

Jurisprudência Internacional

Direitos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-17/2002

de 28 de agosto de 2002,

solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.doc

Acesso em 23/10/2013

Voto Concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade

I

Presentación de la consulta

1. El 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”), en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”, “la Convención” o “el Pacto de San José”), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) una solicitud de Opinión Consultiva (en adelante “la consulta”) sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

2. En criterio de la Comisión Interamericana la consulta tiene como antecedente que

[e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la

- o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor[;]
- c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor[; y]
- e) [l]a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor de la adopción, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Opinión Consultiva n. 17 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la cual constituye, a mi juicio, un nuevo aporte de su jurisprudencia reciente a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuadra perfectamente, a mi modo de ver, en la amplia base jurisdiccional de la función consultiva de la Corte Interamericana (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ya por ésta claramente explicada y establecida en su Opinión Consultiva n. 15 sobre los *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (del 14.11.1997)¹. La Corte tiene, así, la competencia para interpretar las disposiciones relevantes (objeto de la presente consulta) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados que vinculan los Estados de la región, además de la responsabilidad y del deber - como lo determina la Convención Americana - de ejercer su función consultiva, cuya operación es materia de *ordre public* internacional.

I. Prolegómenos: Breves Precisiones Conceptuales.

2. El preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 advierte en su preámbulo que “en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles”, necesitando por lo tanto “especial consideración”. Los niños abandonados en las calles, los niños tragados por la delincuencia, el trabajo infantil, la prostitución infantil forzada, el tráfico de niños para venta de órganos, los niños involucrados en conflictos armados, los niños refugiados, desplazados y apátridas, son aspectos del cotidiano de la tragedia contemporánea de un mundo aparentemente sin futuro.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-15/99, Serie A, n. 15, pp. 3-25, párrs. 1-59, esp. pp. 13-19 y 24, párrs. 23-41 y puntos resolutivos 1-2.

apátridas, y no la apatridia. Y así por delante. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada subtraen a la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente.

7. Desde el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, – en el cual se enmarcan, a mi modo de ver, los derechos humanos del niño, – son los niños los titulares de derechos, y no la infancia o la niñez. Un individuo puede tener derechos específicos en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentre (v.g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad, los apátridas, entre otros), pero el titular de derechos sigue siendo siempre él, como persona humana, y no la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial (v.g., la infancia o niñez, la vejez, la discapacidad, la apatridia, entre otros).

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

9. Dada la importancia transcendental de la materia tratada en la presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, me veo en el deber de dejar constancia de mis reflexiones sobre la materia, centradas en seis aspectos medulares, que considero de la mayor relevancia y actualidad, y que conforman una temática que me ha consumido años de estudio y meditación, a saber: primero, la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano; segundo, la personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional; tercero, el advenimiento del niño como verdadero sujeto de derechos en el plano internacional; cuarto, el derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano; quinto, las implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional; y sexto, los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección *erga omnes*. Pasemos a un examen sucinto de cada uno de esos aspectos.

(inclusive el derecho de no verse sometidas a discriminación basada en la discapacidad), los cuales “dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”.

derecho de gentes (cf. *supra*), sucesivas atrocidades se cometieron contra el género humano. Las consecuencias desastrosas de esa distorsión son ampliamente conocidas.

13. Ya a finales de la década de los veinte, surgían las primeras reacciones doctrinales contra esta posición reaccionaria¹¹. Y a mediados del siglo XX la más lúcida doctrina jusinternacionalista se distanciaba definitivamente de la formulación hegeliana y neo-hegeliana del Estado como depositario final de la libertad y responsabilidad de los individuos que lo componían, y que en él [en el Estado] se integraban enteramente¹². Contra la corriente doctrinal del positivismo tradicional¹³, que pasó a sostener que solamente los Estados eran sujetos del Derecho Internacional¹⁴, se emergió una corriente opuesta¹⁵, sosteniendo, *a contrario sensu*, que, en última instancia, solamente los individuos, destinatarios de todas las normas jurídicas, eran sujetos del Derecho Internacional. Jamás hay que olvidar que, al fin y al cabo, el Estado existe para los seres humanos que lo componen, y no *vice-versa*.

14. Mientras tanto, persistía la vieja polémica, estéril y ociosa, entre monistas y dualistas, erigida en falsas premisas, que, no sorprendentemente, dejó de contribuir a los esfuerzos doctrinales en pro de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado. En efecto, lo que hicieron tanto los dualistas como los monistas, en este particular, fue “personificar” el Estado como sujeto del Derecho Internacional¹⁶. Los monistas descartaron todo antropomorfismo, afirmando la subjetividad internacional del Estado por un análisis de la persona jurídica¹⁷; y los dualistas¹⁸ no se contuvieron en sus excesos de caracterización de los Estados como sujetos únicos del Derecho Internacional¹⁹.

¹¹ Como, v.g. la luminosa monografía de Jean Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 y 33, y cf. p. 19. Ponderó el autor que, a contrario de lo que se desprendería de la doctrina hegeliana, el Estado no es un ideal supremo submisgo tan sólo a su propia voluntad, no es un fin en sí mismo, sino “un medio de realización de las aspiraciones y necesidades vitales de los individuos”, siendo, pues, necesario proteger el ser humano contra la lesión de sus derechos por su propio Estado. *Ibid.*, p. 55; una evolución en ese sentido, agregó, habría que aproximarnos del ideal de la *civitas maxima*.

¹² W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 247.

¹³ Formada, además de Triepel y Anzilotti, también por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, entre otros.

¹⁴ Postura que también vino a ser adoptada por la llamada doctrina soviética del Derecho Internacional, con énfasis en la “coexistencia pacífica” inter-estatal; cf., v.g., Y.A. Korovin, S.B. Krylov, *et alii*, *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law, [s/f], pp. 93-98 y 15-18; G.I. Tunkin, *Droit international public - problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 19-34.

¹⁵ Formada por L. Duguit, G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis y G. Scelle, entre otros.

¹⁶ Cf. C.Th. Eustathiades, «Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - Nouvelles tendances», 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) p. 405.

¹⁷ *Ibid.*, p. 406.

¹⁸ A ejemplo sobre todo de H. Triepel y D. Anzilotti.

¹⁹ Para una crítica a la incapacidad de la tesis dualista de explicar el acceso de los individuos a la jurisdicción internacional, cf. Paul Reuter, «Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public», *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 542-543 y 551.

18. Todo el nuevo *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido construido sobre la base de los imperativos de protección y los intereses superiores del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad o de su estatuto político, o cualquiera otra situación o circunstancia. De ahí la importancia que asume, en ese nuevo derecho de protección, la personalidad jurídica del individuo, como sujeto del derecho tanto interno como internacional²⁸. Hoy se reconoce la responsabilidad del Estado por todos sus actos - tanto *jure gestionis* como *jure imperii* - y todas sus omisiones, lo que pone de relieve la personalidad jurídica de los individuos y su acceso directo a la jurisdicción internacional para hacer valer sus derechos (inclusive contra el propio Estado)²⁹.

of Exhaustion of Local Remedies in International Law, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-445; A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327; F. Matscher, "La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", in *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 601-620; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-34 e 341; P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992 [reprint], pp. 38-54; J.A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a Barbarie - La Declaración Universal de Derechos Humanos, Cincuenta Años Después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 27-145; E.-I.A. Daes (rapporteur spécial), *La condition de l'individu et le Droit international contemporain*, ONU doc. E/CN.4/Sub.2/1988/33, de 18.07.1988, pp. 1-92; J. Ruiz de Santiago, "Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados", in *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (ed. J. Irigoien Barrenne), Santiago, Universidad de Chile, 1991, pp. 124-125 e 131-132; R.A. Mullerson, "Human Rights and the Individual as Subject of International Law: A Soviet View", 1 *European Journal of International Law* (1990) pp. 33-43; A. Debricon, "L'exercice efficace du droit de recours individuel", in *The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum Studies in Honour of C.A. Norgaard* (eds. M. de Salvia y M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237-242.

²⁸ Sobre la evolución histórica de la personalidad jurídica en el derecho de gentes, cf. H. Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, "Some Reflections on Juridical Personality in International Law", *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 e 336; J.A. Barberis, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35; J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 157-238; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 e 166-167; C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens" *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 147-171; M. Virally, «Droits de l'homme et théorie générale du Droit international», *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. IV, Paris, Pédone, 1972, pp. 328-329.

²⁹ S. Glaser, «Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif», *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, p. 117, y cf. pp. 105-106, 114-118 y 123.

y la consolidación de la primacía en el orden de los valores³⁴, de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, y del reconocimiento de su necesario cumplimiento *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo³⁵. Esta última, testimoniando la moralización del propio Derecho, asume la vindicación de los intereses comunes superiores³⁶. Gradualmente se ha vuelto a concebir un sistema jurídico verdaderamente *universal*.

III. La Personalidad Jurídica del Ser Humano como Respuesta a una Necesidad de la Comunidad Internacional.

21. Así, el propio Derecho Internacional, al reconocer derechos inherentes a todo ser humano, ha desautorizado el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los “concedidos” por el Estado. El reconocimiento del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, representa una verdadera revolución jurídica, - a la cual tenemos el deber de contribuir en la búsqueda de la prevalencia de valores superiores, - que viene en fin dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional. Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde, a su vez, al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción.

22. Esta prestación de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual, en medio al reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones positivas de protección y a la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es este el sentido real del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por esto que, en mi Voto Concurrente en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 04.09.1998), instado por las circunstancias del *cas d'espèce*, me permití examinar la evolución y cristalización

Libr., 1970 [reprint], pp. 13-203; Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law - A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189.

³⁴ Gustav Radbruch, particularmente sensible - sobre todo en la edad madura - al valor de la justicia, resumió las diversas concepciones del derecho natural como presentando los siguientes trazos fundamentales comunes: primero, todas proveen ciertos “juicios de valor jurídico con un determinado contenido”; segundo, tales juicios, universales, tienen siempre como fuente la naturaleza, o la revelación, o la razón; tercero, tales juicios son “accesibles al conocimiento racional”; y cuarto, tales juicios priman sobre las leyes positivas que les sean contrarias; en suma, “el derecho natural debe siempre prevalecer sobre el derecho positivo”. G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. I, Coimbra, A. Amado Ed., 1961, p. 70.

³⁵ J.A. Carrillo Salcedo, “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 22 *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política* - Madrid (2000) p. 75.

³⁶ R.-J. Dupuy, «Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de Droit international public», 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) pp. 190, 193 y 202.

situación de riesgo, como los 'niños de la calle', los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad⁴⁰, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida⁴¹.

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

26.La corriente doctrinal que todavía insiste en negar a los individuos la condición de sujetos del Derecho Internacional se basa en una rígida definición de estos últimos, de ellos exigiendo no sólo que posean derechos y obligaciones emanados del Derecho Internacional, sino también que participen en el proceso de creación de sus normas y del cumplimiento de las mismas. Ocurre que esta rígida definición no se sostiene siquiera en el plano del derecho interno, en el cual no se exige - jamás se exigió - de todos los individuos participar en la creación y aplicación de las normas jurídicas para ser titulares de derechos, y ser vinculados por los deberes, emanados de tales normas.

27.Además de insostenible, aquella concepción se muestra contaminada de un dogmatismo ideológico nefasto, que tuvo como consecuencia principal alienar el individuo del ordenamiento jurídico internacional. Es sorprendente - si no espantoso, - además de lamentable, ver aquella concepción repetida mecánicamente y *ad nauseam* por una parte de la doctrina, aparentemente pretendiendo hacer creer que la intermediación del Estado, entre los individuos y el ordenamiento jurídico internacional, sería algo inevitable y permanente. Nada más falso. En el breve período histórico en que prevaleció aquella concepción estatista, a la luz - o, más precisamente, en medio a las tinieblas - del positivismo jurídico, se cometieron sucesivas atrocidades contra el ser humano, en una escala sin precedentes.

28.Resulta hoy clarísimo que nada hay de intrínseco al Derecho Internacional que impida o imposibilite a actores no-estatales disfrutar de la personalidad jurídica internacional. Nadie en sana conciencia osaría hoy negar que los individuos efectivamente poseen derechos y obligaciones que emanan directamente del Derecho Internacional, con el cual se encuentran, por lo tanto, en contacto directo.

⁴⁰ Al cual se refiere el preámbulo (párr. 6) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

⁴¹ CtIADH, Serie C, n. 63, pp. 78-79, párr. 191.

personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no simples objeto de protección.

32. La categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional no se ha mostrado insensible a las *necesidades* de la comunidad internacional, entre las cuales figura con destaque la de proveer protección a los seres humanos que la componen, en particular los que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como son los niños. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia sostienen que los propios sujetos de derecho en un sistema jurídico son dotados de atributos que atienden a las necesidades de la comunidad internacional⁴⁵.

33. De ahí que, - como señala con perspicacia Paul de Visscher, - mientras que “el concepto de persona jurídica es unitario como concepto”, dada la unidad fundamental de la persona humana que “encuentra en sí misma la justificación última de sus propios derechos”, la capacidad jurídica, a su vez, revela una variedad e multiplicidad de alcances⁴⁶. Pero tales variaciones del alcance de la capacidad jurídica, - inclusive sus limitaciones en relación con, v.g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad mental, los apátridas, entre otros, - en nada afectan la personalidad jurídica de todos los seres humanos, expresión jurídica de la dignidad inherente a ellos.

34. Así, en suma, toda persona humana es dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal. La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos. Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos son dotados de personalidad jurídica. Los derechos humanos refuerzan este atributo universal de la persona humana, dado que a todos los seres humanos corresponden de igual modo la personalidad jurídica y el amparo del Derecho, independientemente de su condición existencial o jurídica.

IV. El Advenimiento del Niño como Sujeto de Derechos en el Plano Internacional.

35. En la base de todo ese notable desarrollo, encuéntrase el principio del *respeto a la dignidad de la persona humana*, independientemente de su condición existencial. En virtud de ese principio, todo ser humano, independientemente de la situación y las circunstancias en que se encuentra, tiene derecho a la dignidad⁴⁷. Este

⁴⁵ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre las *Reparaciones de Daños*, ICJ Reports (1949) p. 178: - “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”.

⁴⁶ Paul de Visscher, «Cours Général de Droit international public», 136 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972) p. 56, y cf. pp. 45 y 55.

⁴⁷ Sobre ese principio, cf., recientemente, v.g., B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-Marseille/Paris, CERIC,

principio fundamental encuéntrase invocado en los preámbulos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 así como de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Figura igualmente en el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales e Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988), entre otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

36. También se encuentra recogido, - como no podría dejar de ser, - en la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, cuando esta ubica, en la escala de los *valores fundamentales*,

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

37. Es cierto, como lo señala la Corte en la presente Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, que solamente a lo largo del siglo XX se articuló el *corpus juris* de los derechos del niño, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párrs. 26-27), concebido el niño como verdadero sujeto de derecho. Ésto ocurrió con el impacto notadamente de las supracitadas Declaración (1959)⁴⁸ y Convención (1989) sobre los Derechos del Niño, así como de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Beijing, 1985), y sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Tokio, 1990), y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Riad, 1990), - además de los tratados generales de derechos humanos.

38. O sea, los derechos del niño en fin se desprendieron de la *patria potestas*⁴⁹ (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia, - enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional, - el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el “interés superior del niño”, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia⁵⁰.

1999, pp. 7-491; [Varios Autores.] *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Actes du Séminaire de Montpellier de 1998), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-113; E. Wiesel, «Contre l'indifférence», in *Agir pour les droits de l'homme au XXIe. siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998, pp. 87-90.

⁴⁸ Precedida por la Declaración de 1924 de la Sociedad de Naciones sobre la materia.

⁴⁹ Obsérvese que, en el siglo XVII, John Locke ya dispensaba atención al tratamiento a ser dispensado a los niños, aunque desde la perspectiva de los derechos parentales, y en particular de los deberes de protección de los niños (y no del desarrollo de su estatuto jurídico); tanto es así que dedicó, v.g., todo un capítulo (VI) de su *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (además de sus escritos sobre la educación) al *patria potestas*; a pesar de este avance, los niños todavía no habían irrumpido como verdaderos sujetos de derecho.

⁵⁰ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, pp. 2-5, 9, 14, 18-27 y 77.

39. Es sorprendente que, frente a este notable desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea, todavía exista una corriente doctrinal que insiste en que la Convención sobre los Derechos del Niño se limita a crear obligaciones estatales. Esta postura me parece inconvincente y jurídicamente infundada, por cuanto tales obligaciones existen precisamente en razón de los *derechos humanos del niño* consagrados en aquella Convención de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

40. Además, aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como *sujeto de derecho*. Es este, a mi juicio, el *leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (párr. 28).

41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres⁵¹. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos *independientemente de las limitaciones de su capacidad juridical (de ejercicio)*.

42. Todo ese extraordinario desarrollo de la doctrina jusinternacionalista al respecto, a lo largo del siglo XX, encuentra raíces, - como suele suceder, - en algunas reflexiones del pasado, en el pensamiento jurídico así como filosófico⁵². Ésto es inevitable, por cuanto refleja el proceso de maduración y refinamiento del propio espíritu humano, que torna posibles los avances en la propia condición humana.

43. Así, en cuanto al dominio jurídico, me limito a rescatar un pasaje de un magistral curso dictado por Paul Guggenheim en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1958. En la ocasión, recordó aquel jurista, con pertinencia, que, ya en el siglo XVII, Hugo Grotius, que tanto contribuyera a la *autonomía del jus gentium* (desvinculándolo del pensamiento escolástico), sostenía que las reglas relativas a la capacidad de los niños en materia civil⁵³ pertenecían al propio *derecho de gentes*⁵⁴.

⁵¹ F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, 5a. ed., Paris, PUF, 2001, pp. 4-6 y 61; D. Youf, *op. cit. supra* n. (46), p. 134; J.-P. Rosenczveig, “The Self-Executing Character of the Children’s Rights Convention in France”, *Monitoring Children’s Rights* (ed. E. Verhellen), Ghent/The Hague, Univ. Ghent/Nijhoff, 1996, p. 195, y cf. pp. 187-197.

⁵² Para un examen de la subjetividad individual en el pensamiento filosófico, cf., v.g., A. Renaut, *L’ère de l’individu - Contribution à une histoire de la subjectivité*, [Paris,] Gallimard, 1991, pp. 7-299.

⁵³ V.g., sucesiones, bienes y propiedad, prescripción adquisitiva.

⁵⁴ P. Guggenheim, «Contribution à l’histoire des sources du droit des gens», *94 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 30 y 32-34.

44. En cuanto al pensamiento filosófico, en su *Tratado de la Educación* (más conocido como el *Emilio*, 1762), Jean-Jacques Rousseau se posiciona como un precursor de la conceptualización moderna de los derechos del niño, al advertir, con gran sensibilidad, que hay que respetar la infancia, dejar “obrar a la naturaleza”, que quiere que los niños sean niños (con su propia manera de ver, pensar y sentir) antes de ser adultos⁵⁵. La inteligencia humana, - sigue advirtiendo Rousseau, - tiene sus límites, no puede aprender todo, y el tiempo existencial es breve. Al principio “no sabemos vivir, pronto ya no podemos”; la razón y el juicio “vienen lentamente”, mientras que “los prejuicios acuden en tropel”⁵⁶. Hay, pues, que no perder de vista el pasar del tiempo, hay que tenerlo siempre presente, y que saber respetar las edades de la existencia humana.

VI. El Derecho Subjetivo, los Derechos Humanos y la Nueva Dimensión de la Personalidad Jurídica Internacional del Ser Humano.

45. No hay cómo dissociar el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional del individuo de la propia dignidad de la persona humana. En una dimensión más amplia, la persona humana se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí misma, y que lo cumple a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. En efecto, es la persona humana, esencialmente dotada de dignidad, la que articula, expresa e introduce el “deber ser” de los valores en el mundo de la realidad en que vive, y sólo ella es capaz de eso, como portadora de dichos valores éticos. La personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del Derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas⁵⁷.

46. Cabe recordar, en el presente contexto, que la concepción de *derecho subjetivo* individual tiene ya una amplia proyección histórica, originada en particular en el pensamiento jusnaturalista en los siglos XVII y XVIII, y sistematizada en la doctrina jurídica a lo largo del siglo XIX. Sin embargo, en el siglo XIX e inicio del siglo XX, aquella concepción siguió enmarcada en el derecho público interno, emanado del poder público, y bajo la influencia del positivismo jurídico⁵⁸. El derecho subjetivo era concebido como la prerrogativa del individuo tal como definida por el ordenamiento jurídico en cuestión (el derecho objetivo)⁵⁹.

⁵⁵ J.-J. Rousseau, *Emilio, o De la Educación*, Madrid, Alianza Ed., 2001 (reed.), pp. 145-146 y 120.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 241, 311 y 250.

⁵⁷ Cf., en ese sentido, v.g., L. Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 150-151, 153, 156 y 159.

⁵⁸ L. Ferrajoli, *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, 5a. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 912-913.

⁵⁹ Ch. Eisenmann, «Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin»,

47. Sin embargo, no hay como negar que la cristalización del concepto de derecho subjetivo individual, y su sistematización, lograron al menos un avance hacia una mejor comprensión del individuo como *titular* de derechos. Y tornaron posible, con el surgimiento de los derechos humanos a nivel internacional, la gradual superación del derecho positivo. A mediados del siglo XX, quedaba clara la imposibilidad de la evolución del propio Derecho sin el derecho subjetivo individual, expresión de un verdadero “derecho humano”⁶⁰.

48. Tal como me permití sostener en mi Voto Concurrente en la histórica Opinión Consultiva n. 16 de esta Corte sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01.10.1999), actualmente testimoniamos

“el proceso de *humanización* del derecho internacional, que hoy alcanza también este aspecto de las relaciones consulares. En la confluencia de estas con los derechos humanos, se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular, de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario” (párr. 35).

49. La emergencia de los derechos humanos universales, a partir de la proclamación de la Declaración Universal de 1948, vino a ampliar considerablemente el horizonte de la doctrina jurídica contemporánea, desvendando las insuficiencias de la conceptualización tradicional del derecho subjetivo. Las necesidades apremiantes de protección del ser humano en mucho fomentaron ese desarrollo. Los derechos humanos universales, superiores y anteriores al Estado y a cualquier forma de organización político-social, e inherentes al ser humano, afirmáronse como oponibles al propio poder público.

50. La personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizaba como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico. Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana, emanados del Derecho Internacional, - por otro lado el *corpus juris* de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia, ya no más condicionada al derecho emanado del poder público estatal.

60 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1954) pp. 753-774, esp. pp. 754-755 y 771.

⁶⁰ J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

VII. Implicaciones y Proyecciones de la Personalidad Jurídica del Niño en el Plano Internacional.

51.No hay que pasar desapercibida la convergencia de los puntos de vista, expresados en el curso del presente procedimiento consultivo, tanto por escrito como en los alegatos orales ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública del 21 de junio de 2002, en sustentación de la posición de los niños como verdaderos *sujetos de derecho* y no como simples objeto de protección. En ese mismo sentido se manifestaron, v.g., los dos Estados intervinientes, México y Costa Rica, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de organismos especializados como el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de Naciones Unidas (ILANUD), además de organismos no-gubernamentales, como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Fundación Rafael Preciado Hernández (de México). Esta convergencia de puntos de vista en cuanto a la condición jurídica de los niños como titulares de derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es altamente significativa, por cuanto tal reconocimiento, además de reflejar un verdadero cambio de paradigma, representa, al fin y al cabo, la *opinio juris communis* en nuestros días sobre la materia.

52.Pero no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sea, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general⁶¹, y de la educación en derechos humanos en particular, debidamente reconocida en la presente Opinión Consultiva (párrs. 84-85 y 88). No son de difícil constatación las manifestaciones precoces de algunas grandes vocaciones, a veces muy temprano en la vida. Todo niño tiene efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio *proyecto de vida*⁶². A mi juicio, la adquisición del conocimiento es una forma – quizás la más eficaz – de emancipación humana, e

⁶¹ Consagrado en los artículos 13 y 16 (*in fine*) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988).

⁶² En la presente Opinión Consultiva n. 17, el propio derecho fundamental a la vida (artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es entendido *lato sensu*, abarcando igualmente las condiciones dignas de vida (punto resolutive n. 7). En esta misma línea de razonamiento, la Corte ponderó, en su Sentencia de fondo en el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, del 19.11.1999) que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. (...) En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él” (Serie C, n. 63, pp. 64-65, párr. 144).

imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano⁶³.

53. El *corpus juris* de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar⁶⁴, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v.g., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño, estipulado en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la cual, a su vez, ha fomentado una visión holística e integral de los derechos humanos⁶⁵.

54. Además del amplio alcance de ese deber, tal como formulado en el artículo 12 de la Convención de 1989, - abarcando el derecho del niño a ser oído (directamente o mediante un representante legal) en procedimientos judiciales o administrativos en que participe, y de tener sus puntos de vista tomados en consideración, - en la práctica el Comité sobre Derechos del Niño (de Naciones Unidas) le ha atribuido importancia capital, reflejada en sus directrices generales para la elaboración de los informes (estatales) inicial y periódicos⁶⁶. En circunstancias de comisión de un delito, el enfoque de aquel *corpus juris* de los derechos del niño en relación con el menor infractor no deja de ser garantista, orientado hacia el desarrollo de la responsabilidad de éste⁶⁷; en ninguna circunstancia, - como se desprende de la presente Opinión Consultiva, - encuéntrase el niño privado de su personalidad jurídica, con todas las consecuencias jurídicas de ahí resultantes.

55. A la luz de lo anteriormente expuesto, es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (cf. *supra*), y que el niño (como titular de derechos) no hace excepción a ésto. Frente a las limitaciones de capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño, - como de todo ser humano, - se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos - emanados directamente del Derecho Internacional - sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la

⁶³ Y como nuestra capacidad de conocimiento es ineluctablemente limitada, la conciencia de esa finitud es el mejor remedio para luchar contra los dogmatismos, la ignorancia y los fanatismos, tan comunes en nuestros días.

⁶⁴ Sobre el *décalage*, si no paradójica, sobre la incapacidad del niño en materia civil (v.g., derecho de los contratos), para evitar que asume obligaciones sin discernimiento, y la retención de su responsabilidad (civil y penal) cuando comete un delito, cf. F. Dekeuwer-Défossez, *op. cit. supra* n. (47), pp. 22-23; y cf. D. Youf, *op. cit. supra* n. (46), pp. 109-110 y 118-119.

⁶⁵ Sobre este último punto, cf. N. Cantwell, "The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child", in *The United Nations Convention on the Rights of the Child - A Guide to the 'Travaux Préparatoires'* (ed. Sh. Detrick), Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 27.

⁶⁶ Sh. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, M. Nijhoff, 1999, pp. 213-214 y 222.

⁶⁷ Limitada en razón directa de su inmadurez y vulnerabilidad.

materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo – inclusive el niño – de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales⁶⁸.

56. La experiencia de la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos provee ejemplos de casos concretos en que niños han efectivamente hecho uso del derecho de petición individual internacional bajo la Convención. Así, por ejemplo, los dos peticionarios en el caso *X y Y versus Holanda* (1985)⁶⁹ ante la Corte Europea de Derechos Humanos fueron una niña (de 16 años de edad) y su padre (cf. *infra*). Más recientemente, en los casos *Tanrikulu versus Turquía* (1999)⁷⁰, *Akdeniz y Otros versus Turquía* (2001)⁷¹, y *Oneryildiz versus Turquía* (2002)⁷², adultos y niños figuraron como peticionarios conjuntamente, en denuncias de violaciones del derecho a la vida⁷³. En el caso *A versus Reino Unido* (1998)⁷⁴, actuó como peticionario un niño de 9 años de edad (cf. *infra*).

57. De ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión, puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición, debe, naturalmente, contar con un representante legal⁷⁵, si es legalmente incapaz. Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno. Tal como me permití señalar en mi supracitado Voto Concurrente en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares, 1998) ante la Corte Interamericana, las condiciones para el ejercicio del derecho de petición individual internacional no coinciden necesariamente con los criterios de derecho interno relativos al *locus standi*, y hay toda una *jurisprudencia constante* en claro apoyo a la *autonomía* del derecho de petición individual en el plano internacional *vis-à-vis* conceptos y disposiciones del derecho interno (párrs. 21-22).

VIII. Los Derechos Humanos del Niño y las Obligaciones de Su Protección *Erga Omnes*.

58. Las consideraciones anteriores me conducen a mi última línea de reflexiones, atinente al punto resolutivo n. 9 de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, el cual dispone que

⁶⁸ M. Pilotti, «Le recours des particuliers devant les juridictions internationales», in *Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., [1957], p. 351, y cf. pp. 351-362; y cf. S. Sfériadès, «Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales», 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 23-25 y 54-60.

⁶⁹ Caso n. 16/1983/72/110, originado de la petición n. 8978/80.

⁷⁰ Originado de la petición n. 23763/94.

⁷¹ Originado de la petición n. 23954/94.

⁷² Originado de la petición n. 48939/99.

⁷³ Involucrando homicidios y desapariciones forzadas de personas.

⁷⁴ Caso n. 100/1997/884/1096, originado de la petición n. 25559/94.

⁷⁵ La Corte Europea de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque amplio y flexible de dicha representación legal, - la cual se encuentra prevista en el artículo 36 de su Reglamento vigente.

“los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales”.

59. Al respecto, en su Sentencia en el ya mencionado caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, del 19.11.1999), en que se estableció “un contexto de mucha violencia contra los niños y jóvenes que vivían en las calles” (párrs. 167 y 79), la Corte Interamericana, señaló

“la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”⁷⁶.

60. Los avances, en el presente contexto, en el plano jurídico (cf. *supra*), no nos pueden hacer olvidar el actual deterioro de las políticas sociales básicas en toda parte, agravando los problemas económico-sociales que tanto afectan a los niños, y que transforman la necesidad de asegurarles el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida una innegable cuestión de justicia⁷⁷. Los problemas recurrentes, y agravados, que hoy día afectan a los niños (sumados a la tragedia de los niños refugiados, desplazados y apátridas, y de los niños involucrados en conflictos armados), advierten que continuamos lejos de su “protección integral”. Sin embargo, hay que perseverar en los esfuerzos en pro de la prevalencia del principio general del “interés superior del niño”, – recogido en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y evocado en la presente Opinión Consultiva (párrs. 56-61), – el cual emana de su dignidad como seres humanos.

61. En el supracitado caso *X y Y versus Holanda* (1985) ante la Corte Europea de Derechos Humanos, concerniente a abuso sexual en perjuicio de una niña, de 16 años de edad y con discapacidad mental, – con consecuencias traumáticas para la víctima directa, agravando sus disturbios mentales, – la Corte Europea señaló que el concepto de “vida privada” (bajo el artículo 8 de la Convención Europea) abarcaba la integridad física y moral de la persona (inclusive su vida sexual). En el caso, – agregó la Corte, – “valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada” estaban en cuestión, y requerían la adopción de medidas positivas por parte del Estado para asegurar el respeto por la vida privada *también en la esfera de las relaciones*

⁷⁶ CtIADH, Serie C, n. 63, p. 65, párr. 146.

⁷⁷ Cf., en ese sentido, E. García Méndez, “Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia”, in *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (eds. E. García Méndez y M. Beloff), Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998, pp. 9-28, esp. p. 28.

derechos de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La Opinión Consultiva afirma categóricamente el deber general de los Estados Partes en la Convención Americana, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos, – obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con “actuaciones de terceros particulares” (párr. 87).

66. En un momento en que lamentablemente se diversifican las fuentes de violaciones de los derechos de la persona humana, el entendimiento de la Corte no podría ser diferente. Es ésta la interpretación que se impone, en conformidad con la letra y el espíritu de la Convención Americana, y capaz de contribuir a la realización de su objeto y fin. Al igual que la Corte sostuvo en su reciente Resolución sobre Medidas Provisionales de Protección (del 18.06.2002) en beneficio de los miembros de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Colombia), y de las personas que prestan servicios a ésta, en la presente Opinión Consultiva n. 17 la Corte vuelve a subrayar, correctamente, que la protección de los derechos de la persona humana se aplica *erga omnes*.

67. Es este un imperativo de *ordre public* internacional, que implica el reconocimiento de que los *derechos humanos constituyen el fundamento básico, ellos propios, del ordenamiento jurídico*. Y los valores, que le son siempre subyacentes, – además de perfectamente identificables⁸², – cuidan de darles expresión concreta. No hay que pasar desapercibido, por ejemplo, que ya el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 invocaba la “conciencia de la humanidad”. Y, una década después, el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 advertía con toda propiedad que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

68. En suma, en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, movido por consideraciones de *ordre public* internacional, estamos ante valores comunes y superiores, verdaderamente fundamentales e irreductibles, captados por la conciencia humana. Esta última encuéntrase siempre presente, ha acompañado e impulsado toda la evolución del *jus gentium*, del cual – tengo la plena convicción – es la *fuerza material* por excelencia.

69. Al concluir este Voto Concurrente, permítome retornar a mi punto de partida. Todos vivimos en el tiempo. Cada uno vive en su tiempo, que debe ser respetado por los demás. Importa que cada uno viva en su tiempo, en armonía con el tiempo de los demás. El niño vive en el minuto, el adolescente vive en el día, y el ser adulto, ya “impregnado de historia”⁸³, vive en la época; los que ya partieron, viven en

⁸² A lo largo de la parte operativa de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, pero explicitados sobre todo en sus preámbulos, que tienden a invocar los ideales que inspiraron dichos tratados e instrumentos, o a enunciar sus fundamentos o principios generales. N. Bobbio, “Il Preambolo della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, 57 *Rivista di Diritto Internazionale* (1974) pp. 437-440.

⁸³ En la feliz caracterización de Bertrand Russell, *A Última Oportunidade do Homem*, Lisboa, Guimaraes Ed., 2001, p. 205.

Este livro foi impresso em dezembro de 2014 por
Editar Editora Associada Ltda.
Juiz de Fora/MG - Tel.: (32) 3213-2529
www.editar.com.br