en el párrafo 23<sup>113</sup> encuentran respuesta en una cultura que al mismo tiempo respeta los derechos y la singularidad, tal la construida a mi juicio a partir de la incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos. Aunque es comprensible la desconfianza del juez opinante, la experiencia latinoamericana debería permitirle no temer que el reconocimiento de derechos de primera generación a los niños vaya a implicar tratarlos como adultos, tal como sucedió en materia de justicia juvenil en los Estados Unidos en los años 60. La historia latinoamericana es diferente de la estadounidense también en este punto y no es casual que ese país sea el único de la región, y el segundo del mundo que no ha suscripto la CDN.

El juez GARCÍA RAMÍREZ alude a la existencia de un “falso dilema” entre la concepción que dio fundamento a las leyes tutelares de menores de la región y la originada a partir de la incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos. Su intento por minimizar las tensiones es ciertamente interesante y novedoso. Se trata de un recurso original al que no se había recurrido anteriormente. No obstante, estimo que su recurso al “falso dilema” es más un recurso retórico que conceptual, ya que no son falsos ni el dilema ni la tensión entre los modelos. No es falso el dilema porque el sistema previo a la CDN o sistema tutelar, y el sistema posterior, o sea el actualmente vigente desde el punto de vista normativo, son sustancialmente diferentes en su concepción del sujeto, en su concepción de la desviación normativamente relevante, en su concepción de la institucionalidad que debe ofrecer el Estado frente a los delitos por un lado y frente a las violaciones de derechos por otra. No es dilema porque no se puede hoy sostener un modelo desubicado temporalmente, contrario a los tratados, y además ineficiente, por decir lo menos.

Como señalé anteriormente, los jueces de la Corte sólo tenían una alternativa: pronunciarse a favor de la promoción de los derechos de la infancia si se atenían a la interpretación emancipatoria que alguno de los votos en la OC 17 propuso, en otras palabras, una hermenéutica garantista; pero

al haber denominado a uno de los modelos como “garantista”, y al haberlo identificado con una de las posiciones en conflicto, se impidió que los jueces asumieran plenamente el marco de garantías, “el marco garantista”, para estructurar y dar contenido a la OC 17.

Con una grandeza intelectual encomiable, el juez GARCÍA RAMÍREZ acepta revisar parte de las concepciones que alguna vez sostuvo en esta materia<sup>114</sup> y plantea lo que yo llamaría tensiones, no dilemas, del siguiente modo:

“Las contradicciones reales –y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos– se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Ésta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra ‘tutela’ su sentido genuino –como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos–, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el Derecho de los menores infractores<sup>115</sup>, que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un Derecho protector, no un Derecho desposeedor de los derechos fundamentales”.

El problema como está planteado (y su significado *Opinión GARCÍA RAMÍREZ* <sup>116</sup>), se hipotetiza que la en la protección del "problema" radica en el "problema" que se plantea y no en la "protección" de los niños. Si el sujeto de la tutela es la "protección", los casos de comorbilidad, de manera como sujeto de la tutela, no sólo la protección que se establece sino que extendida los estándares internacionales generacionales, y no se está refiriendo a la "protección" de los casos de la tutela, sino que se está refiriendo a la "protección" de la "protección" que se establece. De manera que la "protección" que se establece se refieren a dos concepciones del tema diferentes, más allá de la terminología que se emplee. La posibilidad de combinar los dos modelos deviene, en consecuencia –y pese a los loables intentos del juez GARCÍA RAMÍREZ en ese sentido–, una misión imposible.

El razonamiento falla en cuanto interpreta que la especialidad es propia del modelo tutelar y no del modelo "garantista". Esto no es así, simplemente porque la CDN, al igual que las legislaciones tutelares de menores, trata de un sujeto particular. A partir de ella se construye toda la nueva condición jurídica de la infancia en la región. Tampoco el nuevo modelo propone proteger con el derecho penal, sino todo lo contrario. Probablemente el primer axioma del que parte la nueva legalidad para la infancia en América Latina sea diferenciar claramente los supuestos de protección de derechos del niño (esto es, obligaciones positivas del Estado) de aquellos que tienen que ver con la respuesta estatal cuando un niño o adolescente es imputado de la comisión de un delito.

Es importante tener presente que el principio de especialidad estructura e integra el sistema de garantías que se desprende de los tratados internacionales que cita el juez GARCÍA RAMÍREZ, como parte del sistema general de derechos y garantías; de manera que no es que este principio de especialidad sea exclusivo del sistema tutelar sino probablemente un elemento que marca un *continuum* entre una concepción y la otra <sup>117</sup>.

Este voto, a pesar de señalar en algún momento lo contrario, no distingue entre infractores y no infractores. Sostiene el juez GARCÍA RAMÍREZ en relación con esta propuesta de "síntesis":

"25. Por una parte, la síntesis retendría el diseño tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. (...) Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor (...) Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro".

"Los procesos en que intervienen menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, *coinciden en buena medida con los procesos*

Es un párrafo difícil de entender. ¿Qué quiso indicar el juez GARCÍA RAMÍREZ con esta distinción entre clases de procesos: de “carácter, origen u orientación social” y “públicos, privados o penales”? Aun cuando los niños intervengan en procesos diferentes, ¿ello implica un emplazamiento procesal diferente en cuanto a la defensa de sus derechos? ¿En qué casos se justificaría la “tutela estatal correctiva”, entendiendo por tal aquella destinada a corregir las deficiencias derivadas de las particulares circunstancias personales del niño por su condición de tal?

*de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales.* En aquéllos se requiere la defensa ‘material’ que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera”<sup>119</sup> (destacado agregado).

Finalmente, sobre el tema de la relación entre especialidad y proceso, el juez opinante afirma:

“27. En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por situaciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto apareja igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar como lo hice *supra* –y en ello es enfática la Opinión Consultiva– que todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la ‘diferencia’ entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas ‘especiales’ con respecto a los niños. La idea misma de ‘especialidad’ constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe –una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el Derecho– y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad”.

### III. 3. C. Los actores

Otro párrafo curioso del juez GARCÍA RAMÍREZ es el siguiente:

“29. Una forma extremosa del procedimiento sobre menores infractores excluyó de éste a los padres y tutores. Dicha exclusión en este ámbito –donde campeaba lo que algún ilustre procesalista denominó un procedimiento de ‘naturaleza tutelar-inquisitiva’<sup>120</sup>– obedeció a la idea de que en el enjuici-



Si bien es correcta la caracterización del proceso *–proceeding–* tutelar, estas características no fueron su forma extrema. Además, y principalmente, los padres no eran excluidos del proceso salvo declaración judicial; el que no tenía voz era el niño. A veces se le asignaban representantes como los asesores de menores argentinos, pero no abogados defensores de sus derechos. El juez GARCÍA RAMÍREZ señala las particulares características del niño, que en muchos casos no podría por su temprana edad participar activamente en el proceso, y los casos de conflicto entre los intereses del niño y sus padres; pero no propone una solución a estas tensiones. Hubiera sido interesante que explorara una hermenéutica tal como la siguiente:

ciamiento de menores no existía auténtico litigio, porque coincidían los intereses del menor y de la sociedad. La pretensión de ambos era idéntica: el bienestar del niño. En términos actuales se diría: el interés superior del menor. Si ésta era la teoría, en la regulación concreta y en la práctica las cosas no funcionaban en esa dirección, y en todo caso se hallaban en predicamento tanto el derecho de los padres en relación con sus hijos, como los derechos de estos mismos, de carácter familiar y de otra naturaleza. Es indispensable, en consecuencia, aceptar que el menor no puede ser un extraño en su propio juicio, testigo y no protagonista de su causa, y que los padres –o tutores– también tienen derechos propios que hacer valer y por ello deben comparecer en el juicio, todos asistidos por un asesor, promotor o defensor que asuma la defensa con eficacia y plenitud”.

“Examinemos la Convención, detengámonos ante todo sobre las huellas que este límite histórico ha dejado en ella. Estas huellas son evidentes, especialmente cuando inciden sobre el significado y el alcance del gran principio innovador introducido por la Convención en el artículo 12 y otros artículos (...). Conforme este principio, el niño tiene derecho en primer lugar a formarse juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión y, en tercer lugar a ser escuchado. Nunca habían sido reconocidas, de modo así explícito, la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos. (...) Pero, para contrabalancearlo con el principio opuesto, proveen dos robustas baterías de normas.

La primera parece asegurar firmemente a los adultos el derecho de interpretar, en modo objetivo y definitivo el interés superior del niño o aquello que corresponde al bienestar social, espiritual y moral, a la salud física o mental del niño. La segunda batería de normas condiciona el ejercicio de los derechos del niño, no sólo al respeto de los derechos y de las libertades de los otros –lo que es correcto– sino –lo que es dudoso– a la interpretación dada por los adultos a cláusulas generales o con-

ceptos indeterminados, como la seguridad nacional; la seguridad, la salud y la moral pública. (...) no menos relevantes son los límites internos a estos. (...)

La libertad de formarse un juicio propio no tiene ninguna limitación de contenido, en verdad se refiere a la total posición del niño frente al mundo. Pero el derecho de expresar la propia opinión no se extiende a toda su visión del mundo, sino que comprende solamente las situaciones que afectan al niño. Sólo en relación a estas situaciones el primer párrafo del artículo 12 prevé que su opinión sea tomada debidamente en cuenta. Debidamente, pero ¿en función de qué? ‘En función de la edad y madurez del niño’. Sin una interpretación garantista y global de la Convención, estaríamos en presencia del viejo y fatal error del paternalismo: dejemos que el niño forme su propia imagen del mundo –dicen los adultos– pero nosotros no tenemos nada que aprender de ella cuando se refiere a nosotros mismos. Escuchémosle cuando decidimos por él, pero no tomemos mucho en cuenta lo que él dice, si éste resulta todavía muy pequeño o muy poco maduro. Aún más restringido resulta el derecho de los niños de ser escuchados, previsto en el artículo 12.2. Este derecho no se refiere a todo lo que el niño puede opinar acerca de las decisiones que los adultos toman por él, sino solamente a las decisiones que los adultos toman a nivel institucional, en el caso de ‘todo procedimiento judicial y administrativo’. ¿Todo? Sí, pero, naturalmente, sólo aquellos que afectan al niño. (...)

A la luz de estos criterios, los derechos que el artículo 12 de la Convención reconoce a los niños no son derechos ‘definitivos’, son derechos débiles, porque están caracterizados por una falta de simetría entre obligaciones del Estado y pretensiones de los titulares. El derecho de hacerse un juicio propio está configurado como un deber de prestación por parte del Estado (garantizar al niño las condiciones para formar su propio juicio –artículo 17.1–), pero no corresponde a una posición jurídica subjetiva concretamente determinada en el niño y, además, está sujeta a la reserva de lo económicamente posible. El derecho a que se tengan en cuenta sus opiniones, está formulado sin que se precise si los que tendrían que tomar en cuenta sus opiniones, son los funcionarios o los adultos responsables por el niño. Finalmente, el derecho a ser escuchado, que es el único a ser configurado como un derecho del niño y no como un deber genérico del Estado, o de otros sujetos, está formulado a través de un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que estén establecidos vínculos para ella. También por eso, la Convención adopta una formulación bastante débil, utilizando el término ‘oportunidad’ y no el término ‘derecho’. (...)”<sup>121</sup>.

### III. 3. E. La peligrosa coartada de la emergencia

Continúa el voto con un argumento algo peligroso (quizá debido a una redacción poco clara), en el párrafo 31, referido a la indiscutida posibilidad de intervención del Estado en casos de emergencia, sin formalidades legales; pero no define cuáles serían esas situaciones de emergencia, lo que en

este tema resulta extremadamente problemático, al punto de que se llega a afirmar en el voto que para proteger a un niño abandonado no haría falta un proceso judicial, lo que se contradiría con gran parte de lo sostenido aun de manera confusa por el mismo voto y por esta opinión consultiva en general:

“31. Las consideraciones que se hacen en estas hipótesis y en otras semejantes no debieran ser interpretadas como impedimentos para que el Estado actúe con eficacia y diligencia –e invariablemente con respeto a la legalidad– en aquellas situaciones de urgencia que demanden una atención inmediata. El grave peligro en el que se encuentra una persona –y no solamente, como es obvio, un menor de edad– exige salir al paso del riesgo en forma pronta y expedita. Sería absurdo pretender que se apague un incendio sólo cuando exista orden judicial que autorice a intervenir en la propiedad privada sobre la que aquél ocurre, *o que se proteja a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte, sólo previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente*” (destacado agregado).

Entiendo que habría que leer “niño abandonado en peligro de lesión” o “niño abandonado en peligro de muerte”; no niño abandonado, niño en peligro de lesión o niño en peligro de muerte como tres categorías diferentes, porque las consecuencias serían contrarias a lo que se afirma en gran parte del voto<sup>122</sup>. No abarca, no obstante, los supuestos que entiendo también estarían comprendidos por el estándar, cuales serían los de “niño en peligro de lesión” o “niño en peligro de muerte”. Por otro lado, el voto tampoco desarrolla cuáles serían las obligaciones positivas del Estado en caso de riesgo –la obligación de hacer referida a la situación fáctica concreta–; la relación entre el riesgo, la medida a adoptar y el fin, medidas alternativas; cómo definir el riesgo, la amenaza, etc., para no autorizar indebidas intromisiones del Estado en la vida del niño y de su familia<sup>123</sup>.

El juez GARCÍA RAMÍREZ realiza una reflexión final sobre la clientela de la justicia de menores, que es seleccionada por motivos de pobreza o por la imputación de delitos, a quienes considera constituyen “un enorme número de niños, a quienes no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, (...) cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, (...) sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores<sup>124</sup>.

Agrega el juez opinante una importante consideración sobre el carácter de los derechos humanos, que adquieren en una decisión como esta un sentido particular:

“35. En este extremo cobra presencia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles, mutuamente complementarios y condicionados. Bien que se organicen los procedimientos en forma tal que los niños cuenten con todos los medios de asistencia y defensa que integran el debido proceso legal, y bien, asimismo, que no se les extraiga injustificadamente del medio familiar – si cuentan con él–, pero nada de esto absuelve de construir las circunstancias que permitan a los menores el buen curso de su existencia, en todo el horizonte que corresponde a cada vida humana, y no solamente en las situaciones –que debieran ser excepcionales– en que algunos menores afrontan ‘problemas con la justicia’. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención. No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizá, esmero sobre los derechos civiles y políticos –o sólo algunos de ellos, entre los más visibles– y desatención acerca de los otros”.

La causa por la cual siempre que se habla de derechos civiles –o de primera generación– de los niños, se siente la obligación de aclarar que no se están soslayando los derechos sociales, económicos y culturales –o de segunda generación–, se explica a mi modo de ver con la historia de la protección a la infancia. En efecto, la concepción tradicional de la protección a la infancia se orientaba a la satisfacción de lo que hoy se considerarían derechos de segunda generación: asegurar a los niños comida, vivienda, salud. Curiosamente, la CDN –primer instrumento jurídico que reconoce específicamente derechos de primera generación a los niños con alto nivel de exigibilidad–, debilita los de segunda generación. El art. 4 de la CDN establece:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos *económicos, sociales y culturales*, los Estados Partes adoptarán esas medidas *de conformidad con los recursos de que dispongan*<sup>125</sup> y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional” (destacado agregado).

Esta particularidad de un tratado que por primera vez reúne derechos civiles y políticos con derechos económicos, sociales y culturales, explica también su generalizada aceptación<sup>126</sup>; pero parecería reforzar la tesis sugerida indirectamente por el voto que se comenta en el sentido de que el reclamo por la vigencia de los derechos civiles y políticos implicaría poner en un segundo plano los derechos económicos, sociales y culturales. Es un tipo de argumentación presente pero poco frecuente

cuando se trata de adultos, aun cuando se trate de minorías históricamente marginalizadas. De manera que su presencia al final de este voto es elocuente. Se trata de un voto en un pedido vinculado con la protección a la infancia, no con los adolescentes infractores; pero que concentra su argumentación en los problemas vinculados con ellos y que, al final, retoma una posición que considera a algunos derechos más relevantes que a otros, cuando de infancia se trata. No obstante, el voto que –reitero– es el mejor de toda la OC 17, no logró avanzar en la conceptualización, el contenido y los límites que el Estado tiene para asegurar estos derechos económicos, sociales y culturales, que era sobre lo que versaba originalmente el pedido.

El juez GARCÍA RAMÍREZ concluye, en la misma línea, con una apelación a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales:

“36. La OC-17 acierta, a mi juicio, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto subraya la obligación de los Estados (...) de adoptar medidas que permitan proveer a las personas de satisfactores en múltiples vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. En efecto, no bastaría con atribuir deberes a los Estados si no se reconocen, en contrapartida, los derechos que asisten a los individuos: de esta suerte se integra la bilateralidad característica del orden jurídico. En este ámbito ha ocurrido una evolución de conceptos semejante a la que campea en el sistema interno: si las Constituciones tienen, como ahora se proclama, carácter normativo –son, en este sentido, genuina ‘ley suprema’, ‘ley de leyes’–, también los tratados poseen ese carácter, y en tal virtud atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos. Entre estos últimos se localizan, por lo que hace al tema que aquí me ocupa, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños”.

#### V. El voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade

Para el juez CANÇADO TRINDADE, “La consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuadra perfectamente (...) en la amplia base jurisdiccional de la función consultiva de la Corte Interamericana (...) La Corte tiene, así, la competencia para interpretar las disposiciones relevantes (objeto de la presente consulta) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados que vinculan los Estados de la región, además de la responsabilidad y del deber –como lo determina la Convención Americana– de ejercer su función consultiva, cuya operación es materia de *ordre public* internacional”.

El juez CANÇADO no indaga en los problemas formales del pedido de la Comisión y, al considerar de la mayor importancia la emisión de esta OC 17 en atención a las graves dificultades que atraviesa la infancia, desarrolla una serie de consideraciones pertinentes en cuanto tratan de la condi-

ción jurídica internacional de los niños, pero no directamente vinculadas con el objeto de la consulta.

El voto comienza con una referencia a las difíciles condiciones materiales en las que viven millones de niños en el mundo, ya que para este juez “Un tribunal de derechos humanos no puede dejar de tomar conocimiento de esta tragedia, aún más cuando expresamente instado a pronunciarse sobre aspectos de los derechos humanos del niño y de su condición jurídica, en el ejercicio de su función consultiva, dotada de amplia base jurisdiccional”<sup>127</sup>. Aparentemente, para el juez CANÇADO los mayores problemas vinculados con los derechos humanos de los niños no se encuentran en el ámbito normativo sino en la realidad concreta de la vida de niños cuyos derechos son amenazados o violentados por acción u omisión del Estado, de sus comunidades o de sus familias. Es posible comprender y compartir su perspectiva. Lo problemático es que la consulta se vinculaba específicamente con la condición jurídica de los niños en el ámbito del orden público internacional universal y regional.

Luego de formular profundas consideraciones respecto de la condición humana y el tiempo<sup>128</sup>, el juez CANÇADO destaca lo que considera el centro de la decisión, su *leitmotiv*, que por otro lado es también para mí, el núcleo de su voto concurrente:

“6. En su punto resolutivo n. 1, la presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana dispone que, ‘de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección*’<sup>129</sup>. En efecto, son sujetos de derecho los niños<sup>130</sup>, y no la infancia o la niñez. Son sujetos de derecho los ancianos, y no la vejez. Son sujetos de derecho las personas con discapacidad, y no la discapacidad ella misma. Son sujetos de derechos los apátridas, y no la apatridia. Y así por delante. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada subtraen [*sic*] a la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente”.

Es útil esta precisión, en la medida en que las locuciones “derechos de la infancia”, “derechos del menor” y “derechos del niño” han sido utilizadas como sinónimos en el ámbito jurídico en los últimos años. Además, resulta relevante en cuanto precisa que las limitaciones de la capacidad jurídica en nada afectan a la personalidad jurídica.

Amplía a continuación estos dos puntos:

“7. Desde el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –en el cual se enmarcan, a mi modo de ver, los derechos humanos del niño– son los niños los titulares de dere-

chos, y no la infancia o la niñez. Un individuo puede tener derechos específicos en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentre (v. g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad, los apátridas, entre otros), pero el titular de derechos sigue siendo siempre él, como persona humana, y no la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial (v. g., la infancia o niñez, la vejez, la discapacidad, la apatridia, entre otros)”.

Y

“8. Es cierto que la personalidad y la capacidad jurídicas guardan estrecha vinculación, pero en el plano conceptual se distinguen. Puede ocurrir que un individuo tenga personalidad jurídica sin disfrutar, en razón de su condición existencial, de plena capacidad para actuar. Así, en el presente contexto, por personalidad se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad la aptitud para ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad encuéntrase, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; *sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, ni por eso deja de ser sujeto de derecho. Es el caso de los niños*”<sup>131</sup> (destacado agregado).

Luego, el juez CANÇADO se refiere al camino que condujo hasta lo que él denomina la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano, que considera “el legado más precioso de la ciencia jurídica del siglo XX”:

“15. Con el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano en el plano internacional, el Derecho Internacional pasó a configurarse como un *corpus juris* de emancipación. No hay ‘neutralidad’ en el Derecho; todo Derecho es finalista, y los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos...”.

El juez señala que el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano es la respuesta a una necesidad de la comunidad internacional: a fin de evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, los Estados deben responder por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción<sup>132</sup>. Para ello es imprescindible el derecho de petición individual (para él cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos), junto con el reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones positivas de protección y la aceptación de la garantía colectiva de su cumplimiento. Para el juez CANÇADO, “Es este el sentido real del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Luego de rescatar al derecho de petición individual como central, al recordar un párrafo de su voto en el caso “Castillo Petruzzi y otros v. Perú”, y tal vez algo optimista en su explicación, afirma que “el reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos atiende a una verdadera *necesidad* de la comunidad internacional, que hoy busca guiarse por valores comunes superiores”. Y recuerda como ejemplo de este nuevo momento en la historia de la protección internacional de los derechos humanos el caso “Villagrán Morales y Otros” (Caso de los “Niños de la Calle”), de donde se desprende “que la titularidad jurídica internacional de los individuos es hoy día una realidad irreversible, y la violación de sus derechos fundamentales, emanados directamente del ordenamiento jurídico internacional, acarrea consecuencias jurídicas”<sup>133</sup>.

Desde la perspectiva que plantea en su voto –que comparto–, este caso es histórico: “25. El ser humano irrumpe, en fin, aun en las condiciones más adversas, como sujeto último del Derecho tanto interno como internacional. El caso de los ‘Niños de la Calle’, decidido por la Corte Interamericana, en que los marginados y olvidados del mundo lograron recurrir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, es verdaderamente paradigmático, y da un testimonio claro e inequívoco de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha alcanzado su madurez”.

En su concepción, la necesidad de la comunidad internacional de brindar protección a los seres humanos que la componen y no sólo a los Estados –necesidad que, según su análisis, explica la consolidación de la personalidad jurídica internacional– aparece reforzada en relación con las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, entre ellos, los niños<sup>134</sup>.

De la explicación general respecto de la constitución del ser humano como sujeto del derecho internacional, ingresa más específicamente en la constitución de los niños en el mismo carácter. Lo vincula con las normas internacionales que establecen la protección de la dignidad humana sin excepciones y lo encuentra en esta OC, “cuando ésta ubica, en la escala de los *valores fundamentales*, ‘la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la sociedad y con respecto al Estado’ (párr. 93)”.

Desarrolla luego la siguiente explicación histórica:

“38. O sea, los derechos del niño en fin se desprendieron de la *patria potestas* (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia –enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el



plano internacional—, el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el ‘interés superior del niño’, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia”.

Estas afirmaciones son ciertamente discutibles. Tanto que los derechos del niño se hayan desprendido de la patria potestad y de la noción de indisolubilidad del matrimonio, cuanto que el fundamento de la autoridad parental sea el interés superior del niño simplifican y confunden, en mi opinión, los temas en análisis. Por un lado, la historia del reconocimiento de los derechos del niño ha recorrido un largo camino y ha sido objeto de diversas perspectivas e hipótesis, que no coinciden necesariamente con la propuesta en el voto<sup>135</sup>. Por otro lado, el interés superior del niño ha sido definido de muchas maneras; pero a raíz de la forma en la que ha sido interpretado por décadas, como un “cheque en blanco” que autorizaba toda clase de discrecionalidad en el ámbito público estatal, se ha comenzado a interpretarlo como una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos<sup>136</sup>. En ningún caso se lo identifica con el fundamento de la autoridad parental sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño.

Por último, también es discutible la afirmación final, en el sentido de que sólo recientemente la materia habría tenido autonomía. Es sabido que desde que se aprobaron las primeras leyes de menores en América Latina<sup>137</sup>, los saberes que se produjeron en torno de estas leyes y de la institucionalidad por ellas creada se nuclearon alrededor de la materia “derecho de menores”. Esta disciplina, ejemplo curioso para el estudio de la epistemología jurídica, desde sus orígenes se puso al margen de toda clase de escrutinio, tanto académico cuanto profesional. Lo logró reclamando para sí autonomía<sup>138</sup>. No era derecho penal, ni civil, ni administrativo, ni encajaba en ninguna otra rama conocida del derecho público o privado: era “derecho de menores”. Con esta ambición desarrolló razonamientos propios, reglas propias, una cultura propia que difícilmente sería admisible en cualquier otra área conocida del derecho. La autonomía la protegía del análisis y contralor del resto de la comunidad jurídica, y esto fue así por décadas, hasta que la crítica al derecho penal positivista golpeó a las puertas del derecho de menores, preservado hasta entonces en sus eufemismos tutelares. Su pretendida “autonomía” lo puso al margen también al entrenar generaciones de operadores judiciales y administrativos que no eran reconocidos como pares de sus iguales en sus ámbitos de actuación. Valga como ejemplo la justicia de menores de la ciudad de Buenos Aires que siempre perteneció al fuero criminal y correccional pero que nunca fue percibida en el imaginario institucional como una justicia igual que la justicia de instrucción o de sentencia.

El juez continúa su voto discutiendo con quienes afirman que la CDN se limita a crear obligaciones estatales (a quienes no menciona), ya que para él esas obligaciones existen precisamente en ra-

zón de que ese tratado y otros consagran derechos humanos del niño. Y concluye este tema sosteniendo que:

“41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos *independientemente de las limitaciones de su capacidad juridical (de ejercicio)*” (destacado agregado).

Otro punto importante que destaca el juez CANÇADO se relaciona con la convergencia de puntos de vista con relación a la condición jurídica de los niños como titulares de derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, situación que para él, además de reflejar un verdadero cambio de paradigmas, es expresión de una *opinio juris communis* en nuestros días sobre la materia.

Es interesante el párrafo 52 porque vincula la condición de sujeto de derecho con la responsabilidad, aunque no profundiza esta relación, para luego conectar estas nociones con el derecho del niño a la educación:

“52. Pero no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general, y de la educación en derechos humanos en particular, debidamente reconocida en la presente Opinión Consultiva (párrs. 84-85 y 88). No son de difícil constatación las manifestaciones precoces de algunas grandes vocaciones, a veces muy temprano en la vida. Todo niño tiene efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio proyecto de vida. A mi juicio, la adquisición del conocimiento es una forma –quizás la más eficaz– de emancipación humana, e imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano”.

En la misma línea entiende –y reitera– que “El *corpus juris* de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v. gr., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño (...)”.

Precisa que ese *corpus juris*, en relación con los niños infractores de la ley penal, es “garantista” y está orientado hacia el desarrollo de su responsabilidad, de modo que “en ninguna circunstancia (...) encuéntrase el niño privado de su personalidad jurídica, con todas las consecuencias jurídicas de ahí resultantes”.

Es muy importante esta afirmación porque sólo en este voto concurrente se señala la condición de sujeto de derecho como sujeto de responsabilidad, conexión que no aparece en la OC 17 en la que, por el contrario, como sostuve, se advierten profundas contradicciones en torno del tema de la persona menor de edad infractora de la ley penal<sup>139</sup>.

Siempre en torno del mismo tema, que es la personalidad jurídica internacional del niño y el derecho a peticionar ante tribunales internacionales, incorpora un elemento adicional vinculado con la incapacidad del niño:

“57. De ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión, puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición, debe, naturalmente, contar con un representante legal, si es legalmente incapaz. Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno”.

Tal vez en otra oportunidad el juez CANÇADO desarrolle el tema de la representación legal necesaria ante tribunales internacionales de “incapaces” (características, alcances, etc.), de la mayor relevancia tanto a nivel de litigio ante tribunales nacionales cuanto internacionales.

La última reflexión del juez CANÇADO se relaciona con las condiciones materiales de los niños y con la obligación del Estado de proteger los derechos humanos del niño *erga omnes*. Considera que la necesidad de asegurar a los niños el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida es una “inegable cuestión de justicia” y que los múltiples problemas que los niños padecen en la región dan cuenta de que no se verifica su “protección integral”, que es deber del Estado y de los particulares y actores no estatales<sup>140</sup>. El juez CANÇADO justifica esta obligación en cabeza de actores no estatales mediante el desarrollo de una interpretación del art. 19, en función del art. 1.1. de la Convención Americana, esto es, la obligación *erga omnes* de respetar y hacer respetar todos los derechos consagrados en el tratado, incluido el derecho de los niños a medidas especiales de protección, que extiende a las relaciones interindividuales, además de individuo-Estado<sup>141</sup>.

Recorre también, como el voto de la mayoría en la OC 17, al interés superior del niño, que a su juicio emana de la dignidad de los niños como seres humanos, sin definir el concepto.

Finalmente, es relevante destacar su propuesta de “expandir” la condición del sujeto de derecho, que entiende el rol del tribunal internacional en términos dinámicos y emancipatorios del ser humano sin distinción. Si bien él sólo enuncia el objetivo, y no lo desarrolla, es todo un programa y un desafío hacia el futuro:

“70. Desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana, hay que afirmar los derechos humanos de los niños (y no los llamados “derechos de la niñez o infancia”), a partir de su condición jurídica de verdaderos sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica internacional; *hay, además, que desarrollar todas las potencialidades de su capacidad jurídica*” (destacado agregado).

El juez CANÇADO concluye su voto reiterando su idea inicial, que puede ser considerada el *obstaculo* de su voto: para él el derecho reconoce personalidad jurídica a todo ser humano con independencia de su condición existencial o capacidad jurídica para ejercer los derechos por sí. Esto constituye para él un ejemplo del proceso de humanización del derecho internacional, al que esta OC a su juicio contribuye. Esto explica también –a mi modo de ver– la circunstancia de que se haya pronunciado en el caso a pesar de las deficiencias de orden formal y sustancial contenidas en el pedido original de la Comisión, ya que éste le permitió desarrollar temas de su mayor preocupación. Finalmente, afirma que esta decisión se enmarca en lo que llama un “verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (en los planos tanto interno como internacional) que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana”<sup>142</sup>.

#### VI. Las conclusiones que no concluyen

Podría haber comenzado el análisis de la OC 17 por el final. Sus conclusiones son una buena síntesis del sinuoso camino que condujo a la Corte hasta ellas. Las conclusiones de la OC 17 no concluyen, no responden claramente al confuso pedido de la Comisión, no avanzan en el establecimiento de un estándar más claro que el que ya está fijado en las normas internacionales y, como se indicará, requerirían un pedido de aclaratoria no previsto en los tratados y/o reglamentos para la función consultiva de la Corte.

¿Qué es lo que la OC 17 “concluye”?

La primer conclusión es probablemente la más importante, ya que reconoce que los niños son titulares de derechos y no sólo objetos de protección. Más allá del eslogan, esta conclusión tiene efectos jurídicos innegables y puede y ser útil a la hora de interpretar tanto la Convención Americana cuanto otras conclusiones de esta misma opinión consultiva.

La segunda conclusión se refiere al “interés superior del niño” sobre el que la Corte considera que “implica que el desarrollo [del niño] y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

La tercera se refiere al principio de igualdad, el que la Corte entiende no está reñido con la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, “los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños”. Como se advierte sin dificultad, se superpone esta conclusión con la anterior referida al interés superior del niño.

Hasta aquí las conclusiones no tienen que ver directamente con el objeto de la consulta.

A partir de la cuarta conclusión, la Corte ingresa en el contenido de las medidas de protección a las que se refiere el art. 19 de la Convención Americana, si bien no trata del tema de los límites al Estado. Todas las conclusiones repiten estándares fijados por los tratados y no avanzan en la fijación de lineamientos claros que garanticen una adecuada protección de los derechos humanos de los niños.

En la conclusión cuarta la Corte afirma que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, razón por la cual el Estado debe apoyarla y fortalecerla, “a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo”.

La quinta conclusión se relaciona con la cuarta ya que establece que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función de su interés superior. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. Éste es un punto clave que, como se señaló, no ha sido resuelto por la Corte. Ésta debió haber establecido cuáles eran las “razones determinantes” para separar a un niño de su familia, y no dejarlo librado al impreciso “interés superior”. Tampoco da contenido al supuesto de excepcionalidad ni explica en qué casos la separación del niño de su familia debe ser temporal y en cuáles no.

La sexta conclusión es problemática también porque vincula protección y/o atención con institucionalización, cuando afirma que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

La séptima conclusión es digna de destacar, aunque no es original ya que retoma la posición de la Corte en el caso “Villagrán Morales”, cuando ésta sostiene que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria,

sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

La conclusión octava establece que “la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”. Es importante en tanto plantea la protección como protección de los derechos, pero no avanza mucho más respecto de cómo los Estados deben garantizarlos ni con qué límites.

En la conclusión novena se concentra la Corte en la obligación del Estado consistente en tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales, deber emergente de la Convención Americana y de la Convención del Niño sobre el que la OC 17 no avanza.

La décima conclusión, que junto con la primera y la undécima son probablemente las más importantes, tiene algunos matices que debilitan el estándar que se fija. Allí se establece que “en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo *las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños* y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la *intervención personal* de dichos procedimientos y las *medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos*” (destacado agregado). La Corte establece excepciones o limitaciones a los derechos y garantías vinculados con el debido proceso pero no explicita cómo estas limitaciones deberían realizarse en función del sujeto particular del que se está hablando, lo que tornaría esta OC compatible con ciertas prácticas paternalistas que se procura superar en la región.

La undécima conclusión retoma las prescripciones de la CDN. Establece que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictiva deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad y que las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores (que no explica) deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar (que tampoco desarrolla).

La duodécima se vincula directamente con la anterior y regula el principio de legalidad material así como el debido proceso que ya fue tratado en la conclusión décima, no obstante en esta conclusión el estándar es más preciso:

“12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descripta en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños”.

Finalmente, se apela a la mediación en general, sin explicitar si se refiere a problemáticas sociales o penales, con los mismos recaudos establecidos en la CDN para los menores de edad infractores de la ley penal: “emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos”.

La OC 17 puede, en síntesis, ser caracterizada como:

a) una decisión confusa e incompleta basada en un igualmente equívoco e incompleto planteo del problema por parte de la Comisión;

b) una decisión basada sobre la transcripción de artículos, precedentes e informes regionales e internacionales, mediante la que no se ha brindado una solución razonada de los temas sometidos a su consideración; y

c) una decisión incompleta que omitió pronunciarse categóricamente sobre el artículo 19 de la Convención Americana, tanto en términos de prestaciones positivas cuanto de límites precisos al Estado.

## VII. Comentarios finales

Las conclusiones de la OC 17 son, al igual que los fundamentos que las preceden, un claro ejemplo de lo que en la región ha sido llamado el paradigma de la ambigüedad<sup>143</sup>. No es posible saber si la Corte quiso fijar estándares claros pero no lo logró por falta de comprensión de lo que estaba en juego; o bien si no quiso establecer esos límites precisos por su posicionamiento equívoco en torno del tema.

Además de ambigua, la OC 17 tiene otra característica preocupante: la forma en la que, paradójicamente, soslaya la relevancia de la condición jurídica de la infancia, cuando ése es el nombre de esta OC. Es preocupante que la Corte Interamericana, por intermedio de sus jueces, haya soslayado la relevancia de la condición jurídica de un sujeto *vis à vis* su condición material. Llama la atención que ello tenga lugar en un documento que tiene por objeto analizar problemas jurídicos y no supuestos fácticos. Esto es, además, particularmente grave cuando se trata de sujetos históricamente privados de subjetividad jurídica tanto a nivel del derecho interno cuanto a nivel de la comunidad internacional.

Esta posición subalterna de la legalidad frente a las condiciones reales de vida de los niños no es exclusiva de la OC 17. En ese sentido, ella es producto claro de un contexto histórico-cultural. La misma concepción se repite en muchos países a la hora de discutir reformas legales orientadas a adecuar el derecho interno a los estándares internacionales de derechos humanos. Su frecuencia y centralidad en estos debates no la torna menos grave. ¿Sirve la ley para mejorar la realidad? ¿En qué medida es útil? Estas no son preguntas irrelevantes en un continente en el cual la historia de gran parte de los países ha transcurrido al margen de la ley con un altísimo costo en términos de sufrimiento humano real.

La OC 17 deja abiertas muchas preguntas que se suponía iba a responder para orientar las prácticas y coadyuvar al mejoramiento de la cultura jurídica de la infancia en la región. Por ejemplo, ¿qué se va a entender por interés superior del niño?, ¿cuál puede y debe ser el contenido de las medidas especiales de protección previstas por el artículo 19 de la Convención Americana? ¿Las medidas de protección emergentes del artículo 19 son medidas de acción afirmativa? ¿Es posible incluir la justicia juvenil dentro de los supuestos del artículo 19? ¿Cómo?

A partir de la OC 17, ¿es posible continuar con las prácticas discrecionales tutelares? ¿Es posible seguir diciendo que, como regla, para proteger a un niño el Estado puede –y debe– intervenir coactivamente, a través del organismo judicial y/o administrativo? ¿En qué casos debe intervenir uno y en qué casos otro? ¿Qué supuestos de protección de derechos habilitarían la coacción sobre el niño?



¿Cuándo el paternalismo estatal está justificado en América Latina? En síntesis, ése fue el interrogante que, en el fondo, la Corte Interamericana fue llamada a responder mediante la OC 17, a pesar de la Comisión; pero el llamado no fue atendido.

Es posible no obstante, a partir de las debilidades, lagunas y ambigüedades de esta OC, desarrollar interesantes ejercicios de integración de tratados y documentos regionales y universales (por excelencia, la CDN), así como continuar provocando al sistema interamericano para que fije los estándares que no han sido establecidos con claridad en esta oportunidad. Cómo usar el sistema interamericano para promover y garantizar los derechos de los niños y las niñas en la región requiere nuevas estrategias en un sistema que no fue pensado para el reclamo por los derechos de este particular grupo étnico<sup>144</sup>. Ésta es por cierto una nueva oportunidad que se nos presenta para desarrollar una hermenéutica emancipadora<sup>145</sup> de los derechos de la infancia.

En cuánto esta OC 17 pueda ser útil para cambiar la realidad de violación de derechos fundamentales en la que viven lamentablemente muchos niños y niñas en nuestro continente dependerá del uso inteligente que los diferentes actores preocupados por la promoción y defensa de los derechos de los niños hagan de este instrumento y de todos los demás de aplicación en el caso. En este punto la OC 17 se encuentra en el mismo lugar que la CDN, que provocó transformaciones notables en muchos aspectos a pesar de ella misma y de sus lagunas y ambigüedades. Un territorio importante para explorar su utilidad es el de los países que aún no han reformado sus sistemas jurídicos e institucionales vinculados con la infancia de acuerdo con lo que exigen las normas internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en la materia, tales como los países del Cono Sur y México.

No hay un antes y un después de la OC 17. La OC 17 es, como la CDN, el emergente de un proceso cultural lento, lentísimo, dirigido a refundar la condición jurídica de la infancia en el continente. Al igual que el caso “Villagrán Morales”, la OC 17 contribuye al proceso de dar visibilidad y centralidad a los derechos de la infancia como derechos humanos en la región. Falta todavía mucho camino por recorrer para poder dar el salto que nos lleve desde la centralidad y visibilidad a la vigencia efectiva.

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

\*\* Recuerda DE LEO las Actas de la Convención de Abano de 1975, en la que la voz de Hrayr TERZIAN fue de las más críticas frente a aquellas que reclamaban una apertura y modernización de la justicia tutelar. En italiano en el original *La*

*giustizia dei minori*, Ed. Einaudi, Torino, 1981; en castellano, traducción de Carlos GONZÁLEZ ZORRILLA, Ed. Teide, Barcelona, 1985, p. 85. Por T. M. debe entenderse Tribunal de Menores.

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

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

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

<sup>3</sup> En adelante la Comisión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

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

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



formulan declaraciones en contra de la disminución de la edad penal de los niños, otras describen los problemas sociales graves que sufren los niños en América Latina, otras explican las garantías y derechos en general, otras desarrollan la doctrina sobre el tema en general, otras en materia penal, etc., un verdadero “cambalache” que da cuenta del estado de la discusión sobre estos temas en nuestra región.

<sup>28</sup> El juez JACKMAN cita en esta parte de su voto la opinión consultiva *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, OC 16/99, párr. 43; y “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64, CADH), opinión segunda.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>38</sup> “28. Por lo que toca al citado artículo 19 de la Convención Americana vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección”. Cf. OC 17, párr. 28.

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

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

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

<sup>42</sup> OC 17/2002, párr. 41.

<sup>43</sup> OC 17/2002, párr. 46.

<sup>44</sup> OC 17/2002, párr. 47.

<sup>45</sup> OC 17/2002 párr. 48.

<sup>46</sup> OC 17/2002, párr. 53.

<sup>47</sup> OC 17/2002, párr. 54.

<sup>48</sup> OC 17/2002, párr. 55.

<sup>49</sup> Todo el derecho tutelar de menores se autoproclamó autónomo de otras ramas jurídicas. De esta manera se puso a salvo del escrutinio académico, con el pretexto de que en su interior no regían los principios que sí regían en otros ámbi-

tos del derecho; y de modo que sólo los iniciados en esta disciplina conocían cuáles eran los principios rectores y de interpretación de la especialidad. Se puso a salvo también del escrutinio burocrático, porque aun operando objetivamente dentro de la justicia penal –como lo ha hecho la justicia de menores en gran parte de los sistemas latinoamericanos– siempre actuó al margen de ella, aisladamente. Sobre la “autonomía” del derecho de menores, ver una de las obras fundamentales dentro de la disciplina de Rafael SAJÓN, *Derecho de menores*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Capítulos X y XI. Este autor afirma: “Cuando hablamos de la autonomía del Derecho de Menores, como de cualquier otra rama del Derecho [él divide al derecho público en constitucional, administrativo, penal, internacional público y eclesiástico; y al privado en civil, comercial, del trabajo y rural, agregando que existen “modernas ramas especializadas” como seguridad social, minería, hidrocarburos, propiedad intelectual o derecho espacial, y que el derecho procesal es público o privado en función del procedimiento de que se trate y está por fuera de estas clasificaciones], se encierran bajo un mismo matiz diferentes aspectos. Puede hablarse de autonomía con distintos significados: principalmente, de autonomía legislativa, didáctica y jurídica. En el estudio del Derecho de Menores podemos encontrar esta triple autonomía. Posee autonomía legislativa, porque se trata de un conjunto de disposiciones que son susceptibles de integrar un cuerpo orgánico, con independencia formal, llamado Código de Menores o Estatuto de Menores. Posee también autonomía didáctica, porque dicho cuerpo de normas puede ser motivo de una enseñanza particular (...). Posee autonomía jurídica –la más importante–, porque todo su conjunto de normas se encuentra regido por principios generales que le son propios; esto es, que constituye un cuerpo autónomo de principios, con espíritu y directivas propias, un Derecho que tiene en sí mismo sus reglas y sus excepciones y que, como sistema orgánico, admite la analogía” (ps. 264-265).

<sup>50</sup> OC 17/2002, párr. 56.

<sup>51</sup> OC 17/2002, párr. 65.

<sup>52</sup> OC 17/2002, párr. 66.

<sup>53</sup> OC 17/2002, párr. 70.

<sup>54</sup> OC 17/2002, párr. 71.

<sup>55</sup> OC 17/2002, párr. 82.

<sup>56</sup> OC 17/2002, párr. 75.

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

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

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

<sup>60</sup> Art. 26 de la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobada el 3 de diciembre de 1998; el art. 8 de la ley 2.302 de Neuquén aprobada el 7 de diciembre de 1999; el art. 26 de la ley 4.347 de Chubut aprobada el 7 de noviem-



bre de 2000; el art. 10 de la ley 6.354 de Mendoza, aprobada el 22 de noviembre de 1995; y el art. 14 de la ley 521 de Tierra del Fuego, aprobada el 28 de noviembre de 2000.

<sup>61</sup> En este sentido, los casos de Paraguay y de Guatemala. En Guatemala es claro como nunca logró ponerse en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por unanimidad en 1996 debido a la manera en la que regulaba este tema, prohibiendo la separación del niño de su familia por razones de pobreza, lo que colisionaba con oscuros intereses en el país.

<sup>62</sup> OC 17/2002, párr. 77.

<sup>63</sup> OC 17/2002, párr. 79

<sup>64</sup> OC 17/2002, párr. 86.

<sup>65</sup> OC 17/2002, párr. 87.

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

<sup>67</sup> OC 17/2002, párr. 91.

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

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

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

<sup>71</sup> Cf. OC 17, párr. 54.

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

<sup>73</sup> OC 17/2002, párr. 98.

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

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

<sup>76</sup> Es del caso recordar al respecto la interpretación del art. 12 de la CDN que trata del derecho del niño a ser oído, a expresar su opinión libremente, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta y a participar en todos los procesos que los afecten, realizada por Alessandro BARATTA, mencionada en la nota 47:

“... concierne a la conexión funcional de los derechos establecidos en el artículo 12 con la estructura democrática de la sociedad y del Estado y con la posición del niño en esta estructura. No hay ninguna relación explícita de estos derechos con el funcionamiento del sistema democrático. Por el contrario, como se ha observado, la importancia de las opiniones del niño está estrictamente limitada a las situaciones y a los procedimientos que afectan sus intereses. No se extiende a los intereses generales, y las opiniones del niño que pudieran relacionarse con intereses generales no son relevantes. (...) Si la consideramos en el tenor literal del preámbulo y de los artículos específicos, pero de manera fragmentaria, se debería concluir que la Convención protege los derechos del niño, también aquellos derechos que podrían tener una función decisiva para su participación en el proceso democrático en la sociedad y en el Estado, como son aquellos previstos en el artículo 12, no como los derechos de un ciudadano que participa en las relaciones de autonomía y de auto-gobierno, sino que como aquellos de un ciudadano a medias, o mejor de un ciudadano potencial o futuro. Al niño mientras tanto, le estaría garantizado el desarrollo libre, disfrutando de los derechos civiles y de los derechos económicos, sociales, culturales (con las limitaciones y los contrapesos antes indicados), bajo las reglas y el gobierno de los adultos. Pero sólo cuando se hubie-

re convertido, como ellos, en un ciudadano, podrá disfrutar finalmente de los derechos de participación política”. Cf. BARATTA, *Infancia y democracia*, cit., ps. 49-50.

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

<sup>78</sup> Cf. OC 17, párr. 80.

<sup>79</sup> El art. 40.3.a establece que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (...)”

<sup>80</sup> Con base en la afirmación contenida en la misma OC 17 en los párrafos 108 y 109:

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

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

<sup>83</sup> Cf. OC 17, párr. 119.

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

“108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva– incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal ‘implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales’. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños”.

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

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

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

<sup>88</sup> BELOFF, *Algunas confusiones*, cit. *supra* nota 68.

<sup>89</sup> Ver, entre muchos otros, ZEHR, Howard, *Changing lenses: a new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottsdale, Pennsylvania, 1990; MORRIS, Allison y MAXWELL, Gabrielle (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation & circles*, Hart Publishing, Oregon, 2001; BRAITHWAITE, J., *Crime, shame and reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

<sup>90</sup> Julieta DI CORLETTA ha encontrado una fórmula feliz para caracterizar este voto, luego de la lectura de este párrafo al que consideró “sobre-alentador”. En sus palabras, este voto “pone nombre” a todo lo que es ininteligible en la decisión principal de la OC 17, probablemente –estimo yo– porque su autor es quien mejor conocía la discusión y lo que estaba en juego en ella.

<sup>91</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 1.

<sup>92</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 1.

<sup>93</sup> “Sobra decir que estas denominaciones tienen, hoy día, una elevada ‘carga desfavorable’, o por lo menos controvertible. El gran debate comienza –o termina– en el empleo mismo de dichas expresiones”. Cf. OC 17, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 1.

<sup>94</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 5 *in fine*.

<sup>95</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 11 *in fine*.

<sup>96</sup> OC 17/2002, voto del juez CANÇADO TRINDADE, párr. 6, *infra* ps. 172 y siguientes.

<sup>97</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 13.

<sup>98</sup> En efecto, la división entre secretarías actuarias o penales y tutelares o asistenciales, da cuenta de que si bien el delito no es decisivo, en un dato con particular relevancia en el entramado tutelar.

<sup>99</sup> OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 14.

<sup>100</sup> “15. La legislación y la jurisprudencia nacionales, apoyadas por una doctrina que en su tiempo pareció innovadora, afirmaron en diversos países la posición paternalista del poder público. En Estados Unidos, estas ideas se instalaron a partir de una resolución de la Suprema Corte de Pennsylvania, de 1838: *Ex parte Crouse*. En México, casi cien años después, una conocida sentencia de la Suprema Corte de Justicia, dictada en el juicio de amparo de Ezequiel Castañeda en contra de actos del Tribunal de Menores y de la ley correspondiente, expuso el criterio tradicional: en la especie, el Estado no actúa ‘como autoridad, sino en el desempeño de una misión social y substituyéndose a los particulares encargados por la ley y por la tradición jurídica de la civilización occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores’. Así se definió el rumbo que seguiría esta materia, de manera más o menos pacífica, en muchos años por venir. Tomando en cuenta el relevo paterno y tutelar que explicó y justificó, desde el plano jurídico, la actuación del Estado, así como el propósito asignado a la intervención del aquél en estos asuntos, que coincidía aproximadamente con el designio correccional o recuperador que campeaba en el caso de los adultos, esta forma de actuar y la corriente que la sustenta recibieron una denominación que ha llegado hasta nuestro tiempo: ‘tutelar’”. También “Al entender que el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor ‘sui generis’, pretendió excluirlo del mundo de los delincuentes ordinarios. También advirtió el enorme peso que el aparato de la justicia puede ejercer sobre el menor de edad, y supuso preferible instituir unos procedimientos y organizar unos organismos carentes de la ‘figura y el estrépito’ de la justicia ordinaria, cuyos resultados no habían sido precisamente satisfactorios en el caso de los menores”. Cf. OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 15.

<sup>101</sup> “A general impression has been created in the literature of juvenile justice that prior to the reforms of the child-saving movement, children were treated by the criminal courts as though they were adults. The creation of the juvenile court is often characterized as a significant victory for enlightenment over forces of oppression and ignorance. The popularity of this myth can be attributed to the lack of empirical scholarship (...) and to the tendency of many writers to view judicial and penal history from an evolutionary perspective. The modern view of the juvenile court suffers from a sentimental interpretation of history to suit progressive explanations of how social problems are ‘civilized’”.

[“En la literatura sobre justicia juvenil se ha creado una impresión general en el sentido de que previo a las reformas del movimiento de los salvadores del niño, los niños eran tratados por los tribunales penales como si fueran adultos. La creación de los tribunales de menores es a menudo caracterizada como una victoria significativa de la Ilustración sobre las fuerzas de la opresión y la ignorancia. La popularidad de este mito puede ser atribuida a la falta de estudios empíricos (...) y a la tendencia de muchos autores a ver la historia judicial y penal desde una perspectiva evolutiva. La concepción moderna del tribunal de menores padece de una interpretación sentimental de la historia para acomodar explicaciones progresistas respecto de cómo se ‘tornan civilizados’ los problemas sociales”] (traducción propia). Cf. PLATT, *The child savers*, cit. *supra* nota 16, ps. 184 y siguientes. Sobre el particular ver también ROTHMAN, David J., *Conscience and convenience. The asylum and its alternatives in progressive America*, Harper Collins, 1980, capítulos 6 al 8; KRISBERG, Barry y AUSTIN, James F., *Reinventing juvenile justice*, Sage, 1993; RYERSON, Ellen, *The best-laid plans. America’s juvenile court experiment*, Hill and Wang, New York, 1978, entre otros.

<sup>102</sup> Sigue: "... el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como 'derecho tutelar', ha sido puesto en duda con sobrados motivos hace algunos años y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etcétera".

<sup>103</sup> Sobre las diferencias entre el proceso de reformas institucionales y legales vinculadas con la justicia juvenil en los Estados Unidos, a través del activismo judicial, y en América Latina, treinta años después, a partir de la incorporación de la CDN, ver BELOFF, Mary, *Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

<sup>104</sup> "1. El modelo garantista. 1. La epistemología garantista. El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico –la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia– en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal". Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Gius, Laterza e Figli, 1989), Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 33. En el prólogo al libro Norberto BOBBIO nos advierte que "Paradójicamente (...) incluso el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo su propia garantía y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que aun cuando se encuentren normativamente declarados no siempre están efectivamente protegidos", *ibidem*, p. 19.

<sup>105</sup> Me refiero al conjunto de fallos que transformó la justicia juvenil estadounidense a partir del caso *in re* "Gault", convirtiéndola en una sucursal proveedora de casos para la justicia penal de adultos. Fue una victoria pírrica del movimiento crítico de la justicia juvenil que acompañó el dictado de estos fallos, a saber: *in re* "Winship" (1970), relacionado con el estándar probatorio más allá de toda duda razonable; "Breed v. Jones" (1975), relacionado con la garantía equiparable al *ne bis in idem* continental del derecho anglosajón; "McKeiver v. Pennsylvania" (1971), relacionado con el derecho de los jóvenes a ser juzgados por jurados, con respuesta negativa; y "Schall v. Martin" (1984) que examinó el tema de la prisión preventiva en jóvenes.

<sup>106</sup> "20. En la realidad, ha ocurrido que las crecientes oleadas de delincuencia –y dentro de éstas la delincuencia infantil o juvenil en 'sociedades juveniles', como son las de Latinoamérica–, que provocan reclamaciones también crecientes y explicables de la opinión pública, han desencadenado cambios legales e institucionales que parecen caracterizar una de las posiciones más importantes y significativas de la sociedad y del Estado en la hora actual".

<sup>107</sup> Cf. BELOFF, *Algunas confusas*, cit. *supra* nota 68.

<sup>108</sup> Cf. Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley 8.069 aprobada el 13 de julio de 1990 y reformada, recientemente, por la ley 10.764 del 12 de noviembre de 2003, que declara la inimputabilidad para los menores de dieciocho años y un sistema especial de respuesta para los adolescentes entre doce y dieciocho años no cumplidos en los artículos 104, 105 y concordantes; el Código de los Niños y Adolescentes de Perú, aprobado por la ley 27.337 del 27 de julio de 2000 que modificó el Decreto Ley 26.102 del 24 de diciembre de 1992, que crea un sistema similar al brasileño; en Guatemala la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia aprobada por el Decreto n° 27-03, del 4 de junio de 2003 (modificado por el decreto n° 2-2004), que crea un sistema similar pero con un piso de trece años en lugar de doce; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, aprobado por el Decreto 73-96 del 30 de mayo de 1996, con el mismo techo de dieciocho años y piso de doce, en los artículos 180 y concordantes; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, que crea una justicia penal del adolescente para las personas entre trece y dieciocho años no cumplidos, en los artículos 95 y siguientes, aprobado por ley 87, del 12 de mayo de 1998; en Ecuador el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100 RO/737, aprobada el 17 de diciembre de 2002, establece en el artículo 305 que "Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales". En caso de que cometan infracciones tipificadas en la ley penal, declarada su responsabilidad, estarán sujetos a medidas socio-educativas (artículo 306); en la República Dominicana, el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, aprobado por ley 136-03, del 15 de julio de 2003, crea un sistema especial para los adolescentes –mayores de trece años y menores de dieciocho– y excluye a los niños, en los artículos 222 y siguientes; la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, Ley 5.266, aprobada el 3 de septiembre de 1998, crea del mismo modo un sistema especial para adolescentes entre doce y dieciocho años; la Ley del Menor Infractor de El Salvador, Decreto 863 aprobado el 27 de abril de 1994, establece en el artículo 2 que se aplicará a las personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad; la Ley de Justicia Penal Juvenil de

<sup>109</sup> OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 20.

<sup>110</sup> OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 22.

<sup>111</sup> Ejemplos del *continuum* o puntos de contacto entre ambos modelos son: a) la cuestión de la especialidad aunque la concepción del sujeto sea diversa; y b) la prevención especial positiva, la resocialización o reintegración social del adolescente infractor declarado penalmente responsable o tutelado como justificación de las medidas tanto tutelares como socio-educativas.

<sup>112</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

<sup>113</sup> “23. ¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño –ante todo, un ser humano– es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?” Cf. OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ.

<sup>114</sup> El Código Tutelar para Menores del Estado de Michoacán, **COMPLETAR CITA.**

<sup>115</sup> Así, JESCHECK, cuando afirma que el Derecho penal de jóvenes es una parte del Derecho tutelar de menores. Cf. *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Ed. Bosch, Barcelona, vol. I, ps. 15-16. De la nota 11 del voto del juez GARCÍA RAMÍREZ en la OC 17/2002.

<sup>116</sup> Ver *supra* nota 14.

La única ley problemática es el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, aprobado por ley 2.026, del 27 de octubre de 1999, que reemplaza al Código del Menor de 1992, y que organiza un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes en el Capítulo III del libro tercero bajo el título “Responsabilidad en infracciones”. En el artículo 221 se define a la infracción como la conducta tipificada como delito en la ley penal, en la que incurre como autor o partícipe un adolescente y de la cual emerge una responsabilidad social. Aparece un problema con el ámbito de aplicación, ya que según el artículo 2 de la ley son adolescentes las personas entre doce y dieciocho años, mientras que el artículo 222 establece que la responsabilidad del adolescente se aplicará a las personas comprendidas entre los doce y menores de dieciséis años. Se agrega un artículo –que no resuelve el problema– que establece que las personas entre dieciséis y veintiún años serán sometidas a la legislación ordinaria, pero contarán con la protección a que se refieren las normas de ese título (225).

<sup>117</sup> Ver *supra* nota 111.

<sup>118</sup> Es de aplicación en este punto la siguiente reflexión de Alessandro BARATTA: “Para los niños, el argumento de la diferencia ha producido beneficios mínimos en términos de protección, pero le ha costado en términos de igualdad, mientras que el argumento de la igualdad ha producido efectos negativos, en cuanto se refiere a la identidad del niño y del adolescente –como se puede observar en las distintas excepciones y reservas hechas por los Estados signatarios con respecto a la Convención–, excepciones que han permitido igualar a los adolescentes con los adultos en sectores delicados, como el del trabajo, el reclutamiento militar y la edad penal, no solamente desde el punto de vista fáctico, como tan frecuentemente ocurre, sino también desde el punto de vista normativo.

Sigo pensando que no se trata, en el caso del niño y de los adolescentes, de una separación estructural de dos líneas de desarrollo: la de la igualdad y la de la identidad, sino de un retraso, de una costumbre ideológica, que podría incluso ser la

señal –a pesar de los grandes progresos hechos en los últimos decenios– de que la lucha por los derechos de los niños no ha alcanzado su punto culminante; que entre el futuro y la memoria (...) hay todavía mucha distancia. El retraso histórico que se refiere a la relación entre el movimiento por la igualdad y el movimiento por la diferencia impone colocar en primer plano el derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del Estado democrático de derecho”. Cf. BARATTA, *Infancia y democracia*, cit. *supra* nota 74.

<sup>119</sup> Se sostiene también que la decisión de la mayoría “opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración – convenientemente agrupadas, como lo señala la propia resolución, bajo conceptos amplios que se pueden proyectar sobre las hipótesis específicas– y exponer las opiniones correspondientes. De esta manera, el tribunal contribuye a alentar, atendiendo a los objetivos inherentes a una opinión de estas características, el desenvolvimiento del Derecho nacional conforme a los principios que recoge y proyecta el Derecho de gentes”. No comparto, evidentemente por las razones que se han venido exponiendo, esta valoración.

<sup>120</sup> Nota 13 del voto del juez GARCÍA RAMÍREZ: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado, México, 1966, p. 245.

<sup>121</sup> Cf. BARATTA, *Infancia y democracia*, cit. *supra* nota 74, ps. 44 y 47-50.

<sup>122</sup> “32. El Estado tiene deberes de protección inmediata –previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia– de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como ‘garante natural y necesario’ de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos –la familia, por ejemplo– no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro. Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo, ni difiere o suprime el juicio –o el procedimiento– correspondiente”.

<sup>123</sup> Sobre los límites del control social familiar y los cambiantes supuestos que han autorizado al Estado a traspasarlos, ver DONZELOT, Jacques, *La police des familles*, Les Editions de Minuit, 1977; en español, *La policía de las familias*, Ed. Pre-Textos, Valencia, 1979.

<sup>124</sup> En referencia al Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, n° 63, párr. 144.

<sup>125</sup> Es del caso recordar la Observación General n° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La índole de las obligaciones de los Estados-Parte –párrafo 1 del art. 2 del Pacto”, en la que se sostuvo: “13. *A final element of article 2 (1), to which attention must be drawn, is that the undertaking given by all States parties is ‘to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical...’.* The Committee notes that the phrase ‘to the maximum of its available resources’ was intended by the drafters of the Covenant to refer to both the resources existing within a State and those available from the international community through international cooperation and assistance. Moreover, the essential role of such cooperation in facilitating the full realization of the relevant rights is further underlined by the specific provisions contained in articles 11, 15, 22 and 23. With respect to article 22 the Committee has already drawn attention, in General Comment 2 (1990), to some of the opportunities and responsibilities that exist in relation to international cooperation. Article 23 also specifically identifies ‘the furnishing of technical assistance’ as well as other activities, as being among the means of ‘international action for the achievement of the rights recognized’...”. 14. The Committee wishes to emphasize that in accordance with Articles 55 and 56 of the Charter of the United Nations, with well-established principles of international law, and with the provisions of the Covenant itself, inter-



*national cooperation for development and thus for the realization of economic, social and cultural rights is an obligation of all States. It is particularly incumbent upon those States which are in a position to assist others in this regard. The Committee notes in particular the importance of the Declaration on the Right to Development adopted by the General Assembly in its resolution 41/128 of 4 December 1986 and the need for States parties to take full account of all of the principles recognized therein. It emphasizes that, in the absence of an active program of international assistance and cooperation on the part of all those States that are in a position to undertake one, the full realization of economic, social and cultural rights will remain an unfulfilled aspiration in many countries. In this respect, the Committee also recalls the terms of its General Comment 2 (1990)”.*

<sup>126</sup> Sobre la acrítica y generalizada aceptación de la CDN ver BELOFF, Mary, *Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!/: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, Capítulo I de este libro.

<sup>127</sup> No logro descubrir qué implica el juez CANÇADO TRINDADE cuando afirma que la función consultiva de la Corte tiene una “amplia base jurisdiccional”.

<sup>128</sup> “De modo general, es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad, frente a la proximidad del desconocido (el nacimiento y la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que se descuida de sus niños no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión”. Cf. OC 17, voto concurrente del Juez CANÇADO TRINDADE, párr. 5.

<sup>129</sup> Algo más adelante, en el mismo sentido: “La presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño*, se enmarca en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano, al subrayar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no simples objeto de protección”. Y también: “40. Además, aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como *sujeto de derecho*. Es este, a mi juicio, el *leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección’”. Cf. OC 17 voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, párr. 28.

<sup>130</sup> Término que –como señala la Corte en la nota 43 de la presente Opinión Consultiva– abarca, evidentemente, a los niños, las niñas y los y las adolescentes.

<sup>131</sup> En la misma línea argumental: “33. De ahí que –como señala con perspicacia Paul de Visscher– mientras que ‘el concepto de persona jurídica es unitario como concepto’, dada la unidad fundamental de la persona humana que ‘encuentra en sí misma la justificación última de sus propios derechos’, la capacidad jurídica, a su vez, revela una variedad y multiplicidad de alcances. Pero tales variaciones del alcance de la capacidad jurídica –inclusive sus limitaciones en relación con, v. g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad mental, los apátridas, entre otros– en nada afectan la personalidad jurídica de todos los seres humanos, expresión jurídica de la dignidad inherente a ellos”. Y también: “34. Así, en suma, toda persona humana es dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal. La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos. Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos son dotados de personalidad jurídica. Los derechos humanos refuerzan este atributo universal de la persona humana, dado que a todos los seres humanos corresponden de igual modo la personalidad jurídica y el amparo del Derecho, independientemente de su condición existencial o jurídica”.

<sup>132</sup> Más adelante sostiene en relación con este punto: “29. La verdad es que la subjetividad internacional del ser humano (sea él un niño, anciano, persona con discapacidad, apátrida, o cualquier otro) irrumpió con todo vigor en la ciencia jurídica del siglo XX, como reacción de la conciencia jurídica universal contra las sucesivas atrocidades cometidas contra el género humano”.

<sup>133</sup> Recuerda el juez CANÇADO el siguiente párrafo, harto elocuente, de la sentencia de fondo (del 19/11/1999) en este caso:

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

<sup>134</sup> En el mismo sentido más adelante: “55. A la luz de lo anteriormente expuesto, es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (cf. *supra*), y que el niño (como titular de derechos) no hace excepción a esto. Frente a las limitaciones de capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño, como de todo ser humano, se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos emanados directamente del Derecho Internacional sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo –inclusive el niño– de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales”.

<sup>135</sup> Cf. ARIÉS, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Ed. Taurus, Madrid, 1987, Cap. II; CUNNINGHAM, Hugh, *The children of the poor*, Blackwell, Oxford, 1991; POLLOCK, Linda, *Los niños olvidados*, Ed. FCE, 1ª ed. en español, México, 1990, entre otros.

<sup>136</sup> Cf. ALSTON, Philip, *The best interests of the Child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994; sobre interés superior del niño también BREEN, Claire, *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002.

<sup>137</sup> La primera fue la ley 10.903 de Argentina, aprobada en 1919 y conocida como Ley de Patronato de Menores o Ley Agote, en honor a su promotor.

<sup>138</sup> Ver *supra* nota 49.

<sup>139</sup> Sobre la relación entre el niño como sujeto de derecho y su responsabilidad ver BELOFF, *Algunas confusiones*, citado *supra* nota 68.

<sup>140</sup> “Estamos aquí ante el deber estatal de tomar medidas positivas de protección de los niños, entre los demás individuos, no sólo *vis-à-vis* las autoridades públicas, sino también en relación con otros individuos y actores no-estatales. Es éste un claro ejemplo de obligaciones de protección de los niños (y todos necesitados de protección) verdaderamente *erga omnes*”.

<sup>141</sup> “65. La presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* da un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La Opinión Consultiva afirma categóricamente el deber

general de los Estados Partes en la Convención Americana, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos, obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con ‘actuaciones de terceros particulares’ (párr. 87)”.

<sup>142</sup> OC 17/2002, voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, párr. 71.

<sup>143</sup> En la ocurrente conceptualización de Antonio Carlos GOMES DA COSTA.

<sup>144</sup> Como señalé en otra oportunidad, en general hay coincidencia en la doctrina respecto de que el núcleo duro del sistema interamericano lo constituyen las peticiones individuales; pero quizá con los niños deba cambiarse esta idea tan asentada. En efecto, tal como vengo insistiendo hace tiempo, las medidas cautelares podrían ser desarrolladas en relación con derechos de niños en niveles insospechados hasta ahora en relación con casos que involucran adultos. Cuando de niños se trata el tiempo tiene una dimensión muy particular, bien diferente que la que tiene el tiempo para el sistema interamericano y sus operadores. El mecanismo de peticiones individuales tiene una riqueza indudable y ha sido muy desarrollado y explorado; pero es muy largo en relación con la etapa de la infancia en la vida de una persona. Tal vez un uso alternativo de las medidas cautelares podría permitir corregir ese problema estructural cuando de niños se trata.

<sup>145</sup> Cf. BELOFF, Mary, *Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!:* protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, Capítulo I de este libro.