

Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina[♦]

Mary Beloff^{♦♦}

1. El sentido de esta presentación es contribuir al conocimiento de los avances que se han logrado —y pueden lograrse— a partir de un uso estratégico y creativo del sistema regional —coordinado con el sistema universal—, de protección de derechos humanos de la niñez.

Plantearé brevemente de dónde venimos, dónde nos encontramos actualmente y hasta dónde se podría llegar mediante una utilización original de los sistemas de protección de derechos humanos a partir de la idea fuerza de que **no todos los problemas vinculados con la protección, promoción y defensa de los derechos humanos de niños y niñas se resuelven necesariamente y de forma adecuada con un enfoque sólo concentrado en el litigio estratégico** ante el sistema regional de protección de derechos humanos.

2. La primera cuestión que quiero plantear a manera de introducción trata de la relación paradójica entre la infancia y la ley en nuestra región a lo largo del siglo XX.

Esta relación paradójica se puede explicar de manera sencilla. La idea de que los niños tienen derecho a una protección especial existe prácticamente

[♦] Esta presentación retoma de manera coloquial los temas desarrollados en BELOFF, Mary, *Derechos económicos, sociales y culturales de los niños: las paradojas de la ciudadanía* en “Revista Jurídica de Buenos Aires”, Facultad de Derecho/UBA, 2008, págs. 69/88; y en la versión actualizada de *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina* en Kemelmajer de Carlucci, Aída (comp.), *Homenaje a Cecilia Grosman*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, en prensa. Agradezco especialmente a los organizadores y participantes del II Encuentro Regional de Coaliciones Nacionales por los Derechos del Niño, llamado “Las coaliciones nacionales por los derechos del niño y sus contribuciones a la efectiva vigencia de los derechos de los niños en las Américas” organizado por la Red latinoamericana y caribeña por la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes — Redlamyc—, *Save the Children* y el Comité por los Derechos del niño de Uruguay cuyas interesantes preguntas y comentarios incorporé al texto en todo cuanto fue posible sin afectar la unidad del documento.

^{♦♦} Profesora de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

desde que se fundaron nuestros países. También está instalada en el derecho internacional desde las primeras normas producidas por la Liga de Naciones¹. En este sentido, la idea de que los niños son sujetos de derecho internacional no comienza con la Convención sobre Derechos del Niño. Este tratado es, hasta la fecha, su expresión más acabada, más completa, un hito en un largo proceso jurídico-cultural, ejemplo de un *continuum* en la historia de la protección jurídica a la infancia más que ejemplo de una ruptura (más allá de lo relacionado con la mayor exigibilidad que implica el tratado como norma convencional respecto de normas no convencionales).

Esta idea de protección especial a la niñez desde el punto de vista jurídico en sentido fuerte —esto es, con status convencional—, existe en el sistema interamericano antes que en el sistema universal. Efectivamente, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobado en el año 1969 en tanto que la Convención sobre Derechos del Niño fue aprobada en 1989, veinte años después. De todos modos, el grado de desarrollo de esa idea básica de “protección especial de la niñez” en la Convención sobre Derechos del Niño no tuvo precedentes en normas internacionales anteriores.

El problema —analizado desde un marco teórico actual— radicaba en que esa idea de protección especial era decodificada en una clave filantrópica, asistencialista y por lo tanto al margen de los derechos de primera generación, de ciudadanía; no obstante, estaba fuera de discusión, sobre la base de un paternalismo que entonces se creía justificado, que los niños se alimentaran, fueran a la escuela, recibieran vacunas, crecieran al amparo de una familia, tuvieran casa y todo lo que hoy, en el lenguaje moderno de los derechos humanos llamaríamos derechos económicos, sociales y culturales.

Ciertamente, el precio que la infancia pagaba por que se garantizara esa protección era altísimo².

¹ Los cinco principios de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924 son un ejemplo claro de ello.

² Una caricatura de un dibujante argentino resume extremadamente bien el punto. Se trata de la imagen de unas niñas institucionalizadas a las que les están afeitando la cabeza. En un cartel de la pared se lee: “Necesitamos que nos protejan de los que nos protegen”.

Lo curioso —que aquí llamo paradójico— que ha tenido lugar en el proceso de reformas legales relacionadas con la introducción de estándares de derechos humanos de la niñez en las últimas dos décadas en América Latina es que esta profunda intuición cultural y legal de “protección especial a la niñez” —que, vale la pena recordar, está presente con una centralidad que hace imposible ignorarla en todas las normas internacionales y regionales de derechos humanos— parece haberse perdido o al menos debilitado considerablemente, y haber sido sustituida por un enfoque liberal clásico, centrado en las garantías y derechos de primera generación. Un ejemplo emblemático de lo que se afirma es la forma en la que la discusión sobre la respuesta estatal al delito de los jóvenes domina y fagocita la agenda de los derechos humanos de toda la infancia en general.

3. En otro orden de ideas, esta paradoja da cuenta de una característica distintiva de este proceso de dos décadas que puede ser resumida como de un reduccionismo doble: legal y penal. Ello está comenzando a ser señalado por algunos autores de otras regiones³ sobre la base de investigaciones que constatan la enorme distancia entre la exitosa instalación de una narrativa de derechos humanos de los niños y las condiciones concretas de vida de la infancia en el continente.

El mencionado reduccionismo se advierte en la presentación de la introducción de estándares de derechos humanos de la niñez sólo en confrontación con los sistemas tutelares clásicos para menores de edad marginalizados o infractores de la ley penal instalados en la región a partir de la

³ Philippe de Dinechin ha criticado fuertemente lo que él denomina “la proposición teórica de los doctrinarios latinoamericanos”, “fundada sobre el concepto de un derecho utópico” y que “no resuelve la cuestión de la efectividad de la CIDN en países donde la condición de los niños es a menudo dramática” en su tesis doctoral *La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l’homme. Le cas de l’intégration de la Convention des droits de l’enfant dans les droits nationaux en Amérique latine*, defendida el 10 de mayo de 2006, *Institut des Hautes Études de l’Amérique latine, Université de Paris 3*.

tercera década del siglo XX (los consejos tutelares o juzgados de menores); **no como la discusión de la reformulación, en general, de la relación entre los adultos y la infancia en el continente, o bien entre los niños y el Estado con sus políticas y leyes.**

Este fenómeno estrictamente latinoamericano (en ninguna otra región del mundo la introducción de la Convención sobre Derechos del Niño fue planteada de esta forma de ruptura con el pasado y predominantemente legal-penal) de traducir la incorporación de tratados de derechos humanos sólo como un ejercicio de reinención o la reconstrucción del sistema de protección legal a la niñez en clave filantrópico-tutelar se explica por diversos motivos. En especial, debe tenerse presente que al momento de ratificarse los tratados de derechos humanos con relevancia en la materia —en particular la Convención sobre Derechos del Niño—, este sistema de protección para una parte de la infancia marginalizada se encontraba en una crisis terminal avanzada; una profunda crisis teórica, porque las teorías de la explicación etiológica de la desviación criminal y de la resocialización habían sido deslegitimadas en gran parte del mundo desarrollado más de veinte años antes; y una profunda crisis empírica expresadas en críticas tales como: los menores delincuentes “entran por una puerta y salen por la otra”, o bien “los reformatorios fabrican delincuentes”. Desde este punto de vista, el operador del sistema tutelar de menores (judicial o administrativo) estaba completamente en crisis por la falta de sentido de sus prácticas, a lo que se sumaba la ausencia de legitimación del marco conceptual que había sostenido esas prácticas por décadas.

El vacío generado por la crisis descrita más arriba fue llenado por un instrumento internacional con una enorme fuerza performativa: la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado que lleva lo políticamente correcto en materia de derechos humanos al paroxismo. El *timing* fue ideal para transformar la crisis del tutelarismo en la oportunidad para introducir exitosamente en los diferentes países esta Convención en particular —y en general el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto tenían que ver con la niñez—, con un impacto inusitado en términos políticos y comunicacionales si se lo compara con la incorporación de otras normas internacionales aún de derechos humanos.

4. Una de las críticas que se hacía al sistema tutelar en esos primeros años se relacionaba con la ausencia de estándares legales-constitucionales tanto en sus marcos teóricos cuanto en las normas específicas. Para ponerlo más claro: más allá de que este dispositivo estuviera creado por ley, la práctica tutelar —fuera judicial o administrativa—, no partía de una preocupación planteada como necesidad de satisfacer derechos de los niños en sentido general (incluidos los de ciudadanía) sino en ayudar a esos niños a salir de su “situación de riesgo”, marginalidad o cualquiera que fuera la situación problemática que hubiera dado origen a las actuaciones administrativas o judiciales.

De este modo, la intervención tutelar no consideraba necesario detenerse en “formalidades legales” en razón de que el paternalismo que justificaba esa intervención prevalecía sobre argumentos procesales formales (en rigor, hasta bien avanzada su crisis, ni siquiera se formulaban los planteos)⁴. De ahí la idea de que el complejo tutelar operaba “al margen de la ley” –constitucional.

Con ese presupuesto, una concepción idealista/liberal —y por cierto muy resistida en los primeros años de este proceso tanto por sectores identificados con el pensamiento político “progresista” (asociado con los movimientos de base y en general con la izquierda política en los diferentes países) cuanto por sectores “conservadores” (tutelaristas clásicos)— planteó la necesidad de la reforma legal no sólo como un imperativo de justicia —repugnaba a cualquier reflexión humanista el hecho de que un menor sufriera las consecuencias de una pena sin ser juzgado con garantías de debido proceso o bien fuera tratado del mismo modo que un infractor cuando ni siquiera se le imputaba un delito,

⁴ En el fondo esto fue lo que se discutió en el famoso caso de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *in re Gault* (1967). Es notable cómo los sistemas procesales se asociaron o disociaron de las ideas tutelares clásicas. El sistema adversarial anglosajón focalizado intensamente en una lectura constitucional liberal del proceso penal, rápidamente determinó la ilegitimidad de los procedimientos tutelares; en cambio los sistemas inquisitivos latinoamericanos acompañaron y potenciaron las intervenciones tutelares al estar, ambos dispositivos, “al margen” de una intensa preocupación por la vigencia de las garantías procesales. En este sentido, el enorme proceso de transformaciones de las prácticas y jurisprudencia de la justicia nacional y federal de menores en la República Argentina así como en las jurisdicciones provinciales que tienen sistemas procesales adversariales modernos, con independencia del cambio del régimen de fondo en lo penal de menores, confirma lo expuesto.

sólo para ayudarlo—, sino como herramienta que efectivamente iba a impactar en la realidad del problema de forma eficaz. Si la ley tutelar era parte del problema, una ley que se opusiera radicalmente a la anterior debía razonablemente ser parte de la solución. Los debates en torno de la reforma legal en Paraguay con importantes referentes del movimiento de defensa de derechos de los niños reflejan claramente esta cuestión.

La predominancia de un enfoque meramente legal en la agenda de promoción y defensa de los derechos humanos en la niñez en América Latina —o en la decodificación de lo que significa hoy la protección a los niños en clave de derechos humanos o con un enfoque de derechos o con cualquiera de las expresiones que ahora se estila usar—, cobra así sentido. Por cierto, la idealización de la capacidad de la ley para producir cambios sociales responde a un enfoque liberal clásico no explicitado en esos primeros años de propuestas de transformaciones.

Por otro lado, a la centralidad de la reforma legal penal en la reformulación de la agenda de protección a la niñez debe agregarse la falta de una discusión e implementación posterior de una ingeniería institucional adecuada para soportar la nueva legalidad. Aún a partir de un enfoque legal penal podría haberse previsto la necesidad imperiosa de asociar las reformas legales a reformas institucionales concretas (más allá de su enunciación en la ley) que incluyeran presupuesto, perfiles profesionales, capacitación, infraestructura, prácticas sistematizadas y protocolos de actuación, recursos técnicos y materiales, etc. Gran parte de las dificultades que hoy se advierten en la implementación de las nuevas leyes penales para adolescentes latinoamericanas se explica por este motivo.

Casi veinte años de reformas legales permiten concluir que, más allá de la trascendencia en todo sentido de cambiar leyes obsoletas, ese enfoque en América Latina —planteado como predominante— no fue del todo adecuado si lo que se pretendía era realmente impactar en las condiciones efectivas de vigencia de los derechos de los niños del continente. Las colegas de Paraguay tenían razón en su intuición política de fondo, ello con independencia de que

tener leyes adecuadas a la Constitución y a la época sea un imperativo elemental de justicia⁵.

5. Me concentraré ahora en los problemas derivados del doble reduccionismo legal y penal característico de la discusión sobre protección y defensa de los derechos humanos de la niñez al que acabo de referirme. Este enfoque supone un modelo de Estado liberal que curiosamente, no es el que puede reconocerse en el derecho internacional (y regional) de los derechos humanos de la infancia. Este *corpus juris* plantea un modelo de Estado que tiene fuertes deberes de prestación positiva, al igual que las Constituciones de todos los países de la región, esto es, la garantía de derechos económicos, sociales y culturales de la niñez.

La dificultad comunicacional surge como consecuencia de haber promovido la reforma de la respuesta al delito de los jóvenes en América Latina no como un programa liberal tradicional sino como una agenda vinculada con la promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez en general. Los mecanismos liberales clásicos de punición creados para la infancia en el continente eran necesarios en tanto el modelo anterior avanzaba por razones paternalistas sobre esas garantías básicas; sin embargo el modelo derivado de los tratados implica un paternalismo justificado y complementario de esas garantías procesales y civiles fundamentales, como se verá más adelante. La prevalencia del primer enfoque sobre el segundo implicó, junto con otras razones, que no hubiera espacio para avanzar respecto del contenido de la protección, aún para la protección de los infractores⁶.

⁵ Sería muy importante que desde las diferentes ciencias sociales en el ámbito científico universitario se comenzara a documentar sistemáticamente y a analizar por qué el proceso que se describe tuvo estas características. Ello introduciría una mirada independiente y externa a los actores que participaron en él ausente hasta la fecha. Ver sobre el punto de DINECHIN, Philippe, cit. *supra* y la nota al pie 7 de BELOFF, Mary, *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina* en Kemelmajer de Carlucci, Aída (comp.), *Homenaje a Cecilia Grosman*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, en prensa.

⁶ La Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana, que se analiza más adelante, es un buen ejemplo de lo aquí planteado: entender la respuesta penal diferenciada al delito del menor de edad como parte constitutiva de la protección especial derivada del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás normas internacionales. El análisis y puesta en práctica de dispositivos renovados de protección a la niñez —infractores incluidos— es hoy el nudo crítico en la región para evitar retrocesos autoritarios en el tema.

En la frase que tomo prestada y me permito reformular de nuestro colega de Chile, Julio Cortés, ¿Qué se ha logrado en América Latina con la forma en la que se introdujo la cuestión de los derechos humanos de los niños en el continente mediante reformas legales? Criminalizar con garantías procesales a los menores de dieciocho años de edad. ¿Esto es un avance? Evidentemente lo es, y muy importante; pero no es una victoria completa y final como a veces se la presenta, un logro, una meta que alcanzamos y que ahora nos permite descansar tranquilos con la sensación del deber cumplido. El hecho de que un adolescente al que se imputa un delito (sobre todo si es grave) sea juzgado y eventualmente sancionado con todas las garantías de las que por su edad es titular constituye un estándar mínimo elemental en cualquier nación civilizada. La paradoja —contenida en el artículo 4º de la Convención de los Derechos del Niño— es que la infancia, para ser reconocida en sus derechos de primera generación, en sus derechos de libertad y debido proceso, perdió en sus derechos de sobrevivencia o económicos, sociales y culturales. Obtener garantías procesales frente a la imputación de un delito fue indudablemente una victoria, pero una victoria pírrica del mismo modo que lo fue en los Estados Unidos en los años '60⁷.

Planteada de este modo, una agenda de promoción y protección de los derechos humanos de la infancia cuyo *obstinatto* es cómo se responde al delito de los jóvenes con garantías, requiere ser actualizada y renovada con el objetivo de **lograr la garantía concreta de los derechos económicos, sociales y culturales de la niñez y los derechos de primera generación de la niñez**. Se trata de aquéllos derechos que, respecto de la infancia, nunca estuvieron en discusión. Ni siquiera se los planteaba de la forma que los introduce la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 4, “hasta la

⁷ Una funcionaria muy comprometida y destacada de la justicia comentaba hace un tiempo que se sorprendía y preocupaba enormemente al escuchar que algunos funcionarios y magistrados de la nueva justicia especializada de la Provincia de Buenos Aires afirmaban que no les importaba lo que sucediera con el joven imputado una vez dictada la sentencia. Es interesante este nuevo perfil profesional en tanto aún en la justicia penal general, donde no rigen derechos de protección especial (salvo respecto de minorías específicas), siempre se ha valorado negativamente al magistrado que se desentiende de las consecuencias concretas de las condenas que emite sobre la vida del condenado.

medida de las posibilidades” del Estado-Parte, con el mismo estándar que utilizan los tratados generales de derechos humanos cuando se refieren a estos derechos⁸.

6. En lo que sigue me concentraré en el proceso histórico de ingreso de la cuestión de la protección a la niñez al sistema interamericano de derechos humanos que, por las razones que espero puedan comprenderse luego de la introducción precedente, reprodujo este doble reduccionismo (legal y penal). De no poder andar ahora se anda, pero con una enorme dificultad en ese caminar que eventualmente podría conducirnos al punto de partida.

En los comienzos de la década del '90 todavía en América Latina era posible distinguir, en las coaliciones sociales y en los movimientos que involucraban a actores gubernamentales y de la sociedad civil, dos sectores o grupos claramente diferenciados: el de las organizaciones que tenían que ver con la militancia en derechos humanos concentrada en el continente en lo que era el trabajo ante el sistema interamericano, con un enfoque profesional legal de litigio; y otro grupo de entidades e instituciones que trabajaban con diferentes enfoques en terreno e intentaban introducir una mirada renovadora de las prácticas a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. En esa época, por ejemplo, era importante acercarse a las experiencias europeas de transformación de los sistemas asistenciales en sistemas de protección promotores de los derechos fundamentales de la niñez⁹. Se trataba de grupos que trabajaban de manera aislada: el de protección a los niños de alguna forma perpetuaba lo que yo llamo el “autismo auto-inducido” del derecho tutelar de menores clásico; el de defensores de derechos humanos, con una agenda muy

⁸ Aún desde el punto de vista penal esa actualización tendría impacto en el funcionamiento de los nuevos sistemas de justicia para adolescentes creados en la región en las últimas dos décadas al permitir el desarrollo de políticas preventivas, tema al que me referiré más adelante.

⁹ La cooperación italiana y la española desarrollaron muchos programas de apoyo a niños en circunstancias especialmente difíciles (como se los denominaba entonces) en diferentes países del continente en esos años que permitieron la circulación de expertos e información sobre las experiencias europeas en la región.

marcada por la tragedia política de América Latina vinculada con el terrorismo de estado de los años ´70.

Por otro lado, la Convención sobre Derechos del Niño impactó en América Latina en un momento en el que había una discusión importante sobre los alcances y potencialidades de las nuevas democracias latinoamericanas. Con inteligencia se presentó entonces la incorporación de los tratados al derecho interno —en particular en materia de niñez que es lo que aquí se está analizando—, conectada con el proceso de ampliación y fortalecimiento del Estado de Derecho y de la ciudadanía plena.

Sobre el tema hubo un artículo clave que fue muy difundido en la región del profesor italiano Alessandro Baratta que contiene una sabia intuición al conectar el proceso italiano de una década atrás con lo que estaba pasando en América Latina en ese momento; esto es, plantear la reconstrucción de las políticas y legislaciones de niñez a partir de un enfoque vinculado con el fortalecimiento del estado de derecho, la democracia y la ciudadanía.

Por otro lado, los organismos y el sistema de protección de derechos humanos requerían una renovación de su agenda tradicional por diversos motivos, entre los cuales no fue menor el relacionado con el financiamiento. El propio sistema burocrático y de la cooperación internacional también necesitaba tomar aire nuevo sin que ello significara que los reclamos de justicia por las atrocidades del pasado se hubieran extinguido.

Esta necesidad burocrático-institucional de renovación coincide con la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño en la región y con la traducción, en contenidos de los tratados internacionales, de la protección a la niñez en términos de derechos humanos. Unos necesitaban a otros y, de alguna manera, como subproducto de los procesos de modernización del Estado y reforma legal que ya venían dándose en el continente sobre todo en el tema de la justicia penal, se celebra una alianza exitosa entre el movimiento de derechos humanos y quienes tradicionalmente habían trabajado temas de protección de la niñez.

Hay algunos ejemplos de lo conciente que fue esta estrategia. En el año 1999 tuvo lugar, luego del tradicional Curso interamericano de derechos humanos organizado por el IIDH, otro curso apoyado por UNICEF centrado en temas de protección de derechos humanos a la niñez, con el mismo formato

que el Curso anual del IIDH, que por primera vez de manera focalizada reunió en esa institución temas de la niñez como temas de derechos humanos. La sentencia de fondo en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala¹⁰ de noviembre de ese año puede ser interpretada como el primer producto de esa confluencia de actores sociales que hasta entonces tenían agendas y habían trabajado de forma separada.

7. Una vez que se sentaron las bases conceptuales del tema en el sentido de que ya nadie discute en América Latina que la protección a la niñez debe plantearse a partir de un enfoque de ciudadanía y de protección de derechos humanos de niños y niñas, y de que las instituciones encargadas de defender los derechos humanos y los derechos de los niños en el continente se pusieron de acuerdo para trabajar en forma conjunta, se comenzó a percibir la riqueza del uso del sistema interamericano de protección de derechos humanos para avanzar en esta agenda común (si bien había actores que, con mirada anticipatoria, habían advertido esta posibilidad e iniciado sus experiencias más tempranamente, como ocurrió con el litigio relacionado con el caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay" conocido como "Panchito López"¹¹).

En poco menos de una década se produjeron una serie de casos y de resoluciones que consolidó lo que hoy es posible llamar —en un sentido más amplio que el utilizado por la Corte Interamericana en el caso "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala"¹²— el *corpus juris* de protección de derechos humanos de la niñez en el continente. *Corpus juris* es una expresión en latín simple y elocuente para aludir no sólo a las normas, a los tratados y

¹⁰ Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

¹¹ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

¹² Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

declaraciones, sino también a las interpretaciones que se han hecho sobre esas normas.

Hoy se cuenta con más de lo que se contaba hace veinte años cuando se inició este proceso gracias al uso inteligente y creativo que se ha hecho del sistema interamericano de protección de derechos humanos para la defensa de los derechos de niños y niñas (también ciertamente del Comité de Derechos del Niño de Ginebra). Las normas existen desde hace muchas décadas pero además hoy se cuenta con interpretaciones que se han hecho sobre esas normas, aporte fundamental porque en muchos casos se trata de disposiciones bastante genéricas y ambiguas.

8. A los fines de que esta presentación esté completa, voy a repasar brevemente los hitos del sistema interamericano en el proceso que se relata.

8.1. La primera sentencia que se emitió sobre la cuestión de los derechos humanos de la niñez contenida en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 fue la sentencia de fondo en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala¹³. Esta sentencia tuvo lugar treinta años después de aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nadie había litigado en el sistema un caso sobre la base del artículo 19 de ese tratado (medidas especiales de protección a los niños por su condición de tales), más allá que fuera invocado en algunas resoluciones e informes previos de la Comisión Interamericana¹⁴.

¹³ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

¹⁴ Ver, entre otros, el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, OEA/Serv.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997, el Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Serv.L/V/II.102, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997. También el Cuarto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala donde se menciona el caso seguido por la muerte del joven Anstrum Villagrán Morales, si bien no contiene una referencia específica al art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en OEA/Serv.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 de junio 1993. Hay no obstante informes de país sobre la situación de los derechos de los niños que no mencionan el art. 19 de la Convención Americana (por ejemplo, el informe sobre la República Dominicana de 1999).

Aquí hubo una estrategia, una voluntad de tener un caso sobre “niños” (advuértase que además del nombre de las partes el caso tiene sobrenombre). Se lo quería presentar como un caso de niños para que la Corte se pronunciara expresamente sobre el artículo 19 de la CADH.

El asunto básicamente trata de los vejámenes, torturas y asesinatos de los que fueron víctimas muchachos mayores y menores de 18 años. Recuerda episodios que lamentablemente tienen lugar con cierta periodicidad en países latinoamericanos, en particular en América Central.

Desde el punto de vista fenomenológico las víctimas no eran “niños de la calle” o lo que en América Latina se considera un “niño de la calle”¹⁵. Sin embargo, más allá del dato fenomenológico o perceptivo, se construyó y litigó el caso para exigir al sistema que se pronunciara sobre el artículo 19 de la CADH ya no tan joven, de más de treinta años. ¿Qué mejor caso que uno que tuviera por protagonistas a personas que, técnicamente, legalmente eran niños, conforme la CDN?¹⁶ Así se litigó este caso gracias al buen criterio de dos organizaciones que pertenecían a dos ámbitos entonces bien diferenciados: la que fue, por años, la principal institución especializada en litigio ante el sistema

Por otro lado, el Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado invoca el art. VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que establece las medidas especiales de protección para los niños en OEA/Serv.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

15 Hace quince años aproximadamente el fenómeno del “niño de la calle” como problema originado en los años '80 se estaba transformando desde el punto de vista conceptual. El “niño de la calle” como construcción problemática estaba desapareciendo y comenzaba a instalar un enfoque orientado a de-construir al “niño de la calle” como un niño que, eventualmente, como cualquier otro niño sobre todo perteneciente a sectores en situación de desventaja social y económica, puede tener dificultades con el ejercicio de sus derechos (a la salud, a la educación, etc.). Esto es lo que de forma simplificada se conoce como “enfoque de derechos”. Por eso llama la atención el énfasis del caso en reivindicar la categoría de “niños de la calle”. Actualmente en Europa tiene un lugar un proceso inverso. Se esté re-conceptualizando la cuestión de los niños que viven en las calles a partir de lo que se conoce como el fenómeno de las “poblaciones callejeras”. Este enfoque curiosamente parece mucho más cercano al caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala que el superado de los “niños de la calle”.

¹⁶ Cf. Art. 1° CDN: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”.

interamericano (CEJIL) y una organización muy importante de atención directa a niños en Centroamérica (Casa Alianza). Fue un consorcio muy fructífero. Si bien la idea de protección a la niñez estaba instalada, por primera vez se interpretó el artículo del tratado de derechos humanos regional más importante que establece que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección. La sentencia reconoce que los Estados latinoamericanos tienen el deber de asegurar estas medidas. Desde este punto de vista, el intento por dar visibilidad al artículo 19 de la Convención Americana resultó fundamental en lo que tiene que ver con litigio estratégico en cuestiones de promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez¹⁷.

i. La importancia de la sentencia de fondo en el caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” —más allá del acto de justicia extraordinario que significó—, radica entre otros factores, en la afirmación fuerte (al estar contenida en una sentencia de un tribunal internacional) de que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección en América Latina. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está defendiendo la idea de especialidad, de protección especial; pero no en la concepción del tutelarismo clásico de especialidad como autonomía científica. La Corte Interamericana defiende la *especialidad en el sentido de que el niño tiene protección adicional a la que las leyes aseguran a todas las personas en general*. Esto representa para mí (y para la Corte Interamericana de Derechos Humanos) el artículo 19 de la Convención Americana. De allí se desprenden todos los deberes de prestación positiva del Estado respecto a la infancia, en particular en materia de derechos de tercera generación que no han sido aún considerados en sentido fuerte en el proceso que vengo relatando.

ii. El segundo estándar importante de esta sentencia muy relacionado con lo anterior está contenido en el párrafo 144 dentro del capítulo referido al

¹⁷ Un análisis de esta sentencia se encuentra BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. III.

derecho a la vida. Allí la Corte Interamericana fija un estándar trascendental. Dice que el derecho a la vida no sólo debe ser interpretado en la forma liberal clásica (los Estados deben abstenerse de interferir y de privar a sus habitantes arbitrariamente de la vida —por ejemplo, está prohibida la pena de muerte—), sino que agrega que los Estados están obligados —tienen un deber de prestación positiva— a *garantizar la vida en condiciones dignas*. En otras palabras, *garantizar las condiciones que permitan vidas dignas de ser vividas*.

Este párrafo es estremecedor y, a la vez, de una potencialidad poco habitual en decisiones del sistema. En este sentido llama poderosamente la atención que no se haya desarrollado una línea de litigio estratégico sobre la base de este estándar. Es extraordinario que una sentencia internacional establezca que los Estados están obligados a garantizar condiciones para permitir vidas dignas; pero la sentencia no determinó cómo se pone contenido a “vida digna” ni cuáles son esas condiciones. Es un enorme avance jurídico-cultural complementario y superador del enfoque sólo concentrado en la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la vida en los casos en los que agentes estatales privaban arbitrariamente de la vida a los habitantes (tema del que centralmente trata el caso en análisis).

Esta sentencia tiene ya diez años: ¿de quién es la responsabilidad de no haber exigido que la Corte Interamericana ponga contenido cierto a este deber de prestaciones positivas dirigido a garantizar “condiciones para una vida digna”? En este punto vuelve a ser un dato llamativo el hecho de que el litigio estratégico ante el sistema interamericano de derechos humanos haya priorizado las cuestiones relacionadas con los adolescente infractor respecto de otros temas de protección derechos humanos de niños y niñas.

iii. El tercer punto central en la sentencia del caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” que se comenta está contenido en el párrafo 194. Desde el punto de vista jurídico es el párrafo más importante. Aquí por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la aplicación de una regla de derecho internacional, resolvió que en el sistema regional se pueden interpretar tratados del sistema universal. Si bien es una regla de enorme complejidad (porque el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte

Interamericana es un acto soberano expreso y está limitado por la CADH) su incorporación al sistema es un avance fuera de serie porque permite incorporar un tratado del sistema universal íntegramente dedicado a la niñez al sistema interamericano de protección de derechos humanos que no cuenta con muchos artículos que regulen específicamente el tema; en rigor, sólo uno en la CADH: el art. 19, el art. VII de la Declaración Americana y el art. 16 del Protocolo de San Salvador.

Concretamente la Corte Interamericana dijo que para saber qué significan las “medidas especiales de protección” a un niño derivadas del art. 19 de la CADH es preciso recurrir al amplio *corpus juris* universal de protección de derechos de la niñez, por excelencia la Convención sobre los Derechos del Niño. No restringió la interpretación del art. 19 que enmarcaba el caso sólo en las normas del sistema sino que la amplió a todas las normas internacionales útiles para defender los derechos humanos de la niñez. Definitivamente es un logro muy importante. De todos modos el problema radica en que, sentado lo anterior, cuando la Corte Interamericana intentó poner contenido a la Convención sobre Derechos del Niño (bastante genérica y vaga en muchos aspectos) simplemente transcribió los artículos, sin interpretarlos.

iv. Para concluir con los temas importantes derivados del caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” debe destacarse la sentencia de reparaciones, donde la Corte fijó algunos criterios que trascendieron el de la reparación meramente económica e ingresaron en un plano de reparación simbólica. Como ejemplo puede citarse el de poner los nombres de las víctimas a la escuela más cercana al lugar donde ocurrieron los hechos.

Las sentencias de este caso no son un producto jurídico complejo, con argumentos sofisticados ni con desarrollos argumentales memorables, y superponen argumentos relacionados con la protección a la niñez (deberes de prestación positiva del Estado) con libertades negativas y garantías procesales; sin embargo, el caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” estableció por primera vez una relación de integración entre el sistema regional y el universal en materia de protección de derechos humanos de la niñez y fijó criterios muy importantes para la defensa de los derechos humanos de la niñez.

La referencia a estándares en materia de justicia juvenil no agregó nada nuevo ya que a esa altura éstos estaban fuera de discusión —teórica— en el continente y habían sido incorporados por gran parte de las legislaciones latinoamericanas en la materia. Tampoco respondió esta sentencia a la pregunta que todos se hacían desde entonces: cómo se protege a los niños —sobre todo a los más desaventajados—, una vez que se reemplaza legislativamente el sistema tutelar clásico?

8.2. A partir de esta dificultad en la competencia contenciosa de la Corte basada de la falta de definición del concreto contenido de la protección a la niñez surgió la idea de pedir al Tribunal, en su competencia consultiva, que definiera cuáles eran los límites del paternalismo justificado¹⁸ hacia la niñez en América Latina. Ésa es la pregunta que originalmente motivó la Opinión Consultiva n° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, si bien el desarrollo del proceso de consulta y emisión de la decisión derivó luego hacia otro camino más centrado en la cuestión de la justicia juvenil —lo que por otro lado verifica la afirmación precedente relacionada con la forma en la que los temas relacionados con los menores de edad y el delito han absorbido toda la agenda relacionada con la protección y defensa de los derechos humanos de la niñez en general.

Lo que está detrás de esa pregunta es el tipo de Estado que puede sostener y dar cumplimiento a los tratados de derechos humanos relacionados con la niñez. Un modelo sólo concentrado en derechos y garantías de ciudadanía entendida de la forma clásica responde a un modelo de Estado liberal o gendarme¹⁹ sólo preocupado por el deber de no interferir ni dañar (libertades negativas en la formulación de Berlin²⁰). Un enfoque del caso “Villagrán Morales vs. Guatemala” o de la Opinión Consultiva n° 17 podría haber respondido a esta idea: asociar marginalidad y pobreza con delincuencia

¹⁸ Garzón Valdés, Ernesto, ¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico? En Revista “DOXA” nro. 5, 1988, págs. 155/173.

¹⁹

²⁰ Berlin, Isaiah, Cuatro ensayos sobre la libertad, Madrid, Alianza, 1998.

y discutir los alcances de las garantías procesales para los menores de dieciocho años de edad; sin embargo, la Corte Interamericana esboza un enfoque superador que, como se planteó, ingresa en los deberes de prestación positiva de los Estados latinoamericanos y sienta las bases para preguntarse: ¿Qué modelo de Estado debe existir en América Latina de conformidad con las exigencias de los tratados de derechos humanos de la niñez? ¿Un modelo de Estado más cercano a la órbita anglosajona o más de tipo social-democrático característico de la Europa continental, de donde en definitiva deriva nuestra herencia política y jurídico-cultural?

Una lectura integral de los tratados de derechos humanos en cuanto se refieren a la protección de la niñez destacan claramente la necesidad de que el Estado trascienda su rol gendarme y avance con políticas sociales concretas sobre grupos que requieren protección especial. Los tratados definitivamente autorizan una cuota de paternalismo hacia la infancia pero ¿cuánta? ¿cuál es el paternalismo justificado frente a la infancia en el continente? ¿con qué límites? ¿cómo se implementa? ¿por qué poder del Estado?

Desde hace tiempo es claro que el paternalismo del modelo tutelar clásico no estaba justificado porque privaba de garantías fundamentales, de primera generación, a niños y jóvenes; pero la alternativa en el derecho internacional de los derechos humanos no es un enfoque liberal que haga de cuenta que los niños son adultos²¹. El derecho internacional de los derechos humanos asume un Estado con intensos deberes de prestación positiva hacia la niñez (paternalismo justificado). En definitiva, cuáles son entonces los deberes de prestación positiva que los Estados latinoamericanos tienen respecto de la infancia y qué límites se tienen que auto-imponer cuando cumplen con esas prestaciones positivas fueron las preguntas que condujeron, originalmente, a la Opinión Consultiva 17.

²¹ Parfraseo la frase de Massimo Pavarini y Matilde Beti al analizar críticamente el proceso de des-manicomialización que tuvo lugar en Italia en los años '80 cuando afirman: "Hicimos de cuenta que los locos estaban cuerdos" en PAVARINI, Massimo y BETI, Matilde, *La tutela social de la/a la locura. Notas teóricas sobre la ciencia y la práctica psiquiátricas frente a las nuevas estrategias de control social*, en "Revista Delito y Sociedad", Buenos Aires, Año 8, nro. 13, 1999, págs. 93/112.

Las complejidades de estos procesos determinaron que el pedido que finalmente formulara la Comisión Interamericana se distanciara de esta precisa inquietud inicial y quedara como una petición bastante confusa de aspectos mayormente penales con aspectos de protección en una medida menor. Como consecuencia de ese pedido que no logró remontarse a lo largo del trámite ni siquiera por los aportes de los otros participantes en el proceso, la Opinión Consultiva n° 17 básicamente es un texto referido a la cuestión penal de los menores de edad, que reitera estándares ya consagrados y reconocidos en el derecho interno de gran parte de los países, que no agrega ningún criterio nuevo y, por lo contrario, a algunos fuera de discusión los presenta de forma confusa o lo que es aún más grave, los debilita²².

La Opinión Consultiva n° 17 es un texto jurídicamente pobre; ha tenido no obstante una enorme fuerza política, performativa, casi mítica y comparable con el impacto de la CDN en América Latina. En términos ideales habría sido mejor, desde el punto de vista jurídico, esperar un pedido mejor formulado²³; pero eso es historia ficción. La Corte Interamericana, por amplia mayoría, consideró necesario pronunciarse sobre el tema. Por eso su valor es más político que jurídico; más aún, para sorpresa de un positivista lógico, su invocación provoca resultados casi por un efecto mágico. Se la hace decir más o menos lo que cada uno quiere que diga por lo que se la puede invocar genéricamente para sostener posiciones de lo más diversas. Por eso ahora es bastante frecuente leer sentencias que citan a la Convención sobre Derechos del Niño, al interés superior del niño y a la Opinión Consultiva n° 17 sin ningún análisis, como si todas estas herramientas normativas de diferente rango fueran lo mismo y no requirieran explicaciones o desarrollos específicos. Las mismas conclusiones a las que anteriormente se arribaba con menos invocación normativa, ahora son sostenidas con mayor mención de normas pero sin modificar o derivar razonablemente de los supuestos del caso algunas

22 Ver sobre el punto Beloff, Mary, Los derechos del niño en el sistema interamericano, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. IV.

23 El voto del juez Jackmann que rechazó el pedido demuestra estas deficiencias.

conclusiones en función de los nuevos elementos jurídicos que se incorporan al sistema legal.

La Opinión Consultiva 17 intentó resolver un problema complejo pero no lo logró, probablemente por una dificultad que trasciende al Tribunal y lo meramente jurídico. Me parece que el hecho de que no lo haya resuelto no fue sólo una dificultad del tribunal sino el reflejo de un obstáculo cultural que existe en América Latina: **no sabemos cómo se hace para proteger a un niño — particularmente al que está en seria desventaja familiar y social— en un sentido diferente al tutelar clásico.** Frente a la falta de definición del contenido concreto de la protección especial de la niñez, del contenido concreto de sus derechos, todos pierden. Pierde el Estado porque no tiene claridad sobre qué es lo que va a proteger ni cómo y pierde la sociedad civil porque no sabe qué ni cómo exigirle al Estado que haga lo que debe hacer²⁴.

Esto nos lleva al punto inicial relacionado con el reduccionismo legal-penal característico de este proceso latinoamericano de incorporación de tratados de derechos humanos de la niñez al derecho interno. Los juristas no están entrenados para poner contenido a la protección especial, más allá de las intuiciones correctas que cualquier persona pueda tener sobre el tema. El contenido de la protección —ya sea para definir una política pública o bien para definir el contenido concreto de una sentencia que ordena proteger a un niño—, debe ser desarrollado por disciplinas no jurídicas relacionadas con la intervención psico-social, aquéllas a las que en portugués se alude con la expresión *pedagogia*²⁵.

Quizás por la concentración de la discusión en cuestiones legales no se ha dedicado tiempo a pensar la reconstrucción de la protección desde todos los

²⁴ Gerardo Sauri llamó la atención respecto de que a partir de esta preocupación quizás podría discutirse que sea el litigio ante el sistema interamericano el espacio adecuado para concretar esa tarea de poner contenido a la protección especial ya que son muchas y conocidas sus debilidades: tiempos, costos, requisitos para acceder, selección del caso, agotamiento de recursos internos, etc.. Sugirió por otro lado que quizás la fuerza y energía requeridas para esta tarea deberían ser reconducidas a nivel interno o en otras instancias internacionales más claramente políticas, como el Comité de Ginebra. Coincido con él en que, dependiendo del caso, una sentencia del sistema interamericano podría transformarse en una camisa de fuerza y frenar cambios en lugar de impulsarlos.

²⁵ Gomes da Costa, y Freire, Paulo

otros puntos de vista de las diferentes disciplinas no jurídicas. Hay muchos especialistas talentosos en la región preparados y dispuestos a trabajar en este tema pero en general no son convocados a las reuniones sobre “derechos del niño”. Si se organiza una reunión sobre educación, van los expertos en educación; si se organiza una reunión sobre temas de salud, asisten los expertos en salud; pero en las reuniones de protección a la niñez nos reunimos los especialistas “en derechos del niño”. Parece una profecía autocumplida que perpetúa el autismo autoinducido del derecho tutelar de menores pero en lenguaje de derechos humanos. Si en las reuniones sobre “niños” participaran expertos en educación, salud, urbanismo, economía, derecho, etc., quizás se quebraría esta característica auto-referencial de los especialistas en infancia que tantos problemas trajo al tutelarismo clásico (y a los niños!).

La razón adicional a la ya explicada es que el complejo tutelar, por su encuadre etiológico-positivista, no se preocupaba por la legalidad de sus intervenciones. La idea de que era preciso “legalizar” el tema permitía considerar que ello resolvería los problemas (si la ley tutelar los crea por estar al margen de las garantías, si se la cambia los problemas se resolverán); pero no se pensó o bien no se concentró suficientemente la energía en cómo renovar a todas las otras disciplinas desde un enfoque centrado en la promoción de los derechos de niños y niñas. Por eso es muy frecuente en nuestros países, por ejemplo, que cuando un juez ordena una medida para un joven adicto a la pasta base (problema, al igual que el de las pandillas, que hace diez años no tenía en la región ni remotamente las dimensiones que tiene hoy), se desconoce cómo abordarlo eficientemente con un enfoque nuevo desde el ámbito público y a la larga se genere una dinámica de no intervención con una retórica de respeto a la autonomía y a los derechos del niño o niña.

8.3. La siguiente sentencia de la Corte Interamericana que debe ser mencionada es “Instituto de Rehabilitación del Menor vs. Paraguay²⁶” –caso

²⁶ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

conocido como “Panchito López”-, emitida luego de más de diez años de ocurridos los hechos que originaron el litigio.

Se trata de un caso directamente relacionado con la justicia juvenil, de menores de edad detenidos en condiciones deplorables en un establecimiento de la ciudad de Asunción. “Panchito Lopez” era conocido en toda América Latina por sus lamentables características. La sentencia llegó después de varios intentos fallidos de soluciones amistosas (un procedimiento que el sistema tiene para no llegar a la condena al Estado) probablemente por varios incendios que hubo y que provocaron la muerte de varios jóvenes allí alojados.

La sentencia condenó a Paraguay como responsable de la violación de una cantidad de derechos, entre otros del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sostiene que el deber de prestación positiva que la Corte Interamericana había establecido en “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” se acentúa respecto de niños que están bajo la custodia del Estado –regla general de la jurisprudencia del sistema- y además que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad como quienes estaban detenidos en “Panchito Lopez”. De alguna forma esa Corte crea un sistema que agrega niveles de protección especial, **como las capas de una cebolla si se me permite la metáfora**²⁷.

Para concluir con este caso debe mencionarse que a pesar de que ha pasado bastante tiempo desde el dictado de la sentencia, sorprendentemente todavía se encuentran en proceso de pago las reparaciones pecuniarias.

Nótese hasta ahora cómo el sistema interamericano trata con gran preocupación la cuestión penal juvenil: “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” se litiga como un caso relacionado con la justicia penal de menores y “Panchito López” es claramente un caso penal –se trata de menores de edad privados de la libertad.

27 En otras palabras, la Corte estaría afirmando, en este caso, que el deber de protección especial de un Estado hacia un niño que no está en situación de desventaja social en el continente es menor que el que tiene respecto de un niño marginalizado y que, además, se encuentra bajo la custodia del Estado.

8.4. Luego se emite una sentencia en el “Caso de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana”²⁸, conocido como caso de las niñas haitiano-dominicanas. Fue planteado por una clínica legal²⁹ de los Estados Unidos y ello probablemente haya influido en las diferentes características del caso respecto de los presentados hasta ese momento por litigantes latinoamericanos. Fue el primer asunto resuelto con una sentencia que incorporó al sistema una agenda diferente que rompió con la centralidad de lo penal juvenil en el reclamo por los derechos humanos de niños y jóvenes en el sistema interamericano.

El caso se relaciona con los conocidos problemas de discriminación de la población haitiana en la República Dominicana que aquí se tradujo en la falta de inscripción, reconocimiento de nacionalidad, documentación, educación y también acceso a la salud de niñas de padres haitianos y madres dominicanas. Es un caso orientado a que el Estado cumpla con sus obligaciones de prestación positiva respecto de estas niñas. Conforme el último informe del Comité de Ginebra sobre la República Dominicana existen algunos problemas con las reparaciones derivadas de la sentencia, sobre todo en lo relacionado con las reformas legales e institucionales que deben implementarse para resolver el tema de fondo.

8.5. El último caso que mencionaré en este breve repaso se relaciona con las medidas provisionales adoptadas respecto de Brasil llamado “Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el *Complexo do Tatuapé* de la FEBEM³⁰. Es la primera vez que se hace lugar a una medida cautelar

28 Corte IDH. Caso de las Niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana. Interpretación de la sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 23 de noviembre de 2006 Serie C No. 156.

²⁹ “*Legal clinic*” es el nombre que tienen los cursos de enseñanza práctica con casos reales en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos.

³⁰ Resoluciones sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto de *los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” de la Fundação Casa*, de fechas 17 de noviembre de 2005, 30 de noviembre de 2005, 4 de julio de 2006, 3 de julio de 2007 y 10 de junio de 2008.

vinculada con derechos de la niñez y condiciones de detención. El proceso se encuentra en pleno trámite.

8.6. Hay otros casos en los que niños y niñas son víctimas pero no han sido planteados como casos relacionados directamente con los alcances del art. 19 de la CADH. De alguna manera la Corte Interamericana ha cesado en su interés de poner contenido cierto a ese artículo, quizás conciente de las dificultades señaladas más arriba. A lo sumo se considera que se trata de una garantía transversal que agrega exigibilidad al resto de los derechos. En esta inteligencia no se trataría de un derecho específico sino que la condición de ser niño agregaría exigibilidad a todos los derechos en general.

El enfoque actual de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es caso por caso, por lo que quizás se pueda encontrar otro asunto que sí permita discutir específicamente los alcances de este art. 19 de la CADH en función de todo el resto de normas internacionales de protección de derechos humanos de la niñez, que contribuya a vencer el profundo obstáculo cultural y conceptual que entraña.

9. Luego de este resumen respecto de cómo ingresa al sistema interamericano de protección de derechos humanos la cuestión de la protección de los derechos humanos de los niños junto con las normas del sistema universal me gustaría formular algunas conclusiones —sin pretensión de que se constituyan en certezas definitivas— relacionadas con la agenda de promoción y defensa de los derechos humanos de niños y niñas en el continente latinoamericano.

9.1. La primera cuestión se relaciona con la necesidad de que otras disciplinas ocupen el centro en las acciones vinculadas con la promoción, protección y garantía de los derechos fundamentales de la niñez en América Latina además de la jurídica, sobre la base de los argumentos enunciados más arriba.

En esta línea es una misión imposible pedir principalmente a los abogados que contribuyan a superar el legalismo punitivista que por momentos domina a nuestras sociedades. Creo que el proceso relatado en estas páginas

lo demuestra cabalmente. Si se pretende superar ese enfoque es preciso que participen otros profesionales y otras disciplinas. Lo que hoy se puede percibir es que algo huele a podrido en un enfoque integral de los derechos que la mayor parte del tiempo sólo es legal y sólo es penal. Cómo se quita ese mal olor, cómo se ventila, ingresa la luz y se amplía la agenda de los derechos de niños y niñas, no es algo que los abogados tengan la capacidad de hacer.

9.2. La segunda se relaciona con la necesidad de coordinar el trabajo y las agendas de las diferentes instituciones que pertenecen en ocasiones aún a la misma órbita institucional con el objetivo de optimizar recursos y conseguir resultados concretos. En definitiva, se trata de organismos públicos financiados por los Estados (incluido el Comité de Derechos del Niño de Ginebra) por lo que habría que aplicarles las reglas de *accountability*, transparencia y coordinación exigibles a organismos públicos en otras instancias.

En la OEA existe desde hace muchas décadas un instituto especializado dedicado a la protección de los derechos del niño. Se trata del Instituto Interamericano del Niño. A lo largo de todo el proceso al que me referí el Instituto Interamericano del Niño perdió su visibilidad y su incidencia en la región, básicamente por la crisis del modelo tutelar que históricamente había guiado su agenda. El proceso de pérdida de identidad institucional que obviamente implicó una pérdida de espacio fue lógicamente ocupado por el organismo rector en materia de derechos humanos de la región.

En particular y con el sentido que se viene desarrollando —aplicación de estándares internacionales—, el artículo 19 de la CADH no guiaba la agenda del Instituto Interamericano del Niño. El Instituto tenía un enfoque diferente al de los tratados de derechos humanos; básicamente, se trataba de una agenda vinculada al minorismo clásico y, desde el punto de vista del derecho internacional, preocupada por temas de derecho internacional privado. De hecho, existen cuatro tratados de derecho internacional privado en los que el Instituto Interamericano del Niño intervino en la década del '80³¹. En esos años

³¹ La Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores fue aprobada el 24 de mayo de 1984 y entró en vigor el 26 de mayo de 1988; la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores fue aprobada el 15 de julio de 1989 y entró en vigor el 4 de noviembre de 1994; la Convención interamericana sobre obligaciones

no se conectó la discusión de estas normas de niños del derecho internacional privado con el proceso que se estaba dando de incorporación de la Convención sobre Derechos del Niño al derecho latinoamericano.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el tema en análisis —la definición de estrategias para mejorar el respeto de los estándares de protección a la niñez en el continente—, la función específica de la Comisión Interamericana dentro del sistema de protección es el aseguramiento de justicia en los casos en los que no se la haya obtenido por otros medios a nivel local. Dentro de la gran agenda de promoción y defensa de los derechos humanos de la mencionada Comisión, el sentido principal y característico del sistema interamericano de protección de derechos humanos es el litigio a través de peticiones individuales; no es la definición de políticas ni el poner contenido a la protección especial de la niñez.

Desde este punto de vista, en un intento por ordenar la cuestión de los deberes de prestación positiva del Estado y las cuestiones que tienen que ver con garantías liberales clásicas (como las procesales) ambas instancias en la OEA tendrían que coordinar actividades (IIN y CIDH): la CIDH con el enfoque más legal de litigio y el IIN con un enfoque más interdisciplinario. Ello requiere también un nuevo diseño de las Relatorías temáticas de la Comisión —en este caso de la Relatoría de la Niñez—, cuyo funcionamiento depende de proyectos específicos del mismo modo que las ONGs y parcialmente el IIN (todos en competencia por los mismos escasos recursos). Este diseño institucional se asemeja a una ecuación en la que todos pierden, motivo por el que sería muy importante, tanto a nivel regional gubernamental cuanto de la sociedad civil, un acuerdo programático y estratégico sobre las incumbencias de cada actor involucrado —estatal, regional, internacional y no gubernamental— para que cada institución pueda —sin superponerse—, insistir, requerir, reclamar y trabajar en lo mejor que tiene para dar a los niños, niñas y adolescentes de la región.

alimentarias fue aprobada el 15 de julio de 1989 y entró en vigor el 6 de marzo de 1996; y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores fue aprobada el 18 de marzo de 1994 y entró en vigor el 15 de agosto de 1997.

En este tema el rol que las coaliciones no gubernamentales de protección de derechos humanos de niños y niñas pueden cumplir para que la aludida articulación y coordinación entre los diferentes organismos del sistema sea exitosa es crítica, en la medida en que las organizaciones de la sociedad civil son en gran medida reguladores de la demanda y deciden la agenda de los organismos. Del mismo modo lo es respecto de la debilidad basada en los mecanismos de designación de integrantes de estos cuerpos internacionales. Las coaliciones cumplen un rol crítico en exigir que sean verdaderos expertos quienes ocupen estos lugares —además de por las razones obvias relacionadas con la mejor calidad del trabajo resultante— de modo de contribuir al fortalecimiento del valor simbólico de estas instituciones y sus miembros.

9.3. Otro tema importante se relaciona con el tiempo, con los tiempos del sistema y los tiempos de los niños.

Hace unos años se ha comenzado a plantear en algunos talleres la cuestión de la utilización de las medidas cautelares del sistema en casos que involucran derechos de niños³². Ésta sería una alternativa al litigio mediante peticiones individuales más eficiente cuando se trata de estos derechos por el efecto inmediato que las caracteriza. El litigio de casos en el sistema interamericano lleva mucho tiempo; es muy lento y es razonable que así sea porque se supone que antes deben haberse agotado los recursos internos del país demandado. Si no hay una situación de excepción, en los estados democráticos es razonable el procedimiento que reclama que se cumplan todas las etapas del proceso que implican que transcurra mucho tiempo hasta que el caso llega al sistema regional.

Éste es uno de los temas donde más claramente se puede percibir la especificidad de la niñez como sujeto diferenciado de un adulto. El tiempo es diferente para unos y para otros. No es lo mismo un año en la vida de un niño de 14 o de 16 como quizás sí lo es en un adulto de 40 o 50. Territorio de la subjetividad y de la sensibilidad, el tiempo da sentido concreto a la idea de

³² Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. V.

protección especial de la niñez, de considerar que los niños son niños. Más allá de los eventuales narcisismos, intereses políticos o agendas circunstanciales, un uso del sistema que se tome en serio la protección especial a la niñez debe preocuparse por utilizar alternativas a la vía lenta (peticiones individuales).

Desde este punto de vista el litigio de caso es casi contra-intuitivo respecto de la condición de ser un niño porque el efecto que va a tener —de llegarse a una sentencia— va a ser para un adulto.

Por eso es preciso imaginar otras formas de usar el sistema —aún desde el punto de vista legal— tales como las medidas cautelares de la Comisión o eventualmente de la Corte Interamericanas. La Comisión Interamericana puede adoptar medidas cautelares “En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible” (...) “para evitar daños irreparables a las personas”³³. Estas medidas son algo diferentes de las medidas cautelares que puede adoptar la Corte Interamericana, llamadas medidas provisionales. Éstas consisten en que en “cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención”. Si se trata de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, “la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión” y si los casos ya se encuentran en conocimiento de la Corte, “las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos”.³⁴

³³ Conforme el art. 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, y modificado por última vez su 132º período ordinario de sesiones, celebrado del 17 al 25 de julio de 2008.

³⁴ Conforme el art. 25 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

Sobre el uso de estas medidas por la Comisión se ha comenzado a discutir bastante ya que hasta hace poco tiempo la regla era que se utilizara con frecuencia para casos relacionados con libertades civiles, por ejemplo de periodistas amenazados, pero que se rechazara respecto de pedidos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales aunque la víctima fuera un niño (por ejemplo, un caso de riesgo de vida por falta de un tratamiento médico en los servicios públicos de un país). La razón por la que en general no se admiten estos pedidos de medidas cautelares se relaciona con la delgada línea que separa a este tipo de medidas y la injerencia directa en las políticas públicas de los Estados vedada al sistema. A ello se suma la creencia de que estos pedidos generarían un efecto catarata y un saturamiento y posterior debilitamiento general del sistema por usarlo “para todo”.

Existen otras alternativas en el “menú de opciones” del sistema que se están utilizando recientemente en cuestiones vinculadas con derechos de niños y niñas como las visitas *in loco* y las audiencias temáticas. El impacto de la utilización de estas herramientas es muy difícil de determinar.³⁵

9.4. A fin de poner contenido concreto al art. 19 de la CADH de modo de saber cuál es el alcance legal de la protección de niños y niñas en el continente

³⁵ Es complejo estimar para cuánto sirve una audiencia o una visita *in loco*. Las audiencias son muy complicadas de preparar, involucran a muchísimos actores, demoran mucho tiempo y duran unos minutos. Actualmente hay mucho entusiasmo con las audiencias pero en rigor se hacen presentaciones que podrían remitirse por escrito, compiten entre sí diferentes actores por tener un espacio que en definitiva todos merecen para ser oídos (por tomar sólo un ejemplo véase el caso reciente de México con los diferentes pedidos de diferentes organizaciones por diversos problemas vinculados con violaciones a derechos humanos en el país: con qué reglas priorizar los pedidos o quién debe tener audiencia en detrimento de otra solicitud? Casos generales de violaciones sistemáticas de derechos humanos de una población pueden involucrar también a niños.

Me da la impresión de que el gran entusiasmo que se percibe en este momento con esta modalidad es un poco desproporcionado y que el cálculo costo-beneficio no cierra bien en estos casos. A lo mejor habría que pensar en otras instancias más económicas tales como conferencias virtuales y ciertamente explorar las potencialidades de las visitas *in loco* al aprovechar los desplazamientos de los comisionados a los países.

un litigio estratégico en casos de DESCs muy específicos por cierto enriquecería considerablemente el sistema³⁶.

Esto nos conduce a otro tema que es el del reclamo de DESCs de niños ante el sistema. Podría construirse un argumento sobre la base de reconocer la objeción recién planteada del siguiente modo: es razonable una posición restrictiva del sistema interamericano en materia de DESCs en general, pero la regla que establece el derecho a protección especial de niños habilita una excepción. De este modo se establecería una diferencia con el estándar que se usa con adultos; caso contrario, aplicar la misma regla para adultos y para niños vaciaría de contenido la regla de protección especial (adicional) prevista por el “amplio *corpus juris*” internacional de protección de derechos humanos de la niñez.

Esta tarea se facilita con el tratado adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos conocido como Protocolo de San Salvador, que es una convención adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales. En ese tratado hay algunos derechos con los que se puede también litigar ante el sistema y uno de esos derechos es el derecho a la educación, derecho de niños por excelencia. También podría utilizarse la Convención de *Belém do Pará* cuando se trate de niñas.

Quizás como efecto espejo del reduccionismo legal y penal de las reformas latinoamericanas en temas relacionados con los derechos de la niñez antes mencionado, el litigio ante el sistema se ha concentrado, directa o indirectamente, en la justicia juvenil. Por ello una forma de completar esta agenda liberal clásica con un enfoque orientado a la exigencia de los deberes de prestación positiva a los que los Estados latinoamericanos están obligados

³⁶ Por las razones expuestas sumadas a la centralidad que los temas de seguridad tienen en las agendas políticas de los países del continente, en la pasada década desde los organismos internacionales se dio una alta prioridad a la reforma del sistema juvenil penal y poca prioridad a la institucionalización de los mecanismos de defensa de los derechos de la infancia. Como se señaló antes, razones de principios exigen una inversión de esas prioridades, aún también para satisfacer exigencias relacionadas con la seguridad.

por los tratados requiere inteligencia estratégica e institucional para superar un tipo de utilización del sistema que podría, más allá del acto absoluto de justicia que significan cada una de las sentencias que han recaído en los diferentes casos llevados al sistema, ser leído como un avance limitado en la promoción y defensa de los derechos humanos de los niños, en general y en sentido positivo (no lo que el Estado tiene que dejar de hacer para no interferir ni dañar sino lo que tiene que hacer para generar las condiciones que permitan que los niños vivan vidas dignas de ser vividas, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es preciso insistir en la generación de mensajes claros y mecanismos precisos para que los agentes estatales sepan lo que tienen que hacer para garantizar esos derechos que ya no hay duda de que están reconocidos.

En general y en ámbitos serios, ya no hay más debate conceptual ni jurídico en nuestros países respecto a cuáles deben ser los estándares referidos a la justicia juvenil, más allá de la eventual reacción represiva de endurecimiento de las leyes penales expresada en un reclamo de rebaja de edad de imputabilidad que sigue en el continente a hechos violentos perpetrados por jóvenes; sin embargo hay muy pocos programas exitosos, sostenidos en el tiempo, eficientes en términos de reducción de la violencia y del reingreso de los jóvenes al sistema (especializado o ya penal general).

Por otro lado, debe señalarse que el litigio estratégico en general ha sido bastante pobre en relación con los derechos de niños y niñas, aún respecto de la cuestión penal juvenil. Que los estándares legales estén claros no significa que no se sigan violando derechos humanos de los adolescentes infractores de la ley penal del mismo modo como se violan los derechos de los adultos procesados o condenados con independencia de que no se discute cuáles derechos deben serles reconocidos frente a una imputación penal³⁷. En rigor,

³⁷ Debe de todos modos insistirse con el hecho de que a pesar de todas las reformas legales no fueron creados las instancias de verificación y exigibilidad de esos nuevos marcos jurídicos, lo que determina que niños, niñas y adolescentes continúen encerrados en condiciones deplorables, no tenga acceso real a un debido proceso, los niños víctimas no sean tratados de una manera acorde a su dignidad y a sus derechos, etc..

luego de casi veinte años de reformas legales en América Latina hoy los sistemas penales juveniles tienen los mismos problemas que los sistemas penales de adultos, básicamente la distancia enorme entre la declaración retórica de derechos y garantías y su vigencia efectiva (falta de defensores o técnicamente deficientes, ausencia de programas, superpoblación en los centros de detención, etc.). Por eso ya no resulta necesario litigar para que se determine que un niño tiene derecho a un abogado defensor —todas las legislaciones lo reconocen expresamente— sino ver qué se hace a nivel interno para asegurar que el chico tenga efectivamente un abogado defensor idóneo y adecuado. Más allá del valor de una sentencia que condena al Estado y establece reparaciones para la víctima (en el sentido kantiano de valor absoluto de la sentencia en este caso), desde una perspectiva estratégica deberían medirse costos y evaluar qué es más conveniente en cada situación concreta en particular.

9.5. Otro punto que debería considerarse es el de la concreción de políticas públicas orientadas a la restitución de los derechos de niños y niñas³⁸.

No puedo desarrollar este punto que evidente y principalmente requiere de un enfoque no jurídico. Sólo voy a hacer un comentario respecto de la política criminal como política pública en su punto de contacto con la política social no represiva. Es preciso volver a debatir y concretar políticas preventivas. Hasta ahora de lo que se ha hablado es de lo que el Estado tiene/puede/debe hacer una vez que un joven cometió o se le imputa haber cometido un delito. Los penalistas se dedican a justificar y limitar esa reacción estatal. Como el tutelarismo focalizaba en la prevención, su desplazamiento implicó borrar la prevención de la agenda de temas relacionados con la protección de la niñez y la delincuencia juvenil. Por otro lado, su eliminación también implicó borrar —o en el mejor de los casos postergar— cualquier

³⁸ Sin dudas haber logrado el estándar del párrafo 144 respecto de la “vida digna” en la sentencia del caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala es parte de la riqueza del sistema; pero debería insistirse en el tipo de políticas públicas que los Estados deberían implementar para no solamente no violar los derechos sino restituirlos a aquellos que no los han vivido.

indagación teórica sobre los niños víctimas de delitos que requirieran protección especial como niños y como víctimas.

Debe reconocerse que la prevención fue un invento del positivismo al instalar la idea de que era importante intervenir antes de que se cometiera el delito. El problema fue el marco que sostuvo esa posición y las consiguientes políticas que se implementaron que tuvieron consecuencias terribles para la humanidad. No obstante la idea no es desatinada a punto tal que todas las normas internacionales que tratan del tema priorizan el factor preventivo sobre los aspectos represivos. Por lo tanto, recuperar esa correcta intuición reconocida normativamente como base de una política criminal en materia de menores de edad y dotarla de un sentido diferente en un marco de promoción de derechos humanos de la infancia debería guiar el trabajo de los actores relevantes. Prevención debería ser leído hoy como garantía de derechos económicos, sociales y culturales de la niñez.

Algo parecido sucede con la idea de especialidad que también es preciso recrear. Se supone que los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos son sistemas especiales para niños pero en la práctica funcionan igual que los sistemas penales para adultos con excepción de las penas reducidas que se aplican y alguna opción adicional de solución procesal anticipada.

El tutelarismo clásico inventó la especialidad entendida como autonomía científica. Fue una intuición correcta sostener que los niños requieren mayor protección que los adultos; de hecho, más allá de los excesos conocidos de este paternalismo injustificado, los tratados internacionales no abandonan una concepción paternalista sobre la infancia. Si no se preserva, profundiza y desarrolla la idea de especialidad y protección especial se corre el riesgo de repetir la experiencia norteamericana en el sentido de que el precio de las garantías liberales, procesales, sea el de ser tratado como un adulto (incluida hasta hace algunos años la pena de muerte)³⁹.

En resumen, las ideas de prevención y especialidad fueron dos intuiciones correctas del tutelarismo positivista que hay que reinventar a partir

³⁹ Ver *supra* nota 20.

de un enfoque actual e integral de protección de derechos humanos. En este sentido no puede pedirse al derecho penal que ponga contenido a estas ideas porque la disciplina opera sobre los límites y para limitar, no para poner contenido.

9.6. Por otro lado, deben tenerse presentes los riesgos que desarrolla Stanley Cohen en su libro extraordinario *Estados de negación*⁴⁰ respecto de la narrativa de derechos humanos: el de la banalización, el de la auto-referencia y la fatiga de compasión. Recursos limitados de todo tipo exigen una definición precisa de los objetivos de litigar ante el sistema interamericano que condicionarán los casos que se litiguen; de otro modo se puede generar el efecto de banalizar la discusión de los derechos, de provocar el desgaste de los problemas y su empobrecimiento en la agenda del movimiento de derechos humanos en términos de visibilidad y relevancia, y el de contribuir al funcionamiento auto-referencial de la burocracia⁴¹.

⁴⁰ COHEN, Stanley, *States of Denial. Knowing about atrocities and suffering*, Polity Press, 2001; en español *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005.

⁴¹ Otro ejemplo permite visualizar el punto. Se trata de un adolescente condenado por un hecho extremadamente grave cometido cuando tenía diecisiete años de edad a la pena de 17 años de prisión. La Corte Suprema de Argentina confirmó la sentencia y la defensa llevó el caso a la Comisión Interamericana. Las nuevas leyes latinoamericanas permiten en algunos países como Costa Rica penas de hasta 15 años por ese delito. Por lo tanto la distancia entre esa ley tomada como modelo para las reformas legales inspiradas en los tratados de derechos humanos y la condena efectiva del adolescente en la Argentina no es tan enorme, con independencia de que en ambos casos son penas altísimas que contradicen el principio de aplicación de la pena privativa de la libertad por el menor tiempo posible cuando se trata de menores de edad. Desde este punto de vista es una condena excesiva pero no completamente irrazonable conforme los estándares regionales. Por otro lado, la presentación de estos casos implica que los defensores no lleven otros casos porque los recursos, el tiempo, la energía, son limitados. Una solución de derecho interno como puede ser la conmutación de la condena podría rápidamente superar el problema en términos de condena justa por el hecho para este menor de edad; pero si se buscan otros efectos con este caso eventualmente llevarlo al sistema interamericano podría permitir alcanzarlos. Alguien puede pensar que estratégicamente la presión del organismo internacional sobre el país va a hacer que el gobierno autorice una conmutación o indulto pero no ha sido así en la historia reciente de la

Otro problema de la relación entre objetivos y resultados es lo que podríamos llamar el efecto no deseado o “rebote” (*backlash*) del caso. Con algunas decisiones está ocurriendo en muchos países que generan un efecto completamente contrario al que se buscaba y que reafirma una concepción muy autoritaria. Hay un caso en Perú muy emblemático sobre este punto. E

En cuestiones vinculadas con derechos económicos, sociales y culturales una sentencia podría significar una camisa de fuerza para avanzar en la agenda de los actores sociales sobre el tema. Este *corset* podría ser una variante del efecto “backlash”. ¿Cuánta presión pueden soportar el sistema y los Estados con un escenario de intenso litigio sobre derechos económicos, sociales y culturales? Por estas razones también el litigio estratégico tiene que considerar con inteligencia el contexto nacional y político.

9.7. Sobre el litigio estratégico me gustaría sólo problematizar el modelo norteamericano tal como es presentado en América Latina. Éste cautiva a muchos abogados en la región que lo incorporan a-críticamente cuando ha sido muy criticado aún por los propios profesores en los Estados Unidos. La forma en la que las jóvenes generaciones de los mejores abogados que hay en la región concentran toda su energía en el litigio estratégico es muy importante pero me parece que no conduce necesariamente a transformaciones estructurales porque nuestros países no se transforman —por su historia y por sus características legales—, por decisión de los jueces. Nuestros países se transforman por decisiones de los actores políticos. Los jueces son actores políticos, pero con una incidencia muy pequeña comparada con la que tienen en el ámbito anglosajón.

relación de Argentina con el sistema interamericano. Podría resolverse la situación con el derecho interno pero el sistema interamericano se presenta todavía como la “mejor” solución al caso, por razones que vale la pena insistir no siempre son las buenas razones, **tal como señalan Malcom Feeley en y James Cavallaro en cuando** aluden a los abogados que quieren conseguir “su” caso para que prospere “su” propia interpretación de tal artículo de tal tratado, en lugar de resolver el problema concreto de su defendido.

Si se comparan las grandes transformaciones en la relación del derecho con la vida social en la Europa continental y en el mundo anglosajón, los grandes cambios en temas críticos de la vida social en Europa continental se dieron por una discusión intensamente política en las legislaturas; no fueron debidas a decisiones de los tribunales, como ocurrió principalmente en los Estados Unidos. Curiosamente, como ya mencioné nuestra herencia jurídico-cultural es de la Europa continental por lo que debería considerarse realizar algunos ajustes al enfoque tradicional de la clínica legal norteamericana en los abordajes de problemas complejos de la región.

Desde este punto de vista no trasladar automáticamente el modelo norteamericano y utilizar instrumentalmente el litigio estratégico como herramienta política podría integrar un abordaje con mayor impacto en las prácticas sociales y en las políticas públicas.

9.8. Otro punto importante es qué se busca —en particular qué buscan las coaliciones de organizaciones de protección a la niñez— con el litigio ante el sistema interamericano. ¿Qué es lo que los litigantes quieren obtener con los casos que llevan ante el sistema interamericano?

Quizás debí haber planteado esta pregunta desde el principio pero su desarrollo habría derivado hacia otros temas. En concreto la pregunta es si se litigan los casos como fines en sí mismos —en un sentido liberal kantiano, para obtener la justicia que no se obtuvo a nivel nacional—, o bien se litigan como medios para obtener fines diferentes: reformas legales o estructurales, cambios en el gobierno, políticas públicas, eventualmente reconocimiento, instalación de temas o de instituciones en el debate regional, por qué no también aunque suene algo cínico, financiamiento, etc..⁴²

⁴² Renato sostuvo que este enfoque podía ser muy esclarecedor y útil, sobre todo cuando uno realiza una crítica estratégica. Agregó que estos fines compartir la certeza de que el litigio estratégico debería ser “deslegalizado” y hacerse más político, articulado, con menos abogados y más interdisciplinario, podría también contribuir a mejorar las intervenciones en términos de resultados concretos en la vida social y permitiría preguntarse sobre el tipo de Estado que se busca a fin de deconstruir la asociación entre derechos humanos y políticas de reducción del Estado propias de la década del '90.

Da la impresión de que muchas veces, cuando se discuten estos temas en ámbitos político-académicos, se superponen y confunden argumentos. Hay crítica y/o frustración cuando no se logra tal objetivo pero en realidad cuando se litigó el caso se estaba buscando otro. Por ejemplo, se afirma que se ha agravado la situación de la violencia contra los jóvenes marginales en la región, en particular los asesinatos aún en países ya condenados por la Corte Interamericana como Guatemala (desde esta lógica, para qué “habría servido” el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”?), que en la República Dominicana no se ha avanzado con el problema planteado por el caso de las niñas haitiano-dominicanas, etc.; pero esa frustración por la falta de impacto de los casos en la realidad de los países puede atribuirse al segundo objetivo (el litigio como medio para obtener reformas estructurales), no al primero, que sólo se vería frustrado si no se cumple con las sentencias en lo que atañe específicamente a las reparaciones a las víctimas.

Insisto en la importancia de que las víctimas obtengan sus sentencias reparatorias por un imperativo elemental de justicia: que un tribunal establezca que lo que sufrió fue injusto y que tiene derecho a una indemnización —más allá de que nunca reciba el dinero— tiene un valor extraordinario en términos de dignidad humana; pero, en términos de la vida social, los últimos veinte años de litigio ante el sistema demuestran que no es la sentencia lo que hace la diferencia. Allí lo que hace la diferencia, por lo menos en América Latina, es la política.

Surge así la posibilidad de pensar el litigio estratégico como una actividad paradójicamente menos legal y más política⁴³. Como abogada puedo pensar en los intereses de las partes que litigan y desde allí explorar cómo se construye un litigio más político pero en rigor son los diferentes actores sociales que intervienen en estos procesos quienes deberían ponderar y definir qué es lo más conveniente en cada caso. No está demostrado en la historia del uso del sistema que una sentencia convenga más —para los intereses de los peticionantes— que un informe o que una audiencia. Hay que medir la

⁴³ Dario Abdala introdujo lúcidamente esta cuestión en la reunión.

conveniencia económica, el tiempo que insumen los casos, sobre todo desde la perspectiva de organizaciones con recursos materiales bastante limitados.

Por otro lado, el enfoque más instrumental y político conduce a la pregunta respecto de qué tipo de Estado se quiere construir en América Latina. Ésa es una pregunta que el sistema interamericano difícilmente pueda responder —por lo menos de manera abierta y directa. Para saber qué Estados se quieren o mejor aún, qué se quiere de los Estados, el enfoque tiene que ser bastante local, focalizado en las situaciones nacionales más que regionales⁴⁴. Desde este punto de vista, la discusión debería ser nacional y los actores sociales a nivel interno deberían explorar cómo se articulan satisfactoriamente para producir resultados efectivos en la vida política de sus comunidades.

Retomo la cuestión de qué es lo que se busca del sistema, porque son bien diferentes las estrategias y las acciones a implementar según lo que se busque de un sistema de justicia supranacional⁴⁵. En ese sentido tiene que

⁴⁴ A menudo se enfatiza en un enfoque exageradamente regional para responder preguntas que no pueden ser respuestas con ese enfoque sino con uno mucho más acotado.

⁴⁵ Una colega salvadoreña (nombre) compartió la importancia de tener claros los propósitos y las expectativas frente a la complejidad, los tiempos y la enormidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos, ya mencionados. En su opinión algunos países como el suyo propio (El Salvador) han sentido la presión del organismo internacional y han mínimamente reaccionado a estas intervenciones, básicamente porque temen ser criticados a nivel internacional. Consideró por otro lado que estas acciones contribuyen a mover ambos sistemas al establecer mecanismos de integración claros y difundir interpretaciones de las normas internacionales convencionales y no convencionales, a veces desconocidas aún por los “expertos” que en ocasiones integran estos organismos internacionales. Recordó finalmente la idea de Alejandro Cussiánovich respecto de que es gracias a esos “expertos” que los niños están como están. Sobre el tema de lo que es vinculante y lo que no lo es me da la impresión de que nos gustaría tener la certeza de que eso hace la diferencia pero me temo que no es así. Por ejemplo, se tiende a pensar que lo que sucede en la Comisión, las audiencias, los informes, etc., no son tomados muy en serio por los Estados y en cambio que sí lo son las sentencias en las que la Corte Interamericana los condena; sin embargo hay muchas sentencias que no logran ser ejecutadas. Por lo tanto, la pregunta de qué es lo que los Estados se toman más en serio no debería necesariamente determinar nuestra circulación de información sobre las normas del sistema.

haber una decisión conciente de qué es lo que se procura con un caso. Los abogados, por regla general, lo que buscan con los casos es o debería ser la justicia, la solución justa del caso (la mayoría de las veces nuestra imaginación es muy limitada como para poder pensar todo lo demás por eso es tan importante la participación de profesionales de otras disciplinas en esta discusión). Cuánto no podría servir ese caso para otros fines, para satisfacer otros intereses públicos e igualmente legítimos! Por otro lado se complica la cuestión desde un punto de vista ético con la instrumentalización ya no del caso sino de las víctimas que quizás no compartan la perspectiva más amplia y simplemente quieran la justicia que no obtuvieron en sus países.

Para concluir sobre este tema me gustaría dejar la idea de que deberíamos estar muy atentos a evitar la instrumentalización de las víctimas cuando se litigan los casos, más allá de la instrumentalización del caso en el sentido antes aludido. Para ello se debe considerar primero y antes que nada la opinión del niño o eventualmente de su familia y analizar si realmente en ese escenario lo que más conviene es llevar el caso al sistema; o bien se podría, con inteligencia estratégica y fuerza política, encontrar una solución más rápida, más cercana y más efectiva para la real vigencia de los derechos de ese niño singular.

10. Como cierre me gustaría recordar un episodio con ustedes que me permite reafirmar el valor moral y simbólico que tiene el sistema interamericano de protección de derechos humanos para las personas más desaventajadas del continente, más allá de que, sin duda tanto desde el punto de vista técnico jurídico cuanto desde el punto de vista político pueden hacerse enormes críticas, como también se le pueden hacer al sistema universal.

El ejemplo es enormemente conmovedor.

Tuvimos el honor con Susana Villarán –entonces Relatora de la Niñez de la Comisión Interamericana– de ser invitadas al acto de reparaciones de la

sentencia del caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. El Estado quería terminar la cuestión rápidamente pero los peticionantes organizaron un acto público para dar cumplimiento a la sentencia en cuanto exigía que se denominara a una escuela cercana al lugar de los hechos con el nombre de los niños víctimas en el caso junto con el nombre “Niños de la esperanza”. En esa reunión, el director de Casa Alianza tuvo un discurso memorable que no soy capaz de repetir porque no me han sido dadas sus dotes retóricas, pero sí voy a recordar algo que no tuvo tanta visibilidad y que fue tan conmovedor para nosotros como ese discurso, palabras que con el tiempo me siguen resonando y poniendo la piel de gallina. En un momento se nos acercó la hermana de una de las víctimas y nos dijo “tenían que venir ustedes de afuera para que nos trataran como gente”.

A mí me parece que esta idea tan básica de “ser tratado como gente” es suficientemente poderosa como para guiar las agendas de protección de derechos humanos de la niñez en general y, específicamente, de utilización del sistema interamericano para que éste pueda dar el máximo posible. Como toda burocracia, por mejor que sea, no va a auto-superarse si no es con la presión externa generada por la inteligencia, creatividad y compromiso verdadero con el disfrute efectivo por parte de los niños del continente de los derechos de los que son titulares, por parte de todos los usuarios actuales y potenciales del sistema interamericano de protección de derechos humanos.