



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

**LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS, EVALUACIÓN Y
EFECTOS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 17**

Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce

Brasília

Fevereiro - 2018

Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce

**LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS, EVALUACIÓN Y
EFECTOS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 17**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito (Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia).

Orientadora: Profa. Dra. Claudia Rosane Roesler

Brasília

Fevereiro - 2018

Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce

**LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS, EVALUACIÓN Y
EFECTOS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 17**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito (Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia).

Brasília, 23 de fevereiro de 2018.

Profa. Dra. Claudia Rosane Roesler

Orientadora | Presidente da Banca
FD/UnB

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto

Examinador | Co-orientador
FD/UnB

Profa. Dra. Mary Ana Beloff

Examinadora | Membro externo
Facultad de Derecho/Universidad de Buenos Aires (UBA)

Profa. Dra. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

Examinadora | Membro suplente
FD/UnB

A los inmaduros y vulnerables que viven en Latinoamérica.

AGRADECIMIENTOS

Esta travesía que emprendí hace dos años no podría haber llegado muy lejos sin la ayuda de quienes me acompañaron y alentaron a no detener el vuelo.

Agradezco a Dios, por llenar mi vida de bendiciones y oportunidades.

A mi familia, por creer y confiar siempre en mí.

A la Universidad de Brasilia (UnB) por recibirme como alumno y brindarme la posibilidad de realizar un trabajo de investigación en la Facultad de Derecho. De igual modo, agradezco al programa de becas de la CAPES, que me permitió desarrollar esta investigación.

A la profesora Claudia Roesler, quien en medio de la turbulencia de mi primer año en Brasilia, aceptó ser mi orientadora para acompañarme en este desafío académico. Y es en esta aventura, que con paciencia, disciplina y sensibilidad, a través de reuniones y varias salas de clases, supo ayudarme a encaminar este trabajo y a no perder el rumbo. Para ella mi respeto y admiración.

A los profesores y profesoras del Programa de Pos-graduación en Derecho, en especial, agradezco a: Menelick de Carvalho Netto, Alexandre Veronese, Christiana Soares de Freitas, Alejandra Pascual, Fabiano Hartmann, Isaac Reis, Ana Claudia Farranha e Jose Geraldo de Souza Junior, por las disciplinas impartidas y las oportunidades de aprendizaje intenso.

A los funcionarios de la secretaria de Pos-graduación en Derecho, quienes se mostraron siempre amables y dispuestos a resolver las dificultades de un tímido extranjero.

Al Departamento de Lenguas Extranjeras y Traducción de la UnB, por las clases de portugués y cultura brasileña, en particular a la profesora Christiane Moises y a los pasantes Murilo y Thais.

A Silvia, colega y amiga de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, quien a pesar de la distancia me ha ayudado amablemente con sus lecturas, revisiones y comentarios en cada uno de mis textos académicos.

A Elton, por los tantos cafés compartidos, los consejos metodológicos, la buena predisposición, y sobre todo, por haber agregado a los días de estudio mucha MPB.

A mis amigos de Global Infancia... por creer en la importancia de la participación protagónica de niños, niñas y adolescentes en Paraguay.

“Las personas adultas nunca son capaces de comprender las cosas por sí mismas, y es cansador para los niños tener que darles explicaciones una y otra vez.”



(Antoine de Saint-Exupéry).

RESUMEN

La protección de la infancia en Latinoamérica es una de las tareas pendientes por parte del Estado, debido a que los niños, niñas y adolescentes (NNA) continúan siendo sujetos de derecho sin reconocimiento pleno, especialmente ante las instituciones de justicia. Esta investigación examina la eficacia de los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva 17 (OC-17), sobre la protección adecuada que deben recibir los NNA y las medidas de protección aplicadas por el Estado. El escenario que se presenta es de una transición inacabada de paradigmas, donde prácticas y estructuras de un antiguo enfoque para la infancia continúan generando obstáculos y limitaciones en la construcción de un nuevo sujeto de derecho, a partir de un enfoque de protección integral. El objetivo es analizar y evaluar la justificación sobre límites estatales con respecto a las medidas de protección, además de determinar de manera clara la función del Estado como garante de derechos para asegurar el bienestar de los NNA. Este trabajo se sirve de los aportes metodológicos de la teoría de la argumentación, que a través de esquemas de representación y criterios de evaluación, permite comprender la estructura de la argumentación y la forma en que los argumentos de la OC-17 fueron construidos. Para ello, se realiza un análisis de las argumentaciones para entender el razonamiento judicial desarrollado por los jueces, y luego una evaluación de dichos argumentos conforme criterios de racionalidad. Por último, para ilustrar los efectos de la OC-17 en el sistema interamericano de justicia, es medido el impacto de esta opinión consultiva y el alcance de los temas desarrollados por los jueces. Se espera, que esta investigación contribuya a reconocer el rol preponderante que tiene el Estado como garante de protección para la infancia, así como la relevancia que adquiere el sistema interamericano de justicia para asegurar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Palabras claves: Derechos del Niño. Protección estatal. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. Argumentación Jurídica.

RESUMO

A proteção da infância na América Latina é uma das tarefas pendentes por parte do Estado, isto porque as crianças e adolescentes continuam sendo sujeitos de direito sem reconhecimento pleno, especialmente perante as instituições de justiça. Esta pesquisa examina a eficácia dos argumentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na Opinião Consultiva 17 (OC-17) sobre a proteção adequada que as crianças e os adolescentes devem receber e as medidas de proteção aplicadas pelo Estado. O cenário que se apresenta atualmente é de uma transição inacabada de paradigmas, onde práticas e estruturas de uma antiga abordagem para a infância continuam gerando obstáculos e limitações na construção de um novo sujeito de direito a partir de uma abordagem de proteção integral. O objetivo desta pesquisa é analisar e avaliar a justificativa sobre os limites estatais em relação às medidas de proteção, além de determinar claramente a função do Estado como garantidor de direitos para assegurar o bem-estar das crianças e dos adolescentes. Este trabalho utiliza as contribuições metodológicas da teoria da argumentação, que por meio de esquemas de representação e critérios de avaliação, permite a compreensão da estrutura da argumentação e da forma como os argumentos da OC-17 foram construídos. Assim, se faz uma análise dos argumentos para entender o raciocínio judicial desenvolvido pelos juízes e, em seguida, uma avaliação dos referidos argumentos de acordo com critérios de racionalidade. Finalmente, para ilustrar os efeitos da OC-17 no sistema interamericano de justiça, é medido o impacto desta opinião consultiva e o alcance dos temas desenvolvidos pelos juízes. Espera-se que esta pesquisa contribua para reconhecer o papel preponderante do Estado como garantidor da proteção da infância, bem como a relevância adquirida pelo sistema interamericano de justiça para assegurar os direitos consagrados nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos.

Palavras chaves: Direito das Crianças. Proteção estatal. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva. Argumentação Jurídica.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - Tipología de casos difíciles y categoría de argumentos interpretativos	38
FIGURA 2 - Diagrama de representación de los argumentos	42
FIGURA 3 - Jerarquía de los argumentos interpretativos según MacCormick.....	77
FIGURA 4 - Premisas normativas utilizadas en la construcción lógica de la OC-17	81
FIGURA 5 - Variables relacionadas a la protección	142
FIGURA 6 - Ilustración de la pregunta planteada por la CIDH.....	144
FIGURA 7 - Proceso de aplicación de medidas	147

LISTA DE CUADROS

CUADRO 1 - Síntesis de los objetivos de investigación	21
CUADRO 2 - Diferenciación entre paradigmas.....	25
CUADRO 3 - Partes de la argumentación.....	38
CUADRO 4 - Contenido del diagrama sobre admisibilidad de la OC-17.....	43
CUADRO 5 - Relación entre premisas de la CIDH y las normas de la CADH/CDN	51
CUADRO 6 - Representación de las partes de la argumentación en la decisión final.....	52
CUADRO 7 - Relación entre respuestas y razones de la decisión final.....	56
CUADRO 8 - Clasificación de las razones en la decisión final	59
CUADRO 9 - Representación del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez	59
CUADRO 10 - Representación del voto concurrente del juez Antônio Cançado Trindade	61
CUADRO 11 - Relación entre respuestas y razones (RD y OD) en el voto del juez Sergio García Ramírez.....	72
CUADRO 12 - Relación entre respuestas y razones (RD y OD) en el voto del juez Antônio Cançado Trindade.....	73
CUADRO 13 - Categoría de argumentos interpretativos en los votos de los jueces	78
CUADRO 14 - Distinción de las justificaciones según el tema	95
CUADRO 15 - Relación entre principios de derechos penal e instrumentos de protección.....	99
CUADRO 16 - La gran asimetría adultocéntrica	113
CUADRO 17 - Relación entre temas abordados en la OC-17 y principios rectores de la CDN	105
CUADRO 18 - Tipos de medidas de protección según las hipótesis identificadas.....	134
CUADRO 19 - Decisiones de la Corte IDH sobre casos contenciosos que afectan a NNA (2003-2014)	138
CUADRO 20 - Relación entre variable y frecuencia en casos contenciosos de la Corte IDH	139
CUADRO 21 - Relación entre premisas interpretativas y variables de la OC-17.....	146

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

DESC	- Derechos Económicos, Sociales y Culturales
ENI	- Enunciado Normativo Interpretado
OC-1	- Opinión Consultiva N° 01 del 24 de setiembre de 1982
OC-2	- Opinión Consultiva N° 02 del 24 de setiembre de 1982
OC-16	- Opinión Consultiva N° 16 de 1 de octubre de 1999
OC-17	- Opinión Consultiva N° 17 del 28 de Agosto de 2002
NNA	- Niños, Niñas y Adolescentes
PED	- Psicología Evolutiva del Desarrollo

SIGLAS

CADH	- Convención Americana de Derechos Humanos
CDN	- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CIDH	- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	- Corte Interamericana de Derechos Humanos
DDHH	- Derechos Humanos
OEA	- Organización de Estados Americanos
NNUU	- Naciones Unidas

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	11
1 DIBÚJAME UN CORDERO: LA TRANSICIÓN DE PARADIGMAS Y LOS ANTECEDENTES DE LA OC-17	15
1.1 Contexto, delimitación y estructura.....	15
1.2 La transición de paradigmas	21
1.3 Intervención estatal y medidas de protección.....	26
1.4 La competencia consultiva de la Corte IDH.....	30
1.5 Las concepciones de la argumentación	32
1.6 La interpretación normativa en la teoría de la argumentación	34
1.7 La teoría de la argumentación como técnica e instrumento de análisis.....	37
2 LA PALABRA ES FUENTE DE MALENTENDIDOS: ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS	41
2.1 La estructura de la OC-17 a partir de su admisibilidad	41
2.2 Las premisas derrotadas o las razones que fueron negadas.....	48
2.3 Representación de las partes de la argumentación en la decisión final	52
2.4 Clasificación de los elementos presentados en los votos	59
2.4.1 Las respuestas del juez Sergio García Ramírez.....	62
2.4.2 Las respuestas del juez Antônio Cançado Trindade.....	68
2.4.3 Las razones de los votos	72
2.5 Clasificación de argumentos según las razones.....	77
3 LOS ADULTOS SON PERSONAS DECIDIDAMENTE EXTRAÑAS: EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS	81
3.1 Criterio de universalidad: los precedentes y la obligatoriedad de la OC-17	81
3.1.1 El carácter obligatorio de la OC-17	83
3.1.2 La parte vinculante de la decisión.....	86
3.2 Criterio de coherencia.....	91

3.2.1 Coherencia normativa: la protección de los NNA como valor relevante	93
3.2.2 Coherencia narrativa y premisas interpretativas	101
3.3 Criterio de adecuación de las consecuencias: las implicaciones jurídicas	102
3.4 Criterio de moral social: sobre el concepto de protección.....	107
3.5 Criterio de moral justificada: el concepto de protección a partir de la reconstrucción del discurso moral	114
4 CAMINANDO EN LÍNEA RECTA NO SE PUEDE LLEGAR MUY LEJOS: LOS DILEMAS Y LAS AMBIGÜEDADES EN LOS EFECTOS DE LA OC-17	120
4.1 Efectos internos de la OC-17.....	120
4.1.1 Protección e intervención estatal.....	120
4.1.2 Límites a las intervenciones paternalistas	128
4.1.3 Medidas de protección. Tipos	132
4.2 Efectos externos de la OC-17	137
4.2.1 Casos contenciosos en la jurisprudencia de la Corte IDH.....	137
4.2.2 El contenido del artículo 19 de la CADH y el interés superior del niño.....	144
4.3 La protección de la infancia después de la OC-17 ¿Hacia la revolución?	148
4.3.1 La reproducción de la infancia y la acción pedagógica	150
4.3.2 La autonomía progresiva: El camino hacia la ciudadanía	154
CONSIDERACIONES FINALES	159
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	162
APÉNDICE A - Representación del modelo de análisis.....	173
APÉNDICE B - Criterio de evaluación de los argumentos en la OC-17	174
APÉNDICE C - Efectos internos de la OC-17	175
APÉNDICE D - Efectos externos de la OC-17	176

INTRODUCCIÓN

Se puede decir que la concepción moderna de infancia¹ se inicia en las sociedades democráticas durante los siglos XVII y XVIII, muy especialmente a través del filósofo Jean Jacques Rousseau, quien advertía sobre las características especiales de la misma. Según Rousseau (1982), se debe asignar un espacio al hombre y otro al niño, otorgarle al hombre aquello que es propio del hombre, y al niño aquello que le pertenece como tal. Al respecto, *El Emilio* se pregunta: “[...] ¿por qué el hombre rompe con esta regla? La naturaleza quiere que los niños sean niños antes que sean hombres, por esta misma razón la infancia es parte de ella, es un escalón necesario y anterior a la adultez [...]” (ROUSSEAU, 1982, p. 97). A inicios del siglo XX, debido a los movimientos a favor de la infancia, el advenimiento de nuevas legislaciones y las investigaciones en torno al tema, adquiere relevancia una nueva categoría de niño, que pasa a constituirse en “sujeto de derechos”. Este corriente se inicia a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (NNUU) el 20 de noviembre de 1989, que define a todos los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) como sujetos de derecho, reconociendo a los mismos el estatus de persona. Esta transición que trae consigo la CDN supone el abandono de una antigua concepción del niño, quien era considerado “objeto de protección”, estableciendo diferencias esenciales entre la doctrina de la situación irregular² y la doctrina de la protección integral³. En consecuencia, se producen profundos cambios en el rol del Estado con respecto a los NNA.

¹ Para Ariès (1987) el concepto de infancia fue inventada o descubierta entre fines del siglo XVII e inicios del XVIII, conforme un análisis de obras de arte medieval y renacentista. Igualmente, Lloyd deMause (1982), coincide con este período histórico que da inicio al concepto de infancia, aunque se diferencia de Ariès, debido a que su tesis postula una visión optimista que se contrapone a la perspectiva más nostálgica y pesimista de Ariès, quien considera la existencia de un control creciente sobre la infancia en relación a la libertad de los mismos. Del mismo modo, Hugh Cunningham (2006), considera que en el siglo XVIII comienza a ser dominante una visión secular de la infancia, donde se operan cambios significativos tanto en la conceptualización de la infancia como en el trato hacia los niños.

² Según Beloff mediante el argumento de la tutela se sostenía (2009, p. 21-23) “[...] En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención *protectora* del Estado [...] En cuanto al sujeto destinatario de estas leyes e instituciones, no lo constituye el universo de la infancia y la adolescencia sino sólo una parte de ese universo: los *menores* [...]”

³ Señala Beloff (2009, p. 35) “[...] Los niños son ahora definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de *menores*, incapaces, personas a medias o incompletas, sino de personas cuya única particularidad es estar creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia evolutiva [...] El reconocimiento y promoción de los derechos de los niños se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de *menores* [...]”

Se tiene entonces, que el escenario jurídico de este grupo excluido cambia sustancialmente y por consiguiente, las legislaciones regionales pasan a diseñar y construir un conjunto de normas protectoras para la infancia, convirtiendo al Estado en el garante de protección más importante. Sin embargo, aunque en la actualidad pueda resultar fácil hablar o teorizar acerca de los derechos que tienen los NNA, cuando se trata de ejercitar o hacer efectivo el alcance de esos derechos no resulta una tarea tan sencilla. Esto ocurre principalmente al intentar concebir a este nuevo grupo de personas como seres semejantes a las personas adultas. Dicha situación es visible en los ámbitos de actuación social, donde no se reconoce a los NNA como sujetos de derecho con lo que ello implica⁴ o cuando el Estado en su rol protector toma determinaciones que pueden llegar a ultrapasar los límites de sus atribuciones.

En este sentido, la problemática en torno a la protección del Estado continúa presentando oscuridad en la interpretación de las normas y en la aplicación de medidas por parte de los órganos de justicia en los diferentes países de Latinoamérica. Por esta razón, la sociedad civil organizada, las instituciones de Derechos Humanos (DDHH), entre otras, han cuestionado insistentemente sobre las actuaciones y los límites de los diferentes Estados cuando aplican medidas de protección a un niño o adolescente. Ante escenarios como estos, donde no existe claridad sobre alguno de los instrumentos de las NNUU, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) según el artículo 64 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) también llamada Pacto de San José de Costa Rica, tiene la atribución de emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la CADH y otros instrumentos de DDHH. Fue así, que en uso de sus atribuciones el 28 de agosto de 2002, la Corte IDH se pronunció en ejercicio de su función consultiva a pedido de la Comisión Interamericana Derechos Humanos (CIDH), por medio de la Opinión Consultiva 17 (OC-17) a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

Esta opinión consultiva, tiene una especial relevancia por ser la primera vez que la Corte IDH emite una opinión calificada sobre normas que versan sobre los derechos de la infancia. Además, reconoce a los NNA como sujetos de derecho atendiendo a planteamientos relacionados a la protección estatal y el ejercicio de derechos por parte de sus titulares. La OC-17 puede ser descripta como producto del cambio de paradigma que ha sufrido la concepción

⁴ CDN, art. 15: 1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas; 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

de la infancia después de la aprobación de la CDN en 1989, lo cual ha permitido avanzar no sólo en cuestiones de reconocimiento jurídico, sino también en el proceso democrático que se vive en los Estados que adoptaron esta forma de gobierno. Por este motivo, las opiniones emitidas por los jueces en esta consulta forman parte del avance en el nuevo sistema de derechos para la infancia, de las cuales se pasará a extraer la justificación contenida en cada una de ellas, a través de la relación de premisas con la conclusión y el contenido de cada una de ellas. De este modo, el estudio de los argumentos de la Corte IDH en la OC-17, sobre los límites que el Estado debe observar cuando aplica medidas de protección a un niño constituye el objeto de esta investigación⁵. Para llevar a cabo la misma, este trabajo se sirve de los aportes teórico-metodológicos sustentados en la teoría estándar de la argumentación, que a través de diagramas y esquemas de representación, permitirá observar los argumentos centrales de cada uno de los votos a partir de un modelo de análisis propuesto por el profesor Manuel Atienza en su obra “Curso de Argumentación Jurídica”. Esto ayudará a comprender la estructura de la argumentación y la forma en que los argumentos del tribunal fueron construidos. Posteriormente, se hará una evaluación de los argumentos elaborados por la Corte IDH a partir de criterios de racionalidad, para realizar la corrección de los mismos y comprender el razonamiento judicial desarrollado por los jueces. Y finalmente, se pasará a medir los efectos internos y externos de esta opinión consultiva en el sistema interamericano de justicia.

Se tiene así un objeto que es consecuencia de una transición de paradigmas; que es producto de la incertidumbre sobre un problema normativo; que comprende a varios ordenamientos jurídicos latinoamericanos, porque es el resultado de la aprobación de un instrumento jurídico internacional; y sobre todo, que afecta a un conjunto de derechos que corresponde a un grupo de personas históricamente excluido dentro de la sociedad. O sea, la misma se sitúa ante un nuevo sistema de derechos que se encuentra presente dentro de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, las cuales se han ido modificando con el transcurrir del tiempo y trayendo consigo diferentes respuestas por parte del Estado. Y es precisamente ese cambio de enfoque en la mirada del Estado lo que ha generado poca claridad y mucha incertidumbre en cuanto a la interpretación de algunas nuevas normas y del propio sistema de protección para la infancia, que teóricamente pasó de ser un Estado tutelar para convertirse en un Estado garante de derechos.

⁵ Para Heinz Dieterich (2008, p. 58) “[...] el objeto de investigación es una parcela (un aspecto) de la realidad, en la cual se concentra nuestro interés de conocimiento y que no puede explicarse en forma inmediata o sin utilización de la teoría. [...]”

En cuanto a la organización de este trabajo, se propone como elemento contextualizador al inicio de cada capítulo, algunos fragmentos de la obra *“El Principito”* del escritor francés Antoine de Saint-Exupéry. A través de ella se apela a ilustrar el lenguaje y la visión de los niños sobre los adultos, principalmente las opiniones de los mismos, representadas por medio de un pequeño personaje (inmaduro y vulnerable). De esta forma, se busca no sólo comprender mejor el mundo de la infancia, sino también creer que es posible establecer un diálogo con quienes a final de cuentas son los interlocutores más importantes.

En el primer capítulo, se presenta el dibujo-estructura de este trabajo, a partir de la exposición de los principales conceptos teóricos y el diseño metodológico utilizado en la investigación. Se comienza abordando la idea de protección estatal para la infancia y su relación con la transición de paradigmas, por medio de las nociones de intervención estatal y medidas de protección. Posteriormente, se realiza el estudio normativo sobre la naturaleza de la OC-17, en cuanto a la forma de la misma y su función dentro del sistema interamericano de justicia. Por último, se expone a la teoría de la argumentación como elemento teórico-metodológico, delimitando el enfoque de la misma, sus características y la importancia de su uso para el análisis y la evaluación de las decisiones judiciales.

En el segundo capítulo, se lleva a cabo el análisis de los argumentos presentados por la Corte IDH en la OC-17, tanto en la decisión final como en los votos individuales de los jueces. Para ello, primero se analiza la estructura de admisibilidad de la OC-17 conforme un diagrama de representación. Luego, se analiza las partes de la argumentación de acuerdo con un esquema de representación para identificar dentro de la OC-17 elementos tales como: problema, respuestas, razones, entre otros; para seguidamente clasificarlos y relacionarlos entre sí.

En el tercer capítulo, se realiza la evaluación de los argumentos contenidos en la OC-17 utilizando los criterios de racionalidad propuestos por Atienza y MacCormick. Se aborda principalmente temas como: los precedentes y la obligatoriedad de la OC-17; la protección de los NNA como valor relevante; las implicaciones jurídicas; el concepto de protección; y la idea de protección a partir de la reconstrucción del discurso moral.

En el cuarto y último capítulo, se ilustra los caminos trazados por la OC-17, midiendo los efectos producidos por la misma en el sistema interamericano de justicia y en la concepción de protección para la infancia en Latinoamérica. Finalmente, se desarrollan dos propuestas encaminadas a la protección de los NNA y la revolución de sus derechos, que tienen que ver con el ejercicio progresivo de la ciudadanía y la acción pedagógica estratégica.

1 DIBÚJAME UN CORDERO: LA TRANSICIÓN DE PARADIGMAS Y LOS ANTECEDENTES DE LA OC- 17

- Por favor... dibújame un cordero...

Cuando el misterio es demasiado impresionante, no es posible desobedecer. Por absurdo que me pareciese a mil millas de todos los lugares habitados y en peligro de muerte, saqué de mi bolsillo una hoja de papel y una pluma. Pero entonces recordé que había estudiado sobre todo geografía, historia, matemática y gramática. Entonces, le dije al hombrecito (con un poco de mal humor), que no sabía dibujar. Él me respondió:

- No importa. Dibújame un cordero. (DE SAINT-EXUPÉRY, Cap. III, 1943).

Aceptar la invitación de dibujar para un niño puede resultar una tarea desafiante, especialmente si se lleva a serio este pedido y se empieza a considerar las expectativas del mismo, su contexto socio-cultural y las necesidades que éste tiene del mundo. Por lo tanto, creo que diseñar un trabajo de investigación sobre ellos es una tarea aún más difícil, no sólo porque los adultos hemos reducido nuestra capacidad de imaginación, sino porque a veces, nuestra madurez se niega a escuchar y no deja opinar a quienes considera que carecen de racionalidad. Por tal motivo, la propuesta de este capítulo es realizar un dibujo comprometido y adecuado para establecer el contenido teórico-metodológico a ser utilizado en el desarrollo de esta investigación.

1.1 Contexto, delimitación y estructura

El objeto que es el eje sobre el cual gira una investigación desde el inicio hasta el final, permite avanzar no sólo hacia resultados desconocidos, sino también a plantear nuevos caminos para la solución de problemas y generar espacios de debate sobre el tema. Al respecto, según Witker (1991, p. 43), el objeto de la investigación “[...] está constituido por aquella parcela de la realidad jurídica sobre la cual concentramos nuestra atención para describir, comparar, analizar, proyectar o detectar la evolución de una institución o problema jurídico específico [...]”, la cual está presente dentro de amplios y complejos campos del Derecho, pero que necesariamente también precisa de una delimitación. De acuerdo con Dieterich (2008, p. 55), esa “delimitación del objeto” debe ser realizada antes del planteamiento del problema, y se conforma principalmente por los siguientes tres primeros pasos que el autor menciona: delimitación del objeto en el espacio físico-geográfico, delimitación en el tiempo, y

delimitación o análisis semántico de sus principales conceptos. De esta manera, la delimitación física (locus) y temporal se encuentra en la OC-17 de la Corte IDH del año 2002, que es un instrumento jurídico emanado de un órgano competente para la protección de Derechos Humanos (DDHH)⁶ según la CADH y con alcance para todos los Estados signatarios del mismo. En cuanto a la delimitación semántica, esta se halla envuelta en los conceptos de protección infantil, medidas de protección estatal y argumentación jurídica, que serán expuestos para su posterior estudio conforme los argumentos elaborados por los jueces de la Corte IDH en el citado instrumento jurídico.

Ahora bien, la CDN constituye el antecedente más importante en el estudio sobre la protección de la infancia, porque con ella se inicia una nueva etapa sobre la concepción de los mismos, al reconocer que los NNA son portadores de derechos al igual que las personas adultas. A partir del referido marco legal, se abandona el sistema de la situación irregular para incorporar el sistema de protección integral, instalando así un nuevo paradigma en la mirada del Estado hacia los NNA como sujetos activos de sus derechos en todos los ámbitos en los cuales se desenvuelven. La confirmación del estatus de los NNA como sujetos de derecho, condición inherente a toda persona humana, lleva también implícito consecuencias que trascienden el ámbito meramente jurídico, pues el reconocimiento de esta condición constituye además el punto de partida para la reflexión y el análisis sobre la situación de los NNA y su lugar en la sociedad. Este nuevo paradigma que aparece junto con la CDN supone un abandono de antiguas prácticas vinculadas a la infancia, mediante una concepción que los incluye en la categoría de personas, presentándonos de esta manera a los NNA como seres humanos libres. Se tiene entonces, un grupo de personas con derechos plenos que se ubican en el mismo nivel que las personas adultas, salvo la limitación condicionante de que los NNA se encuentran en una etapa de evolución, que al mismo tiempo lleva consigo una responsabilidad del Estado y de la sociedad⁷.

⁶ CADH. Art. 33: Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

⁷ CDN. Art. 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

En consecuencia, durante los años noventa, en la región se fue expandiendo la preocupación por la calidad de nuevas legislaciones, principalmente para armonizar los sistemas jurídicos nacionales dentro del marco de la CDN. No obstante, las diversas leyes que fueron apareciendo hacen más bien adecuaciones que no contribuyen a generar una nueva institucionalidad para garantizar que tales derechos sean cumplidos. En particular, estas carecen de mecanismos claros para hacerlos exigibles y justiciables, sobre todo por parte de los NNA, que de por sí, no cuentan con las condiciones apropiadas para hacerlos valer, debido a las limitaciones que le fueron impuestas. Por consiguiente, si bien la ratificación de la CDN, ha generado importantes avances legislativos y efectos culturales interesantes en el contexto regional, aún permanece en el imaginario social colectivo una imagen de personas incompletas o inacabas. De igual manera se da en los diferentes órganos del Estado orientados a la elaboración de políticas públicas y funcionamiento de los sistemas de justicia, principalmente de esta última, donde la vinculación a prácticas que provienen de la antigua doctrina de protección continúan siendo parte del abordaje de protección que afecta a la niñez y la adolescencia en Latinoamérica.

En este sentido, aunque existe un reconocimiento de la CDN a los NNA como sujetos de derecho, lo cual evidentemente trae consigo un cambio en el rol del Estado, ésta parece no haber completado la fase de apropiación y desarrollo de este nuevo enfoque. Es decir, la transición de un Estado tutelar hacia un Estado garante de derechos; y por consiguiente un cambio en el sistema de justicia, lo que significa un redireccionamiento del enfoque de carencias hacia un enfoque de derecho. Una de las dificultades que ocasiona esta transición de paradigmas, ha dado como resultado que las instituciones de justicia continúen excediendo los límites de sus atribuciones al aplicar medidas de protección, colocando nuevamente al Estado en una situación “tutelar”.

Así, los límites marcados a la infancia siguen generando una serie de dificultades al momento de interpretar la CDN, especialmente cuando se hace referencia al ejercicio de derechos por parte de los NNA, que según se establece en el citado cuerpo legal, la misma depende de la “autonomía progresiva”. Ante esta situación, nos encontramos ante un sujeto que es portador de derechos, a quien se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, pero al mismo tiempo, con una autonomía relativa debido a consideraciones de hecho, que tienen que ver con su madurez; y de derecho, referidas a la construcción jurídica tradicional de los NNA

como personas dependientes de sujetos adultos, generalmente de los padres y a veces del Estado.

La Corte IDH proporciona a través de sus fallos una serie de directrices para medir el grado de avance en la aplicación de las normas que sustentan la CDN, como así también avanzar en cuestiones específicas que merecen un mayor estudio y claridad para la comprensión de temas relacionados a los derechos de la infancia y la adolescencia. En este sentido, la Corte IDH tiene una posición privilegiada al gozar de cierta supremacía hermenéutica para la interpretación de la CDN en casos que afectan a los NNA, debido que sus decisiones constituyen fuentes regionales de derecho que posteriormente van dirigidos hacia auditorios nacionales para lograr la adhesión de los mismos. Fue así, que el 30 de marzo de 2001 la CIDH en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la CADH, sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la CADH. Esto con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación a los NNA. Asimismo requirió la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la CADH.

En distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr., 2)

Al respeto, la CIDH sostuvo que las leyes y prácticas de los países de la región violan o restringen los derechos de los niños contenidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, debido a la primacía de la función de protección estatal sobre estos derechos. Además, la CIDH afirmó que, aunque la obligación de protección por parte del Estado tiene lugar para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, lo que en la práctica hace el Estado es suplir esa incapacidad de las personas menores de edad mediante la adopción de medidas de protección, sin

reconocerles los derechos y garantías judiciales consagrados en la CADH. Finalmente, de acuerdo con lo manifestado por la CIDH existen ciertas “premisas interpretativas” que las autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de las personas menores, las cuales tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de éstos⁸. Estas premisas indicadas por la CIDH describen el funcionamiento de los órganos de justicia en Latinoamérica y constituyen en alguna medida los puntos de partida para la elaboración de argumentos de la Corte IDH, las cuales se tendrán en cuenta para sustentar los argumentos en la OC-17. Por ello la CIDH, pidió a la Corte IDH que se pronunciase específicamente sobre la compatibilidad de algunas medidas especiales de protección adoptada por algunos Estados respecto de los NNA con los artículos 8 y 25 de la CADH, específicamente sobre:

- a) La separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;
- b) La supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor [;]
- c) La aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) La tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor [; y]
- e) [L]a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr., 4)

⁸ “[...] a. Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.

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

c. Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.

d. La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso [...]”. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr., 4).

De este modo, en referencia a las medidas de protección que señala el artículo 19 de la CADH, la CIDH lleva esta consulta ante la Corte IDH para delimitar la función del Estado en cuanto a la aplicación de la misma y así establecer lineamientos que contribuyan a mejorar el nuevo sistema de protección integral. Por tal motivo resulta relevante analizar y evaluar ¿cuáles son los argumentos de la Corte IDH en la OC-17 para justificar los límites estatales cuando se aplican medidas de protección a un niño, niña o adolescente?

Al respecto, la hipótesis de investigación⁹ planteada es que la OC-17 constituye un instrumento jurídico que refuerza el nuevo sistema de derechos para la infancia, aunque los argumentos expuestas por los miembros de la Corte IDH puedan no responder a las preocupaciones sobre medidas de protección aplicadas por los Estados. Asimismo, dichas argumentaciones pueden contener rasgos provenientes del antiguo paradigma, como acontece en los tribunales nacionales, los cuales también podrían estar reflejados en la justificación de los votos individuales de cada uno de sus miembros.

Esta investigación encuentra fundamento en la necesidad de seguir avanzando en materia de derechos para los NNA en Latinoamérica, especialmente en lo referente al sistema de justicia, aplicación de normas y particularmente sobre la argumentación judicial (pertinencia científica). En este caso, a través del estudio de los argumentos expuestos por la Corte IDH, quiénes por medio de la OC-17 han proporcionado una nueva herramienta jurídica para el fortalecimiento del sistema de protección integral para la niñez y la adolescencia. Al mismo tiempo, por la posición de tribunal internacional, se considera que la voz de la Corte IDH tiene una enorme relevancia para el sistema interamericano (pertinencia académica). Y aún más importante, porque esta opinión consultiva se refiere de manera específica a la condición jurídica de los NNA, y sobre todo, a la obligación que tienen los Estados Parte de garantizar el real y efectivo cumplimiento de todos sus derechos (pertinencia social).

Conforme estas consideraciones, el objetivo de este trabajo es determinar a la luz de los argumentos presentados en la OC-17, la justificación sobre los límites que el Estado debe observar con respecto a las medidas de protección aplicadas a los NNA. Para este cometido, primero se pretende analizar las argumentaciones de la Corte IDH para reconstruir el contenido

⁹ “[...] Las hipótesis de investigación son proposiciones tentativas sobre la o las posibles relaciones entre dos o más variables [...]” (SAMPIERI, 2010, p. 96).

“[...] La hipótesis es una herramienta del método científico que supone una conjetura que se hace sobre un tema, que consta de una parte objetiva y otra subjetiva, y que sirve para resolver problemas científicos. En el campo del Derecho, la hipótesis tiene la misma función que en otras ciencias y su utilización nos parece ampliamente conveniente en los trabajos de investigación y, por ende, en la tesis de grado [...]” (WITKER, 1991, p. 49)

de las premisas normativas. Luego, se pasará a evaluar los argumentos de la Corte IDH sobre la interpretación normativa del artículo 19 de la CADH conforme criterios de racionalidad. Y finalmente, se ilustrará los efectos producidos por la OC-17 en el sistema interamericano de justicia a través de una revisión de fallos contenciosos del mismo tribunal, acompañado de los avances teóricos desarrollados para la materia.

Con esta investigación se pretende demostrar de qué manera los NNA, a pesar del cambio de paradigma producido con la CDN, aún continúan siendo sujetos de derecho sin reconocimiento pleno, especialmente ante las instituciones de justicia. El escenario que se plantea es de una transición inacabada que se aferra a prácticas y estructuras provenientes del paradigma tradicional, generando obstáculos y limitaciones para la construcción de un nuevo sujeto de derecho. Se espera, que esta investigación contribuya a determinar el rol preponderante del Estado como garante de protección de los NNA, así como la relevancia que adquiere el sistema interamericano de justicia para asegurar los derechos consagrados a los mismos.

Cuadro 1 – Síntesis de los objetivos de investigación

Esta investigación se propone...	Analizar y evaluar los argumentos de la OC-17 (decisión final y votos individuales de los jueces) de la Corte IDH sobre la interpretación de normas jurídicas...
Para...	Identificar los límites a ser observados por el poder estatal y el alcance de las medidas de protección...
Con la finalidad de...	Reconstruir la justificación de límite estatal a partir del concepto de protección...
Lo que permitirá...	Determinar el rol preponderante del Estado como garante de protección de derechos del niño a partir de la OC-17 y su contribución al sistema de protección integral.

Fuente: elaboración propia

1.2 La transición de paradigmas

Como ya fue mencionado, la doctrina de la protección integral representa el nuevo paradigma de protección para la infancia, y a través de ella es posible determinar la función que asume el Estado como garante protector del nuevo marco normativo que surge con la aprobación de la CDN. Sin embargo, la transición de este paradigma y el anterior, tiene sustancial importancia para entender la construcción del contexto jurídico-social que define la concepción de infancia y el camino recorrido a lo largo de su historia en este lado del continente.

Al respecto, Thomas. S. Kuhn¹⁰ propone un enfoque que permite la comprensión desde una perspectiva histórica sobre los cambios que se han producido en la ciencia a través de los tiempos. Este autor concibe al desarrollo de la misma como una continua sucesión de soluciones a la tensión esencial que se da entre fuerzas conservadoras, orientadas hacia la permanencia y fuerzas innovadoras, dirigidas hacia el cambio, a lo que él mismo denomina como: *paradigma*; “[...] Considero a éstos como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica [...]” (KUHN, 1971, p. 13). Para un mejor abordaje podemos delimitar el concepto de paradigma en relación a un aspecto sociológico, que hace referencia a la comunidad científica que la asume. De esta manera, tenemos un aspecto histórico, sobre el reconocimiento de una vigencia en el tiempo; un aspecto consensual, es decir una exigencia consensual institucionalizada lo cual alude a la necesidad de aceptación general; y finalmente un aspecto prescriptivo, sobre las normas de actuación convenidas y regulaciones, mediante las cuales los miembros de la comunidad científica suscriben un determinado paradigma. Sin embargo, cualquier paradigma es incompleto y susceptible al cambio, pudiendo inclusive producirse una crisis, requisito previo para una revolución.

Un buen número de críticos han dudado de que una crisis, la observación común de que algo anda mal, preceda tan invariablemente las revoluciones como yo lo he dicho, implícitamente, en mi texto original. Sin embargo, nada de importancia en mi argumento depende de que las crisis sean un requisito absoluto para la revolución. Tan solo necesitan ser el prelude habitual, que aporte, por decirlo así, un mecanismo de auto-corrección que asegure que la rigidez de la ciencia normal no siga indefinidamente sin ser puesta en duda. (KUHN, 1971, p. 278)

Según el mismo autor, las revoluciones políticas se producen cuando las instituciones existentes han dejado de satisfacer adecuadamente los problemas planteados por el medio ambiente que ha contribuido en parte a crearla; de igual manera, las revoluciones científicas se inician cuando un paradigma existente ha dejado de funcionar adecuadamente en la exploración de un aspecto de la naturaleza, hacia el cual el mismo paradigma había sido encaminado. En este sentido, en ambas revoluciones el mal funcionamiento ocasiona una crisis, obligando a una transformación de las instituciones existentes.

¹⁰ KUHN, Thomas S. **La estructura de las Revoluciones Científicas**. Traducido por Agustín Contin. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

En Latinoamérica, las leyes e instituciones que regulaban la situación de la infancia con anterioridad a la CDN pertenecen a lo que se ha denominado en la literatura regional como la doctrina o modelo de la situación irregular. Según Beloff (2009, p. 21),

[...] este sistema reproduce criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y principios del XX, donde el determinismo entre pobreza, marginalidad y delincuencia, se encuentra presente en todas las leyes, prácticas e instituciones tutelares [...]. Es decir, la concepción de niño en el antiguo paradigma viene asociada a la de “menor-abandonado-delincuente”.

Al respecto, García Méndez (1997, p. 2) escribe:

Se instala y expande en nuestra región latinoamericana bajo el rótulo de una aberración jurídica denominada doctrina de la situación irregular. Una cultura, que con base en la exclusión social la refuerza y legitima introduciendo una dicotomía perversa en el mundo de la infancia. Una cultura, que construye un muro jurídico de profundas consecuencias reales, destinado a separar niños y adolescentes de los otros, los menores a quienes construye como una suerte de categoría residual y excrecencia respecto del mundo de la infancia

En la doctrina de la situación irregular los NNA eran considerados como un asunto de familia o un problema del Estado, esta última cuando los NNA estaban en conflicto con la ley o los mismos se encontraban fuera del grupo familiar. De esta manera, los derechos de los NNA dentro de la familia o ámbito privado eran desconocidos o supeditados a los “derechos de los padres”, y los derechos de aquellos que estaban en el ámbito público, fuera de un grupo familiar o en conflicto con la ley, solo tenían un tinte proteccionista que consideraba que debían institucionalizarlos ya sea en orfanatos, cárceles o cuarteles para “protegerlos” y “proteger” a la sociedad. Según Beloff (2009) esta concepción de la protección a la que son sometidos los “menores”¹¹ con frecuencia viola o restringe derechos, precisamente porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos, como acción estatal dirigida a garantizar los derechos de los NNA. Se puede decir entonces, que esta concepción se constituye a partir de una definición negativa de los niños como actores sociales, basada en lo que “no saben”, “no tienen” o “no son capaces”.

Siguiendo a García Méndez (2004, p. 6), éste señala algunos de los rasgos centrales que caracterizaban a las legislaciones de “menores” en Latinoamérica bajo esta doctrina:

¹¹ En las legislaciones anteriores a la CDN de 1989, el término “menor” es utilizado para denominar a los niños, niñas y adolescentes en situación irregular, en condiciones de pobreza, abandonados, inadaptados e infractores. En la actualidad constituye un resabio del antiguo paradigma.

- a) Estas leyes presuponen la existencia de una profunda división al interior de la categoría infancia: niños-adolescentes y menores (entendiéndose por estos últimos el universo de los excluidos de la escuela, la familia, la salud, etc.). En consecuencia, estas leyes, que son exclusivamente de y para los menores, tienden objetivamente a consolidar las divisiones aludidas dentro del universo infancia.
- b) Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnímoda y discrecional.
- c) Judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con una clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural.
- d) Impunidad (con base en una arbitrariedad normativamente reconocida) para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal. Esta impunidad se traduce en la posibilidad de declarar jurídicamente irrelevantes los delitos graves cometidos por adolescentes pertenecientes a los sectores sociales medio y alto.
- e) Criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.
- f) Consideración de la infancia, en la mejor de las hipótesis, como objeto de la protección.
- g) Negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del derecho, incluso de aquellos contemplados en la propia Constitución Nacional como derechos de todos los habitantes.
- h) Construcción sistemática de una semántica eufemística que condiciona el funcionamiento del sistema a la no verificación empírica de sus consecuencias reales.

Posteriormente, la doctrina de la situación irregular comenzó a ser erradicada de Latinoamérica por el Brasil, que con la promulgación de la Ley 8069/90 (Estatuto del Niño y del Adolescente), fue el primer país de la región en proceder a la adecuación sustancial de su legislación a la letra y al espíritu de la CDN, cuya concepción sustentadora es la doctrina de la protección integral. Al respecto, uno de los principios rectores de la misma es el interés superior del niño que se consagra en el artículo 3:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (CDN: Art. 3, 1989).

En esta doctrina los NNA son definidos de manera afirmativa como sujetos plenos de derecho, ya no se habla de “menores”, “incapaces”, “personas a medias” o “incompletas”, sino de personas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconoce todos los derechos que tienen los adultos, además de derechos específicos, precisamente por reconocerse esa circunstancia de estar en etapa de desarrollo. De esta manera, el reconocimiento y promoción de los derechos de estos sujetos se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de “menores”.

Igualmente, los derechos que la CDN garantiza tienen como destinatarios a toda la infancia y no a una parte de ella. De todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral es el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta¹².

Siguiendo a García Méndez (2004, p. 13), algunos rasgos de las legislaciones latinoamericanas basadas en esta doctrina son:

- a) Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquéllos en circunstancias particularmente difíciles.
- b) Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no sólo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.
- c) Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente quien se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión.
- d) Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia.
- e) Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión -debida mente comprobada- de delitos o contravenciones.
- f) Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.
- g) Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del derecho contenidos en la Convención Internacional.
- h) Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional (sólo para dar dos ejemplos) según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad.

Cuadro 2 – Diferenciación de paradigmas

PARADIGMAS SOBRE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA	
Doctrina de Situación irregular	Doctrina de la Protección Integral
Sólo contempla a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, a quienes denomina “menores”, intentando dar solución a las situaciones críticas que atraviesan, mediante una respuesta estrictamente judicial.	La infancia es una sola y su protección se expresa en la exigencia de formulación de políticas básicas universales para todos los niños.
El niño o “menor” al que van dirigidas estas leyes no es titular de derechos, sino objeto de abordaje por parte de la justicia.	El niño, más allá de su realidad económica y social, es sujeto de derechos y el respeto de éstos debe estar garantizado por el Estado.

¹² CDN: Art. 12, 1989.

El juez interviene cuando considera que hay “peligro material o moral”, concepto que no se define, y permite “disponer del niño, tomando la medida que crea conveniente y de duración indeterminada”.	El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal; no puede tomar cualquier medida y si lo hace debe tener duración determinada.
El Estado interviene frente a los problemas económico-sociales que atraviesa el niño a través del “Patronato” ejercido por el sistema judicial, como un “patrón que dispone de su vida”.	El Estado no es “patrón” sino promotor del bienestar de los niños. Interviene a través de políticas sociales planificadas con participación de los niños y la comunidad
El sistema judicial trata los problemas asistenciales o jurídicos, sean civiles o penales, a través de la figura del juez de menores.	El sistema judicial trata los problemas jurídicos con jueces diferentes para lo civil (adopción, guarda, etc.) y lo penal. Los temas asistenciales son tratados por órganos descentralizados en el nivel local, compuestos multisectorialmente.
Considera abandono no sólo la falta de padres, sino también aquellas situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, lo que le permite separar al niño de sus familiares	La situación económico-social nunca puede dar lugar a la separación del niño de su familia. Sin embargo, constituye un alerta que induce a apoyar a la familia en programas de salud, vivienda y educación.
El juez puede resolver el destino del niño en dificultades sin oír su opinión y sin tener en cuenta la voluntad de sus padres.	El niño en dificultades no es competencia de la justicia. Los organismos encargados de la protección especial están obligados a oír al niño y a sus padres para incluir al grupo familiar en programas de apoyo.
Se puede privar al niño de la libertad por tiempo indeterminado o restringir sus derechos, sólo por la situación socioeconómica en la que se encuentra, aduciendo “peligro material o moral”	Se puede privar de la libertad o restringir los derechos del niño, sólo si ha cometido infracción grave y reiterada a la ley penal.
El niño que cometió un delito no es oído y no tiene derecho a la defensa e incluso cuando sea declarado inocente puede ser privado de su libertad	El juez tiene la obligación de oír al niño autor de delito, quien a su vez tiene derecho a tener un defensor y un debido proceso con todas las garantías y no puede ser privado de la libertad si no es culpable.
El niño que ha sido autor de un delito y el que ha sido víctima de un delito recibe el mismo tratamiento.	El niño que ha sido víctima de un delito no puede ser objeto de tratamiento judicial. La justicia no puede victimizar ulteriormente a la víctima, sino actuar sobre el victimario

Fuente: Unicef Argentina, 1994. ¿Qué es la protección integral?

1.3 Intervención estatal y medidas de protección

La doctrina de la protección integral hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que establecen la nueva condición jurídica de la infancia. En este sentido, la CDN ocupa sin duda un lugar privilegiado dentro de este sistema que es conformado por otros tres instrumentos básicos:

- a) La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing).

c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.

d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad).

Existen además, otros instrumentos jurídicos internacionales de protección de DDHH que abordan temas más específicos como discriminación, delincuencia, migración, entre otros, como resultado del reconocimiento de la condición de sujeto de derecho. Así, tenemos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa de Personas, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Todo este conjunto de leyes asume una nueva perspectiva en cuanto a la protección de derechos cuando éstos fueren amenazados o violados, debido que se establece deberes a la familia, la comunidad y/o al Estado para restablecer el ejercicio concreto de los derechos que fueron afectados, utilizando los mecanismos y procedimientos dispuesto en las mismas.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional. (CDN: Art. 4, 1989).

Así, en este nuevo enfoque, la protección no guarda estricta relación con la tutela, sino que se refiere a garantizar los derechos de los NNA, por lo tanto, si no hay derecho amenazado no se admite la intervención del Estado, es decir, “[...] La protección no puede traducirse en intervenciones estatales coactivas, salvo supuestos excepcionales en los que exista peligro concreto para la vida del niño. [...]” (BELOFF, 2009, p. 38). Por otro lado, también la intervención del Estado puede darse ante un delito cometido por una persona menor de edad,

razón por la cual se ha adoptado un sistema de justicia especializado para los mismos. Éste último es un mecanismo completamente diferente del establecido en el antiguo sistema tutelar.

Existen tres áreas en las que en el marco de la protección integral las aguas continúan divididas: el trabajo infantil, la adopción internacional y lo relacionado con las personas que tienen menos de dieciocho años de edad a quienes se atribuye haber llevado a cabo una conducta tipificada en el Código Penal. Acorde con la CDN, un sistema de respuesta estatal frente a la imputación de delito a una persona menor de dieciocho años de edad, debe establecer que ellos responden por sus delitos en la medida en que los reconoce como sujetos de derecho con capacidad para autodeterminarse, a partir de cierta edad. Se trata de un sistema de justicia especializado, completamente distinto del sistema tutelar, que al considerar a los menos como inimputables y dejarlos bajo la tutela de un juez, los privaba de todos sus derechos; es, además, un sistema de justicia distinto del sistema penal de adultos. (BELOFF, 2009, p. 39-40)

En estos casos, cuando una persona menor edad ingresa al sistema judicial, goza de la mismas garantías que las personas adultas, además de aquellas específicas por su condición de NNA¹³. Dentro de los instrumentos jurídicos internacionales podemos observar el artículo 25 de la CADH que hace referencia a la Protección Judicial y el artículo 8 del mismo cuerpo legal que trata sobre las Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

¹³ El art. 40 de la CDN, hace referencia a la Administración de Justicia y establece que todo niño que sea considerado acusado o declarado culpable de haber infringido las leyes tiene derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y, en particular, el derecho a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento equitativo, incluso de disponer de asistencia jurídica o de otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa. Siempre que sea posible, se evitará recurrir a procedimientos judiciales y al internamiento en instituciones.

- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. (CADH: Art. 8, 1969).

De igual modo, la responsabilidad por el acto cometido debe expresarse en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema general de adultos. Conforme el artículo 40 numeral 4 de la CDN, las medidas podrán consistir en: el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional. Así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

El catálogo de esas medidas se extiende desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de arresto domiciliario o privación de la libertad en institución especializada. En este sistema la privación de libertad en centro especializado es una medida excepcional, ultima ratio, que en todos los casos debe dictarse por tiempo determinado y más breve posible, sólo frente a la comisión de un delito gravísimo. (BELOFF, 2009, p. 40)

Al respecto, el artículo 37 de la CDN se refiere a la privación de libertad como una medida de protección de último recurso, en la cual cada Estado deberá atender todas las condiciones previstas en las leyes que conforman el sistema protección integral¹⁴, así como también para que la misma se lleve a cabo durante el periodo de tiempo más breve posible.

¹⁴ El art. 7 de la CADH que hace referencia a la libertad personal establece las condiciones y los procedimientos que deben llevarse a cabo para aplicar esta medida.

1.4 La competencia consultiva de la Corte IDH

La CADH, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, establece en su artículo 33 acerca de los órganos de protección competentes para conocer sobre temas relacionados al cumplimiento de compromisos contraídos por los Estados Partes, otorgando esta atribución a la CIDH y a la Corte IDH. Al respecto, la Corte IDH, según el artículo 1 de su propio Estatuto, se reconoce como una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH, disponiendo según el artículo 2 del mismo Estatuto de una doble función: jurisdiccional y consultiva. La función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la CADH, mientras que la función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la misma Convención.

Sobre esta segunda función, ubicada en el capítulo octavo de la CADH, sección segunda (“Competencia y funciones”), la disposición establece lo siguiente:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. (CADH: Art. 64, 1969).

Por su parte, el Reglamento actualmente vigente de la Corte IDH (2009), distingue en tres artículos (artículos 70, 71 y 72) los requisitos que deben cumplir las solicitudes según el texto respecto al cual se pide la interpretación. Éste puede versar sobre: la CADH, otros tratados, o leyes internas. Posteriormente, se fija el procedimiento a seguir (artículos 73 y 74); y finalmente, la emisión y la estructura que debe poseer el contenido de las opiniones que emita el Tribunal (artículo 75).

En cuanto a la legitimación activa para solicitar una opinión consultiva en el sistema interamericano, se puede observar que la competencia consultiva ante la Corte IDH se encuentra habilitada para todos los Estados de la Organización de los Estados Americanos (OEA), extendiéndose también a todos los órganos principales de la misma, en particular a aquellos

cuya composición responde a criterios más técnicos e imparciales que políticos, como por ejemplo la CIDH y el Comité Jurídico Interamericano¹⁵.

De esta manera, la Corte IDH al conferir el derecho de solicitar opiniones consultivas, distingue entre los Estados Miembros de la OEA y los órganos de ésta, según lo ha dispuesto en la Opinión Consultiva N° 02 del 24 de septiembre de 1982 (OC-2), la cual fue denominada “El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)” y que se refiere a la legitimación para solicitar esta función de la Corte IDH mencionada en el artículo 64 de la CADH.

De acuerdo con el artículo 64, todos los Estados Miembros de la OEA, hayan o no ratificado la Convención, tienen el derecho de solicitar una opinión consultiva "acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos". Asimismo, los órganos de la OEA disfrutan de ese mismo derecho, pero solamente en lo que les compete. Así que, mientras los Estados Miembros de la OEA tienen un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas, sus órganos sólo pueden hacerlo dentro de los límites de su competencia. El derecho de éstos últimos de pedir opiniones consultivas está restringido, consecuentemente, a asuntos en lo que tales órganos tengan un legítimo interés institucional. Mientras cada órgano decide inicialmente si la petición cae dentro de su esfera de competencia, la pregunta, en última instancia, debe ser respondida por la Corte mediante referencia a la Carta de la OEA, así como a los instrumentos constitutivos y a la práctica legal del órgano correspondiente. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-2*, 1982, párr., 14)

En este sentido, los organismos especializados de la OEA tienen legitimación activa para solicitar una opinión consultiva a la Corte IDH, siempre y cuando el objeto de la consulta tenga que ver con la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a DDHH que hace referencia el artículo 64.1 de la misma.

¹⁵ El Art. XII del Protocolo de Buenos Aires, que reforma la Carta de la OEA, establece que la misma realiza sus fines por medio de: a) la Asamblea General; b) la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) Los Consejos; d) El Comité Jurídico Interamericano; e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) La Secretaría General; g) Las Conferencias Especializadas, y h) los Organismos Especializados. Se podrán establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarios.

1.5 Las concepciones de la argumentación

Fueron los precursores de la teoría de la argumentación, quienes rehabilitaron la retórica antigua de Aristóteles y lo colocaron en contraposición al concepto de ciencia moderna, especialmente a la lógica formal iniciada por Descartes. Estos autores como Viehweg, Perelman y Toulmin sitúan a disciplinas como el Derecho dentro del campo de lo verosímil, de lo probable o verificable, desarrollando conceptos como la persuasión y el convencimiento para el desarrollo de una razón práctica. Así, esta forma de argumentación iniciada por Theodor Viehweg (1964) parte de la reivindicación de un pensamiento tópico o retórico para interpretar y aplicar las normas jurídicas, la cual se realiza a través del descubrimiento y el examen de las premisas; esto en contraposición al pensamiento lógico demostrativo que utiliza las premisas para elaborar cadenas deductivas.

La tópica es una técnica de pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica y que es desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático. (VIEHWEG, 1964, p. 22)

Igualmente, Chaïm Perelman, cuestiona el enfoque lógico cartesiano de la argumentación basándose en la Retórica Aristotélica, motivo por el cual propone una “Nueva Retórica” en donde se discute si el argumento que busca lograr la adhesión del auditorio es persuasivo o convincente; en cuanto a las decisiones judiciales, sostiene que las mismas están más bien encaminadas hacia la persuasión que a la demostración.

El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas... La lógica jurídica, especialmente la judicial... se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 232-233)

Sin embargo, dentro de la teoría de la argumentación es posible distinguir varias nociones para entender la misma. Una de ellas es la propuesta elaborada por el profesor Manuel Atienza (2013), quien identifica los elementos¹⁶ que configuran el concepto de argumentación,

¹⁶ Para Atienza, los elementos que configuran el concepto de argumentación, en un plano muy abstracto serían: 1) Una acción relativa a un lenguaje; 2) Presupone siempre un problema; 3) Supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad; 4) Es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el que hay criterios para evaluarla.

estableciendo concepciones para interpretar esos elementos comunes, los cuales clasifica en: formal, material y pragmático. De esta manera, Atienza considera posible construir una teoría de la argumentación a partir de esas tres concepciones, lo cual brindaría una argumentación más sólida y resistente, contemplando así enfoques relativos a la lógica formal, la lógica material, y la retórica-dialéctica.

La *concepción formal* ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión. Responde a problemas de naturaleza formal: si a partir de enunciados –premisas- de tal forma, se puede pasar a otro –conclusión- de otra determinada forma.

[...]Para la *concepción material*, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no problemas formas, sino materiales: explicar, descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc.

[...]Finalmente, la *concepción pragmática* contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo; lo que se privilegia, por tanto no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática. Lo que desencadena la argumentación son problemas relativos a lograr la persuasión de un auditorio, o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico. (ATIENZA, 2013, p. 110-111)

De esta manera, se puede decir que Atienza tiene el mismo punto de partida que los precursores, pero se diferencia de ellos al no establecer un distanciamiento total de la lógica. Este autor mantiene por ejemplo conceptos tales como: “inferencia”, “premisas”, “conclusión”, entre otras, para ser incluidas dentro del desarrollo de sus concepciones de la argumentación, que luego serán utilizadas para el análisis y corrección de las argumentaciones judiciales. Así, las premisas constituyen en alguna medida los puntos de partida para la elaboración de argumentos, las cuales son tenidas en cuenta para sustentar las decisiones que son formuladas ante las instituciones de justicia. No obstante, en el campo del Derecho, aunque la ligación entre argumentar y decidir parezca una actividad que acompaña a la otra, se pueden presentar casos en que se produzca una decisión pero la justificación judicial no se realice, la cual puede ser traducida en una simple transición de premisas dentro de un silogismo jurídico. Al respecto, Atienza (2013) señala que, aunque el Derecho no se reduzca sólo a argumentos, el enfoque argumentativo de la misma puede contribuir de manera decisiva para una mejor teoría y práctica jurídica.

Para escapar de las anteriores dificultades, podríamos decir que lo que hace que surja una argumentación son problemas, cuestiones, que pueden tener una naturaleza práctica o teórica (según que tengamos que formarnos una creencia o que decidir) y que, además, pueden ser de carácter abstracto o concreto, real o hipotético, etc. Argumentar, en definitiva, es algo que tiene lugar en el contexto de la resolución de problemas, aunque la resolución de muchos problemas (incluidos los jurídicos) suele requerir otras cosas, otras habilidades, además de argumentar. (ATIENZA, 2013, pág. 108).

Se puede decir entonces, que en las tres concepciones mencionadas, las premisas cumplen diferentes funciones dentro de la argumentación. Así el enfoque formal se centra en las inferencias, la material toma las premisas como punto de partida, mientras que en la pragmática las mismas se presentan como enunciados aceptados.

1.6 La interpretación normativa en la teoría de la argumentación

En el campo del Derecho, la aplicación de normas para la resolución de casos es una actividad reservada a los jueces, tribunales u otros órganos de justicia, donde los mismos desarrollan sus argumentaciones en vista a resolver problemas concernientes a cuestiones de hecho o de derecho, estos últimos generalmente relacionados a la hermenéutica jurídica. Sin embargo, no es posible establecer un distanciamiento pleno entre ambas situaciones, así lo entiende Atienza (2003, p. 2), motivo por el cual señala que en el ámbito de la dogmática jurídica una de las funciones que tienen los argumentos jurídicos es la de suministrar criterios para la aplicación de normas. Esto se hace necesario principalmente ante los denominados *casos difíciles*, donde los órganos de justicia deben decidir sobre un caso concreto, creando al mismo tiempo jurisprudencia sobre la regla en que se basa esa decisión, es decir, la justificación de las premisas utilizadas o de la conclusión que fue obtenida en ese silogismo.

Esta justificación, que para la teoría de la argumentación es propia de disciplinas como el Derecho, estudia las condiciones que un argumento debe expresar para que pueda considerarse justificado, o sea la razón justificadora de la misma. Para ello, la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación* trazada por Hans Reichenbach en su obra “The Rise of Scientific Philosophy”, es utilizada para diferenciar la manera como se realizan los descubrimientos científicos y la forma en que se justifican y aceptan.

La mística interpretación de lo hipotético-deductivo surge de una confusión de métodos como una suposición irracional entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. El acto de descubrimiento

escapa al análisis lógico; no existen reglas en términos lógicos para que una "máquina de descubrimiento" pueda ser construida para posteriormente hacerse cargo de la función creativa de los genios. Sin embargo, no es tarea del lógico darse cuenta de los descubrimientos científicos; todo lo que éste puede hacer es analizar la relación entre hechos dados y una teoría presentada para que esos hechos sean explicados. En otras palabras, la lógica se ocupa solamente del contexto de justificación. Y la justificación de una teoría en términos de los datos observados es la materia de la teoría de la inducción. (REICHENBACH, 1968, p. 231)

Al respecto, la teoría estándar de la argumentación hace esa distinción entre contexto de descubierta y contexto de justificación, ubicando el estudio de las decisiones judiciales en el segundo campo. Según Atienza (2005), esta justificación hace referencia a un doble sentido: una justificación formal y una justificación material de los argumentos, lo que permitiría distinguir en ella componentes de la lógica formal o deductiva y componentes de la lógica material o informal. En este sentido, se puede decir que la teoría estándar de la argumentación jurídica tiene pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas.

Se trata, por tanto, de teorías (como las de Alexy o MacCormick) que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (y al mismo tiempo, según ellos, ambos planos coinciden en general) cómo se deberían justificar. Parten del hecho de que las decisiones jurídicas deben ser y pueden ser justificadas y, en ese sentido, se oponen tanto al determinismo metodológico (las decisiones jurídicas no necesitan justificación porque proceden de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales), como al decisionismo metodológico (las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad) (ATIENZA, 2005, p. 6)

Así, este enfoque integrador de la teoría de la argumentación, que enlaza la dimensión lógico-deductiva y la dimensión de racionalidad práctica de la argumentación jurídica, busca construir una teoría a partir de las concepciones formal, material y pragmática. Esto supone además, la pretensión de encontrar una posición conciliadora entre autores como Toulmin o Perelman, que centran sus atención en elementos de la concepción pragmática reivindicando la dialéctica y la retórica; y autores como Recaséns Siches o Viehweg que rescatan mayores elementos de la concepción material.

Al respecto, Neil MacCormick (2008) elabora una propuesta integradora partiendo del contexto de justificación, en la cual no pretende sólo mostrar las condiciones que deben ser observadas en la motivación de una decisión jurídica, sino que además, cómo deben ser justificadas. Este autor comienza haciendo una diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles. Para los primeros, los jueces pueden resolver a partir de un método deductivo propio

del silogismo jurídico. Sin embargo, en los segundos, una justificación meramente deductiva tiene limitaciones porque el problema que presenta requiere además de los elementos de forma, una argumentación que contemple elementos materiales y pragmáticos. Así, MacCormick efectúa una clasificación de los denominados casos difíciles según afecte a la premisa normativa: problemas de interpretación y de relevancia; y, según afecte a la premisa fáctica: problemas de prueba o problemas de calificación.

En cuanto a los problemas de interpretación, cuando existe una situación de duda o disputa en torno al sentido de alguna disposición legal, este autor sostiene que se debe decidir dando preferencia a aquella considerada más razonable dentro del contexto. Para ello, este autor propone una categoría de argumentos interpretativos que pueden contribuir a configurar las justificaciones dadas por los jueces en sus decisiones sobre interpretación.

Las categorías de argumentos interpretativos son, primero, aquellos que recurren al propio contexto lingüístico como fuente de razones para preferir una interpretación de otra (argumentos “lingüísticos”); segundo, aquellos que miran para el sistema jurídico como siendo el contexto especial del texto dotado de autoridad, de modo a verificar como dar mejor sentido al texto dentro de su contexto (argumentos “sistémicos”); tercero, aquellos que miran para los objetivos o finalidades del texto dotado de autoridad, de modo a verificar como dar mejor sentido al texto a partir de sus finalidades (argumentos “teleológicos-evaluativos”). (Traducción propia)¹⁷

Esta forma de analizar las argumentaciones, planteada por MacCormick, consiste en mostrar los elementos que pueden distinguirse dentro de la misma para obtener una representación adecuada. Finalmente, como una forma de evaluar las argumentaciones en los mencionados casos difíciles, este autor al igual que Atienza (2013) proponen criterios de evaluación como: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social y moral justificada. Dichos criterios son considerados los más importantes para poder evaluar el razonamiento judicial de una decisión.

¹⁷ “[...] As categorias de argumentos interpretativos são, primeiro, aqueles que recorrem ao próprio contexto lingüístico como fonte de razões para preferir uma interpretação a outra (argumentos “lingüísticos”); segundo, aqueles que olham para o sistema jurídico como sendo o contexto especial do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto dentro de seu contexto (argumentos “sistémicos”); terceiro, aqueles que olham para os objetivos ou finalidades do texto dotado de autoridade, de modo a verificar como dar melhor sentido ao texto a partir de suas finalidades (argumentos “teleológicos-avaliativos [...]” (MACCORMICK, 2008, p. 165-166)

1.7 La teoría de la argumentación como técnica e instrumento de análisis

Para construir un modelo de análisis de las decisiones judiciales a partir de las concepciones señaladas, se hace necesario responder a los siguientes planteamientos: ¿cómo analizar?, ¿cómo evaluar?, y ¿cómo argumentar? Según Atienza (2013, p. 423) las dos primeras operaciones son *ex post*, es decir, a partir de una argumentación ya dada; mientras que la última es *ex ante*. Esto no significa que en las dos primeras etapas nos encontremos ante una posición de observador o espectador, y en la última se asuma una posición de participante¹⁸. Para un mejor abordaje del objeto de esta investigación, me limitaré al estudio de las operaciones *ex post*, en este caso al análisis y evaluación de los argumentos presentados por los jueces de la Corte IDH en la OC-17, para identificar los elementos que forman parte de su argumentación y los criterios utilizados por los mismos.

La integración de la dimensión formal, material y pragmática constituye la estructura de la argumentación a ser analizada. Esto implica, un aspecto formal de la argumentación centrada en el análisis estructural de los argumentos, o sea, la corrección formal o lógica de los razonamientos. Un aspecto material centrado principalmente en las premisas y por consiguiente en la conclusión, para determinar el contenido de verdad y de corrección de las mismas. Y un aspecto pragmático, relacionado con el rol activo de los participantes en la argumentación y la interacción entre los mismos, interacciones basadas en la persuasión para defender o atacar una tesis conforme el cumplimiento de ciertas reglas.

Para el análisis de los argumentos y construcción de su estructura, Atienza (2013) propone un diagrama de representación inspirado en los trabajos de Toulmin y Wigmore, que da cuenta de las tres dimensiones señaladas. El uso de este modelo será utilizado en la primera parte del análisis de la OC-17, que corresponde a la cuestión de admisibilidad de la consulta, debido a que la misma es más apropiada para ilustrar la dinámica y contraposición de los argumentos que surgen a partir del problema. Para la segunda parte del análisis se tendrá en cuenta las partes de la argumentación, que según Atienza (2013, p. 429) resulta útil para la comprensión de las fundamentaciones de los jueces frente a un determinado caso. El modelo a ser considerado será aquel utilizada en los cursos de *Legal Reasoning* que componen el *brief*

¹⁸ Al respecto, Atienza (2013, p. 423) explica que no es posible pensar que el *análisis* consiste simplemente en describir, y por el otro lado que *evaluar* y *argumentar* consisten en prescribir, esto porque, *analizar* un texto argumentativo supone tomar determinadas decisiones; la *evaluación* requiere un tipo de análisis conceptual que no podría calificarse simplemente de prescriptivo; y *argumentar* puede entenderse en el sentido de cómo debe argumentarse o en el de cómo se argumenta de hecho.

de los estudiantes de Derecho, el cual distingue una serie de elementos fundamentales: 1. *Citation*; 2. *Facts*; 3. *Issues*; 4. *Holding*; 5. *Rationale*; y 6. *Judgement*. Sobre los mismos, Atienza (p. 430 -431) los entiende de la siguiente manera:

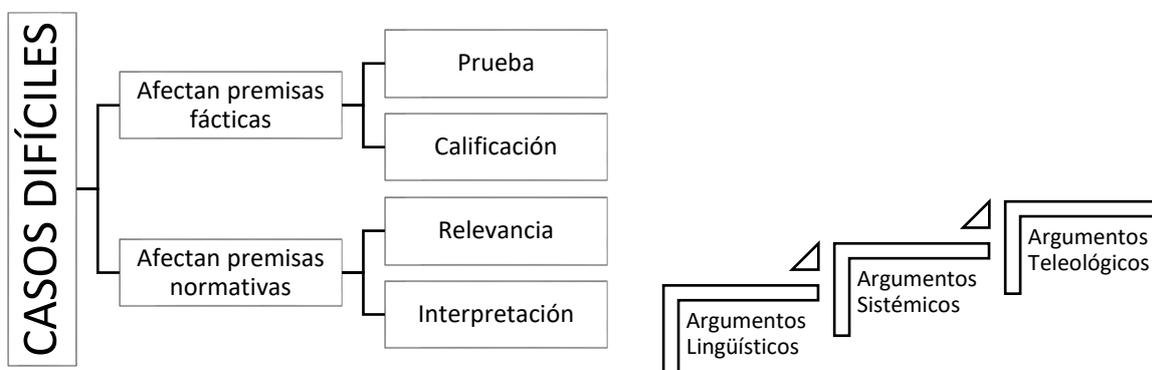
Cuadro 3 – Partes de la argumentación

Elementos	Descripción
<i>Citation</i>	La narración, los hechos del caso. O sea, lo que ha sucedido en el mundo social e institucional y que ha llevado al planteamiento de un problema jurídico.
<i>Facts</i>	El problema o los problemas jurídicos de donde arranca la argumentación. Esto es, la traducción de lo anterior al código (normalmente binario) característico de la resolución judicial de conflictos.
<i>Issues</i>	Las cuestiones y subcuestiones de las que depende la solución del problema.
<i>Holding</i>	Las respuestas a esas cuestiones.
<i>Rationale</i>	Las razones en las que se basan las anteriores respuestas. Aquí es importante distinguir entre las <i>ratione decidendi</i> y los <i>obiter dicta</i> .
<i>Judgement</i>	La solución del problema. O sea, el cierre de la pregunta inicial. La decisión.

Fuente: ATIENZA, 2013, p. 429

Posteriormente, debido a que el caso que se presenta ante la Corte IDH se refiere básicamente a una consulta normativa, luego de identificar cada uno de los elementos en los votos de los jueces, se pasará a distinguir la cuestión de interpretación conforme a la tipología de casos propuesto por Neil MacCormick (2008) para el análisis de los denominados *casos difíciles*, utilizando las categorías de los argumentos interpretativos. Esto permitirá entender cómo fueron construidos los argumentos y las conclusiones de cada uno de los jueces.

Figura 1 – Tipología de casos difíciles y categoría de argumentos interpretativos



Fuente: elaboración propia a partir de MacCormick (2008)

La segunda operación *ex post* corresponde a la evaluación de las argumentaciones, que guarda estrecha relación con la obligación de los jueces de ofrecer buenas razones en la motivación de sus decisiones para lograr la persuasión. Sin embargo, además de este elemento pragmático, las razones ofrecidas requieren de los componentes formales y materiales, lo cuales deben ir acompañados por una actitud comprometida por parte de los jueces.

Un buen argumento, una buena fundamentación judicial, significa, pues, un razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia de inferencia válido –deductivo o no–; basado en premisas, en razones, relevantes y suficientemente sólidas (al menos, más sólidas que las que pudieran aducirse a favor de otra solución); y que persuade de hecho o que tendría que persuadir a un auditorio que cumpliera ciertas condiciones ideales: información suficiente, actitud imparcial y racionalidad. (ATIENZA, 2013, p. 549)

No obstante, además del razonamiento judicial, se hace necesario establecer criterios de corrección objetivos, especialmente cuando nos encontramos ante los llamados *casos difíciles*, donde la justificación judicial no se reduce simplemente a la lógica deductiva y requiere de los demás componentes citados más arriba. Al respecto, Atienza (2013) propone cinco criterios de evaluación de las argumentaciones: universalidad, coherencia, adecuación a las consecuencias, moral social y moral justificada. Los tres primeros también son abordados por MacCormick (2008). Estos serán utilizados para la corrección de los argumentos presentados en la OC-17.

Por último, para ilustrar las consecuencias de la OC-17 en el sistema interamericano de justicia, se parte de las conclusiones obtenidas en el análisis y la evaluación, para considerar los efectos internos y externos de la presente opinión consultiva. Esta distinción que es meramente didáctica, aborda en su fase interna las conclusiones que tienen que ver con la identificación de los temas centrales de la problemática, es decir, los conceptos construidos y las respuestas dadas por la OC-17. En la fase externa, se realiza una revisión jurisprudencial de la Corte IDH sobre decisiones contenciosas que atingieron directamente a NNA en Latinoamérica, posteriores a la OC-17. A partir de estos efectos, se pretende identificar el impacto de esta opinión consultiva y el alcance de los temas desarrollados por los jueces.

La presente investigación de tipo descriptiva pretende interpretar hechos reales del pasado mediante inferencias causales para generar procesos y arribar a conclusiones. Según Sampieri (2010, p. 80) “[...] Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis [...]”. Considerando el corte según secuencia de

tiempo, se ha elegido uno de tipo retro-prospectivo porque se estudia un fenómeno ocurrido en el pasado y luego se continúa estudiando su evolución para inferir el efecto en un estudio prospectivo. En cuanto al enfoque de la investigación, el mismo es cualitativo porque se pretende caracterizar variables y relacionarlas en un ambiente determinado. El campo de estudio se sitúa dentro de las relaciones humanas para comprender la situación y generar propuestas de cambio a los actores involucrados. De acuerdo con Witker (1991), las investigaciones en el campo jurídico pueden ser de tipo dogmático-formalista o de tipo realista-sociológico, según que acentúen los aspectos conceptuales o reales de las instituciones y normas jurídicas. Para esta investigación que tiene como objeto el análisis de los argumentos de la Corte IDH, el tipo de investigación adoptada es dogmático-formalista y la muestra a ser utilizada es la OC-17 emanada del mismo órgano.

2 LA PALABRA ES FUENTE DE MALENTENDIDOS: ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS

- Sólo se conoce lo que uno domestica – dijo el zorro – Los hombres ya no tienen más tiempo de conocer nada. Compran cosas ya hechas a los comerciantes. Pero como no existen comerciantes de amigos, los hombres no tienen más amigos. Si quieres un amigo, ¡doméstícame!

- ¿Qué hay que hacer? – dijo el Principito.

- Hay que ser muy paciente – respondió el zorro – Te sentarás al principio más bien lejos de mí, así, en la hierba. Yo te miraré de reojo y no dirás nada. La palabra es fuente de malentendidos. Pero cada día podrás sentarte un poco más cerca de mí... (DE SAINT-EXUPÉRY, Cap. XXI, 1943).

2.1 La estructura de la OC-17 a partir de su admisibilidad

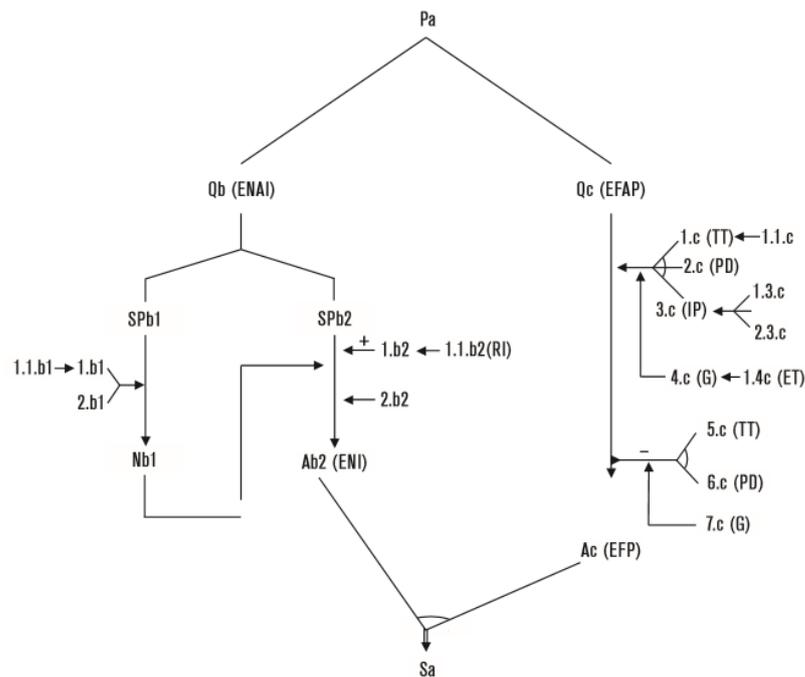
La integración de la dimensión formal, material y pragmática constituye la estructura de la argumentación a ser analizada. Esto implica, una dimensión formal de la argumentación centrada en el análisis estructural de los argumentos, es decir, la corrección formal o lógica de los razonamientos. Una dimensión material centrada principalmente en las premisas y por consiguiente en la conclusión, para determinar el contenido de verdad y de corrección de las mismas. Y una dimensión pragmática, relacionada con el rol activo de los participantes en la argumentación y la interacción entre los mismos; interacciones basadas en la persuasión para defender o atacar una tesis conforme el cumplimiento de ciertas reglas.

Para analizar la estructura de los argumentos, Atienza (2013) propone un diagrama de representación inspirado en los trabajos de Toulmin y Wigmore, que da cuenta de las tres dimensiones señaladas. En este sentido, desde el punto de vista formal, se pretende reconstruir el esquema lógico de motivación de la decisión judicial dentro del contexto de justificación, donde la validez de la inferencia no implique una “obligación” a aceptar la conclusión. Aquí, los elementos formales de los argumentos tienen un gran valor *analítico* y *estratégico* para saber qué premisa habría que presuponer para que el argumento sea sólido, y hacia dónde debemos dirigir nuestros objetivos cuando se trata de refutar o de debilitar un argumento (ATIENZA, 2013, p. 186).

Con base en esta representación es posible diseñar a partir de diagramas y flechas, la forma de la decisión judicial mediante una serie de pasos que fueron realizados. De esta manera, se puede encontrar el aspecto inferencial, la identificación de premisas, los diversos actos de

lenguaje que fueron utilizados, y la conclusión de la decisión. El diagrama, también permite captar la diferencia entre las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos¹⁹.

Figura 2 – Diagrama de representación de los argumentos



Fuente: (ATIENZA, 2013, p. 427)

La argumentación comienza con el planteamiento de un problema, que busca una solución a partir de dos ramas, una de ellas de tipo interpretativa (izquierda), y la otra de tipo probatoria (derecha). En este caso, como el problema planteado es de carácter meramente interpretativo, la decisión judicial carece de cuestión probatoria, motivo por el cual, solamente el lado izquierdo del diagrama será considerado en este análisis. Así, los elementos de la misma son identificados de la siguiente forma²⁰:

¹⁹ [...] Una argumentación es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial -el problema que da lugar a la argumentación- y la respuesta a la misma -la solución-. Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos. Y una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla.” (ATIENZA, 2013, p. 425)

²⁰ La diagramación de la OC-17 se encuentra en el Apéndice A, p. 173.

Cuadro 4 – Contenido del diagrama sobre admisibilidad de la OC-17

Elementos	Descripción
Pa ²¹	¿Cómo interpretar los artículos 8 y 25 de la CADH, para 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?
Qb (ENAI) ²²	¿La Corte IDH está investida de facultades para interpretar por vía consultiva?
SPb1 ²³	Inadmisibilidad
SPb2 ²⁴	Admisibilidad
1. b1 ²⁵	Constituye una invitación para desarrollar una especulación académica
1.1. b1 ²⁶	Debilita el nuevo sistema establecido por la CADH
2. b1 ²⁷	El pedido de la CIDH presenta vaguedad y carece de sentido
Nb1	Negación de las razones expuestas por SPb1
1. b2 ²⁸	Necesidad de interpretación para atender a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales
1.1. b2 (RI) ²⁹	Principio de Buena Fe
2. b2 ³⁰	Abordar la interpretación de un Tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los DDHH en uno de los Estado miembro del sistema interamericano
Ab2 (ENI) ³¹	La Corte IDH estima que debe examinar los asuntos que le fueron planteados

Fuente: elaboración propia

Para poder analizar el problema de fondo que suscita la consulta (Pa), la Corte IDH comienza su justificación a partir de un planteamiento formal relacionado a la competencia de la misma para interpretar o no por vía consultiva la solicitud hecha por la CIDH (Qb). La premisa que da apertura a la discusión es el artículo 64.1 de la CADH que hace referencia al ejercicio de la facultad consultiva:

[L]os Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires³².

²¹ Problema.

²² Cuestión de tipo interpretativo. Contiene un Enunciado Normativo a Interpretar.

²³ Suposición (primera).

²⁴ Suposición (segunda).

²⁵ Razón 1 de la primera suposición.

²⁶ Razón exclusivamente en favor de 1.b1.

²⁷ Razón 2 de la primera suposición.

²⁸ Razón 1 de la segunda suposición.

²⁹ Razón exclusivamente en favor de 1.b2. Es una regla de interpretación, y el signo «+» que aparece sobre la flecha indica que ésta es una razón a la que el argumentador atribuyó un peso considerable.

³⁰ Razón 2 de la segunda suposición.

³¹ La negación de b1 es también una razón para afirmar la interpretación contraria (b2). Contiene un Enunciado Normativo Interpretado).

³² El Capítulo VIII de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que la Comisión Interamericana es uno de los órganos de la OEA.

De esta manera, siguiendo el modelo de Atienza, del lado izquierdo del diagrama se abren dos ramas para solucionar el problema de interpretación, por un lado la inadmisibilidad del pedido (SPb1), y por el otro la admisibilidad de la misma para llevar a cabo la consulta (SPb2). En la presente decisión no existe una cuestión probatoria, por ese motivo el lado derecho del diagrama no fue representado. Asimismo, por la naturaleza de la decisión, es decir, una opinión consultiva, la Corte IDH según lo establecido en la Opinión Consultiva N° 16/94 (OC-16), deja claro la diferenciación entre su competencia consultiva y contenciosa.

[...] Por el contrario, en el ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. En este ámbito, el Tribunal cumple con su función consultiva [...]. (Corte I.D.H. *Opinión Consultiva OC-16*, 1999, párr. 47)

Precisamente, esta función consultiva que tiene la Corte IDH es la que suscita los primeros cuestionamientos de forma, específicamente sobre la interpretación de tratados distintos a la CADH. Esto, porque el pedido de la CIDH, que, además de solicitar la interpretación de los artículos de la CADH, también requiere a la Corte IDH una formulación de criterios generales válidos sobre la materia, la cual fue entendida por los jueces de la Corte como una necesaria interpretación de la CDN, debido a que la misma es uno de los instrumentos jurídicos más importantes en el sistema de Derechos del Niño³³. Así, además de los artículos de la CADH que fueron textualmente mencionados por la CIDH, la Corte incluye a la CDN como objeto a ser interpretado. Sin embargo, esta inclusión precisa atravesar una especie de filtro antes de su incorporación.

Para superar la misma, y a fin de adecuar el artículo 64.1, la OC-17 retoma esta cuestión que ya había sido resuelta en otro instrumento de la misma naturaleza, la Opinión Consultiva N° 01 del 24 de septiembre de 1982 (OC-1), que otorga a la Corte IDH un doble papel en cuanto a su función consultiva.

A este respecto, cabe destacar que es justamente en su función consultiva, que se pone de relieve el papel de este tribunal, no sólo dentro de la Convención, sino también dentro del sistema en su conjunto. Ese papel se manifiesta, *ratione materiae*, en la competencia que se reconoce a la Corte para interpretar por vía consultiva otros tratados internacionales diferentes de la Convención;

³³ Tal vez esa sea la primera interpretación que la Corte realiza dentro de la OC-17, por lo menos en cuanto a la forma. En este sentido, ¿los demás instrumentos que conforman el sistema de protección integral también deberían ser incluidos?

y, además, *ratione personae*, en la facultad de consulta, que no se extiende solamente a la totalidad de los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, sino asimismo a todo Estado Miembro de ésta, aunque no sea parte de la Convención. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-1*, 1982, párr. 19)

Sin embargo, es a partir de aquí que los jueces abren la discusión hacia dos vertientes opuestas: la admisibilidad y la inadmisibilidad. Siguiendo el diagrama elaborado, cada una de las proposiciones contiene dos razones, que buscan anteponer la proposición que sustentan y evitar su consecuente negación. Esto, porque la negación de una de ellas implica la aprobación de la otra.

Así, la admisibilidad funda su primera razón en una necesidad de interpretación que debe atender a la *evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales* (1.b2), la cual descansa en disposiciones generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Del mismo modo, hace énfasis a esta regla de interpretación, a través del *principio de buena fe*, a la cual se otorga un peso considerable, pasándose a constituir en una sub-razón que refuerza a la anterior (1.1. b2 (RI)). Esta razón se remite a la OC-16, la cual al mismo tiempo hace referencia exclusiva a la Corte Internacional de Justicia³⁴, quien apunta directamente hacia una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Y, complementa la misma con una regla de interpretación referente a la concordancia de una norma con el objeto y el fin de un tratado.

La segunda razón de esta vertiente, la cual asume una posición de carácter colegiado, sostiene que la interpretación de un Tratado es favorable *siempre que esté directamente implicada la protección de los DDHH en uno de los Estado miembro del sistema interamericano* (2.b2)³⁵, con alcance inclusive a instrumentos que no provengan del mismo sistema regional de protección. A renglón seguido, y para reforzar la proposición a favor de la admisibilidad, comienza la justificación de razones haciendo referencia a varios párrafos de la

³⁴ “[...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el corpus juris gentium se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones.” (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971; pág. 16 ad 31).

³⁵ CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-1*, 1982, párr. 21.

OC-16³⁶, donde se hace hincapié en la diferencia existente entre competencias consultivas y contenciosas hasta llegar a la exposición de ejemplos.

Así también, se hace mención al caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, en que la Corte IDH utilizó el artículo 1 de la CDN como instrumento para fijar el alcance del concepto de “niño”³⁷ (aunque en este caso la Corte ejerció su competencia contenciosa). En el citado caso, recuerda que la misma recurrió a la CDN para establecer lo que debe entenderse por “niño” en el marco de un caso contencioso (Caso Villagrán Morales y otros), para luego afirmar que el tribunal puede acudir a dicha Convención e inclusive a otros instrumentos internacionales sobre esta materia cuando se trata de ejercer su función consultiva³⁸.

Sobre la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, los jueces señalan que el artículo 19 de la CADH fue concebido porque existía una preocupación para asegurar al niño la debida protección mediante mecanismos estatales orientados al efecto. No obstante, considera que hoy en día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección³⁹. Sobre la protección de los DDHH en uno de los Estado miembro del sistema interamericano, explica que, la competencia consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales”⁴⁰ referentes a DDHH.

Por otro lado, en cuanto a la inadmisibilidad, el juez Oliver Jackman en su voto disidente, explica que el pedido de la CIDH no cumple con los criterios establecidos en el artículo 64 de la CADH, porque entiende que la misma *es una invitación para desarrollar una especulación académica* (1. b1), y que el tratamiento consultivo por parte de la Corte traería como consecuencia *el debilitamiento del sistema establecido por la CADH y posterior distorsión de la jurisdicción contenciosa* (1.1. b1). Aquí, se refiere al “amplio alcance” del artículo 64 que los jueces a favor de la admisibilidad mencionan, principalmente sobre la competencia consultiva, entendida como un servicio a todos los integrantes del sistema

³⁶ CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-16*, 1999, párr. 48. Además, véase, párr. 14, 31, 37, 40 y 41.

³⁷ CORTE I.D.H. *Caso Villagrán Morales y otros*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188.

³⁸ CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 30.

³⁹ CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 28.

⁴⁰ CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva. Opinión Consultiva OC-1*, 1982, párr. 39.

interamericano, sin necesidad de que los mismo se sometan al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza a un proceso contencioso. Sin embargo, afirma que no se debe olvidar el propósito de las normas internacionales, que es de aconsejar y asistir a los Estados miembros y órganos de la OEA a que cumplan de manera completa y efectiva con las obligaciones emanadas de ellas. Por lo tanto, éste considera que la Corte como órgano de justicia, debería evitar esta invitación que no cuenta con una aplicación previsible a situaciones concretas que justifiquen la necesidad de una opinión consultiva, conforme señala la OC-1:

La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte. (Corte I.D.H. *Opinión Consultiva OC-1*, 1982, párr. 25.)

La segunda razón a favor de esta proposición es que *el pedido de la CIDH presenta vaguedad y carece de sentido* (2. b1), esto porque se solicita a la Corte IDH la formulación de criterios generales válidos, a partir de una serie de hipótesis que no revelan urgencia pública ni complejidad jurídica. El juez Jackman se limita a realizar explicaciones sobre la misma, pero es evidente su preocupación acerca de dos puntos: las formalidades que la Corte IDH debe respetar como órgano de justicia, en especial lo concerniente a la delimitación precisa entre competencia consultiva y contenciosa. Y el segundo punto, quizás el que le generó mayor incomodidad, es el pedido de la CIDH para que el tribunal formule criterios generales válidos a partir de una serie de hipótesis.

Siguiendo, el diagrama construido, se puede observar que las razones que sustentan la inadmisibilidad son negadas (Nb1), dando lugar a la interpretación contraria que considera necesario examinar los asuntos que fueron planteados por la CIDH (Ab2) para posteriormente emitir opiniones al respecto. Esta reconstrucción de la argumentación, que va desde la pregunta inicial hasta llegar a la conclusión, permite determinar los argumentos utilizados, la línea argumentativa y las inferencias realizadas.

2.2 Las premisas derrotadas o las razones que fueron negadas

El diagrama de argumentación utilizado, a diferencia del silogismo jurídico tradicional proporcionado por la lógica demostrativa, incluye no solo a las premisas que posteriormente dan lugar a la conclusión, sino también aquellas que fueron negadas. Esto, para señalar el sentido pragmático que tiene la argumentación e identificar las razones y los discursos que aparecen hasta llegar a la conclusión. En este sentido, a partir las razones planteadas en contra de la admisibilidad, es posible también establecer algunos cuestionamientos para entender mejor los motivos que llevaron al voto disidente.

Una de las razones que sostiene el juez Jackman, es que el pedido de la CIDH es una invitación para realizar una especulación académica, lo cual contribuiría al debilitamiento del sistema interamericano de justicia, esto debido a la imprecisión de su solicitud. Al respecto, el Reglamento de la Corte en su artículo 71.1, correspondiente a las opiniones consultivas, se refiere a la interpretación de la Convención:

Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta.

Como se ha visto, el pedido de la CIDH consta de dos partes, una sobre interpretación de artículos de la CADH, y otra sobre formulación de criterios generales válidos a partir una serie de “hipótesis” (es así como el juez Jackman las denomina), lo que remite a la Corte IDH a realizar una interpretación de la CDN. De ahí el primer cuestionamiento, ¿puede la Corte IDH en su función consultiva formular criterios generales válidos a partir de una serie de hipótesis?, teniendo en cuenta que el artículo citado se refiere a “preguntas específicas” sobre las cuales se pretende obtener una opinión. Es evidente la falta de delimitación del segundo pedido, lo que lleva a la inexistencia de una pregunta, que es además acompañado por una serie de supuesto.

Sobre esta serie de supuestos, conforme las razones del juez Jackman, puede plantearse otro cuestionamiento, ¿las hipótesis citadas por la CIDH son de aplicación previsible a situaciones concretas que justifiquen la necesidad de una opinión consultiva? En el pedido se mencionan como “premisas interpretativas”, que describen el funcionamiento de los órganos de justicia en los tribunales latinoamericanos, en las cuales las medidas especiales dictadas por las autoridades debilitan las garantías judiciales de los NNA. Sin duda, estas situaciones

constituyen algunas de las preocupaciones más importantes de la CIDH y al hacer mención de las mismas se intentó ilustrar mejor la realidad de los NNA ante los tribunales de justicia. Sin embargo, tal vez la falta de delimitación legal de esas premisas, es decir, ¿cuáles son los artículos de la CDN a partir de los cuales se construyeron esas premisas interpretativas?, sería más adecuado en el planteamiento, debido a que se está apelando a la competencia consultiva de la Corte, a través de la interpretación de tratados. Señalan Ventura y Zovatto (1991 p. 165) “[...] En materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de un norma jurídica. [...]”.

Un tercer cuestionamiento, nuevamente sobre la solicitud de lineamientos generales válidos, podría ser la siguiente, ¿estas hipótesis revelan urgencia pública y complejidad jurídica?, para el juez Jackman la respuesta fue negativa, y subrayó que las mismas son una invitación a desarrollar una “especulación puramente académica”. Al respecto, no me parece que el juez Jackman haya considerado que la problemática en sí no constituya urgencia pública que merezca ser tratada, sino más bien, que las premisas interpretativas por su carácter general puedan ser subsanadas por lineamientos generales válidos elaborados en una opinión de carácter consultivo. Esto sería como pasar de premisas basadas en hechos a los lineamientos generales, y no de normas a los lineamientos generales; haciendo nuevamente hincapié en las diferencias existentes entre competencia contenciosa y consultiva. En este sentido, para este juez no existe una complejidad jurídica, sino un problema surgido a partir de una serie de hechos, que son las expuestas como premisas interpretativas; es decir, lo que menciona la CIDH en su pedido de consulta son una serie de enunciados normativos interpretados (ENI) sobre los cuales se solicita una interpretación, que sería algo así como una interpretación de segunda orden. Esta situación colocaría a la Corte IDH como un tribunal de alzada, lo que no cabría dentro su función consultiva, dejándola más próxima a su competencia contenciosa.

Para la CIDH, estas premisas interpretativas serían lo que Perelman y Olbretchts-Tyteca (1989) llaman de *premisas relativas a lo real*. De acuerdo con estos autores, el análisis de los argumentos comienza con los *puntos de partida de los razonamientos*, a partir de los cuales se van construyendo la estrategia de argumentación. Así, el proceso argumentativo empieza con la elección de las premisas que sustentarán el discurso y la formulación de las mismas, pudiendo ser las mismas “relativas a lo real” o “relativas a lo preferible”.

La concepción que se tiene de lo real, dentro de unos límites amplios, puede variar según las corrientes filosóficas que se profesen. Sin embargo, todo lo que se estima que, en la argumentación, se refiere a lo real, se caracteriza por una búsqueda de la validez con miras al auditorio universal. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 120).

Dentro de esta clasificación de premisas, se encuentra los *hechos*, que se caracterizan por la idea de poseer cierto género de acuerdos respecto a ciertos datos que aluden a una realidad objetiva, siendo común a varios seres pensantes y que podría ser común a todos⁴¹. Es decir, es un tipo de premisa sobre el cual existe un acuerdo de gran intensidad, cuya adhesión no requiere de justificación alguna. Sin embargo, es posible que sean cuestionados, tal como lo plantea la CIDH ante la Corte IDH, para que este último lo niegue y se establezcan nuevos hechos sobre la materia.

Pero entonces ningún enunciado tiene la seguridad de gozar definitivamente de este estatuto. Pues el acuerdo siempre es susceptible de ser cuestionado de nuevo, y una de las partes en el debate puede negarle la calidad de hecho a lo que afirma el adversario. Por tanto, un suceso pierde normalmente el estatuto de hecho en dos casos: cuando se plantean dudas en el seno del auditorio al que se le presentaba tal hecho y cuando se amplía dicho auditorio añadiéndole otros miembros, con reconocida aptitud para opinar sobre el hecho y que niegan que se trate de un hecho. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 122).

Ahora bien, el problema con el que se encuentra es la forma de presentación de esos hechos o “premisas interpretativas” ante este tribunal, que en uso de su función consultiva, sólo puede emitir opiniones sobre la interpretación de normas o tratados concernientes a la protección de los DDHH. De este modo, si existe una serie de ENI, por lo tanto también es posible obtener las premisas normativas que fueron interpretadas hasta llegar a dichos acuerdos. En el siguiente cuadro se puede observar las premisas que presenta la CIDH, junto con las normas contenidas en la CADH y la CDN que hacen referencia a las primeras.

⁴¹ Sobre el mismo, ver PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 122.

Cuadro 5 – Relación entre premisas de la CIDH y las normas de la CADH/CDN

ENI	Premisas normativas	
	CADH	CDN
Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.	Art. 25: Protección judicial	Art. 12: Opinión del Niño Art. 2: No discriminación
Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.		Art. 3: Interés Superior del Niño
Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.	Art. 8: Garantías judiciales	Art. 40: Administración de la justicia de menores
La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso.	Art. 7: Derechos a la libertad personal	Art. 37: Tortura y privación de libertad

Fuente: elaboración propia

Conforme el cuadro anterior es posible identificar las premisas normativas de la CADH que fueron utilizadas para construir los ENI, las cuales guardan relación con otros artículos de la CDN. En este sentido, la CIDH al incluir estas premisas pasó a ilustrar el funcionamiento de las instituciones de justicia de acuerdo a ENI, dejando en un segundo plano la interpretación de artículos normativos. Por consiguiente, considero que la presentación de ENI en el pedido de consulta, constituyó uno de los motivos más importantes para que el juez Jackman manifieste su oposición a la consulta.

2.3 Representación de las partes de la argumentación en la decisión final

Además de la representación en diagrama, otra manera de ilustrar los argumentos para luego realizar el análisis de las argumentaciones es identificando los elementos o las partes que conforman la misma. Esto, para determinar la importancia de la justificación de premisas que ocurre en el razonamiento judicial a través de la motivación de las decisiones que realizan los jueces.

Cuadro 6 – Representación de las partes de la argumentación en la decisión final

Elementos	Descripción
<i>Narración</i>	El 30 de marzo de 2001 la CIDH, en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la CADH, sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la misma.
<i>Problema</i>	Según la CIDH, existen ciertas “premisas interpretativas” que las autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de personas menores, las cuales tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de los NNA.
<i>Cuestiones y subcuestiones</i>	<p>1. ¿Cómo interpretar los artículos 8 y 25 de la CADH, para 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?</p> <p>1.1. A partir de la misma, se solicita la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la CADH.</p>

<i>Respuestas</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1) Los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección. 2) “Interés Superior del Niño” implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. 3) El principio de igualdad, no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños. 4) La familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo. 5) Debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. 6) Para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. 7) El respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas. 8) La verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. 9) 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. 10) Los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. 11) Los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar. 12) La conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. 13) Es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.
-------------------	---

Razones	<p><i>Ratione decidendi:</i></p> <p>A. Actuación judicial perfectamente motivada conforme a la ley: razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atendiendo al interés superior del niño y sujeto a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 113</i>)</p> <p><i>Obiter dicta:</i></p> <p>B. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 76</i>)</p> <p>C. La separación del niño de su familia debe ser excepcional y preferentemente temporal. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 77</i>)</p> <p>D. La presencia de circunstancias graves, tampoco excluye inmediatamente la autoridad de los padres ni los releva de las responsabilidades primordiales que naturalmente les corresponden y que sólo pueden verse modificadas o suspendidas, en su caso, como resultado de un procedimiento en el que se observen las reglas aplicables a la afectación de un derecho. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 114</i>)</p> <p>E. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 78</i>)</p> <p>F. La inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 86</i>)</p> <p>G. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 95</i>)</p> <p>H. El ejercicio de derechos procesales y sus correlativas garantías supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 98</i>)</p> <p>I. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años, por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 101</i>)</p> <p>J. Tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, se tomará en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos; así como también, se procurará en la medida</p>
---------	---

	<p>de lo posible el mayor acceso del mismo, al examen de su propio caso. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002, párr. 102)</p> <p>K. Las medidas adoptadas deben tener por objetivo reeducar y resocializar al menor, cuando ello sea pertinente; y que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002, párr. 103)</p> <p>L. Los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002, párr. 109)</p> <p>M. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos (situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad). (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002, párr. 110)</p> <p>N. Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo. (CORTE I.D.H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002, párr. 117)</p>
<i>Decisión</i>	La Corte IDH tiene competencia para emitir la presente OC y la solicitud de la CIDH es admisible.

Fuente: elaboración propia

La representación de las partes sirve para entender la fundamentación de la motivación y la relación entre cada uno de esos elementos. Esta comienza con la narración o el escenario que ha llevado al planteamiento del problema, en este caso, la solicitud de la CIDH ante la Corte IDH para que ésta en su función consultiva emita opiniones sobre la interpretación de artículos de la CADH referentes a medidas de protección aplicadas por los Estados americanos a NNA. Más allá de la cuestión de admisibilidad que fue previamente analizado, el problema planteado es de carácter interpretativo, es decir, “[...] hay acuerdo sobre cuál es la norma o la disposición aplicable, pero se discrepa en relación a cómo debe ser entendida [...]” (ATIENZA, 2013, p. 432). Siguiendo el esquema de representación, el problema se debe a la existencia de ciertas “premisas interpretativas” que las autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de personas menores, lo que produce un debilitamiento de las garantías judiciales de éstos. Estas premisas interpretativas, a pesar de haber generado incomodidades en el juez Jackman en cuanto a la forma, describen el funcionamiento de los tribunales de justicia en Latinoamérica según la CIDH, y representan los motivos que llevaron a la misma a solicitar esta opinión consultiva. Así, al igual que en el diagrama que fue

construido, la pregunta principal de esta consulta es ¿cómo interpretar los artículos 8 y 25 de la CADH, para 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? Sin duda, es un problema de interpretación complejo porque envuelve tres artículos de una Convención Internacional, y porque el alcance de las repuestas puede afectar a varios ordenamientos jurídicos nacionales. No obstante, la cuestión no se detiene ahí, a la pregunta sigue una “subcuestión”, la cual dista de ser una pregunta y se aproxima a un “pedido” propiamente dicho, que consiste en la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la CADH. Los tres primeros elementos (narración, problema, cuestiones) describen más bien a la presentación de la solicitud, es decir, la motivación para la consulta, presentada por la CIDH.

La respuesta a los problemas es lo que podría llamarse de ENI, que en este caso serían las interpretaciones sobre los artículos 8 y 25, y su posterior correlación con el artículo 19 de la CADH; además de la elaboración de criterios generales válidos para la aplicación de medidas especiales. Ante un problema de interpretación, la respuesta que se espera podría ser del tipo: “el artículo 8 debe interpretarse en el sentido Y”, “el artículo 25 debe ser entendido en el sentido Z”, o “los artículos 8 y 25 deben ser entendidos en el sentido YZ y no en el sentido ZY”; y por lo tanto “las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 constituyen YZ y no significan ZY”. Sin embargo, la Corte IDH se limitó a realizar esas precisiones y elaboró una serie de respuestas que parecen más bien responder a la subcuestión planteada. Las respuestas dadas por el tribunal pueden ser clasificadas en cuatro grupos, que se fundan en sus respectivas razones:

Cuadro 7 – Relación entre respuestas y razones de la decisión final

Elemento/Descripción	
<i>Respuestas</i>	<i>Razones</i>
Condición Jurídica (1 - 3)	I, J, H
Familia (4 y 5)	B, C, D
Protección integral (6 - 8)	E, F, G
Medidas de protección (9 - 13)	A, E, G, K, L, M, N

Fuente: elaboración propia

En cuanto a la condición jurídica, las respuestas se refieren a la definición de niño, el principio de igualdad de derechos y el interés superior del niño como principio rector. Se reconoce la titularidad de derechos de los NNA y el ejercicio pleno de los mismos sustentados

en el principio de igualdad. Pero para que esta sea posible, la Corte IDH entiende que es necesario reforzar este principio a través de reglas y medidas que permitan lograr esa igualdad, debido a la condición especial en que se encuentran los nuevos sujetos de derechos.

Para la Corte IDH, la familia continua siendo una institución indispensable para el desarrollo del niño, a quien además de confiar la educación y protección del mismo, también considera el ámbito natural para empezar a ejercitar los derechos. Esta función debe ser apoyada por el Estado, quien se constituye en garante de protección, lo que implica asegurar la protección a los NNA y el mantenimiento del vínculo familiar. Así, en caso de producirse el quiebre de ese vínculo, la misma tendrá carácter excepcional y fundado en razones de interés superior.

De la posible ruptura planteada, se pasa a la protección integral, en este caso sobre las condiciones y los cuidados que el Estado debe prestar para la atención especial que merecen los NNA. Esta, no restringe la obligación del Estado apenas a las medidas de protección en caso de privación de libertad, sino que amplía el ámbito de protección incluyendo la aplicación de medidas necesarias para el desarrollo de una vida digna. Esta protección se funda en el disfrute pleno todos los derechos (económicos, sociales y culturales). En cuanto a las medidas, la Corte IDH señala un tipo de medidas a las que denomina “positivas de protección”, las cuales deben ser aplicadas en las relaciones entre: NNA con las autoridades públicas, NNA con entes no estatales, e inclusive en relaciones inter-individuales.

El último grupo de respuestas se centra principalmente en las medidas de protección a ser aplicadas a NNA en situación irregular. En cuanto al procedimiento judicial o administrativo, señala la necesaria especialidad de la jurisdicción respetando los principios y las reglas del debido proceso. Sobre la intervención del Estado en dichos procesos, ésta debe estar fundada en la ley penal y reflejar la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que puedan adoptar. Por último, se apela a medidas alternativas de solución de controversias que deben ser regulados con especial cuidado.

El siguiente elemento son las razones, que constituyen los motivos en los cuales se fundan las repuestas. Así, pueden ser distinguidas entre las *rationes decidendi* y los *obiter dicta*, o sea, “[...] entre las razones que el juez o el tribunal consideraron esenciales para conformar las premisas (normativas y/o fácticas) de la justificación interna; y otra serie de razones, de argumentos, que aparecen en la motivación, pero que no jugaron ese papel [...]” (ATIENZA, 2013, p. 431). Para identificar estas razones se tiene en cuenta, principalmente, los elementos

citados con anterioridad, o sea, el problema, las cuestiones y las respuestas; para establecer cierta unidad entre los mismos y determinar la *línea argumentativa*⁴².

Si en sus respuestas la Corte IDH no se manifiesta expresamente sobre la pregunta principal de la consulta, sino que prefiere abordar la problemática a partir de la subcuestión, no parece extraño inferir que las razones continúen esa misma línea. La primera parte de la motivación aborda temas como: definición del niño⁴³, igualdad⁴⁴, interés superior del niño⁴⁵, y deberes de la familia, sociedad y el Estado⁴⁶; reafirmando varios instrumentos internacionales de protección para la infancia y la adolescencia. Los artículos contenidos en dichos instrumentos son las razones en las que se basan las primeras seis respuestas de la Corte IDH, de las cuales, las tres primeras no son objeto de la consulta y tampoco avanzan hacia nuevas conclusiones, sino que se limitan a la citación textual de normas.

Aunque la confirmación de los instrumentos de protección es una constante, entre las razones *obiter dicta* se puede distinguir aquellas que hacen alusión a la familia y que de alguna manera limitan la intervención del Estado. Tal es el caso de la carencia de recursos materiales, que no debe constituir fundamento único para la separación del niño de su familia⁴⁷, sino que debe tener un carácter excepcional y preferentemente temporal⁴⁸. Complementan estas razones la necesaria capacitación de los operadores de justicia para asegurar la protección de los NNA ante las autoridades estatales⁴⁹.

En este grupo de razones es posible también diferenciar aquellas referentes a la condición jurídica de los NNA, garantías judiciales en procedimientos judiciales o administrativos y medidas de protección:

⁴² Según Atienza (2013, p. 425) “[...] una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla [...]”.

⁴³ CADH: Art. 19; CDN: Art. 1; Reglas de Beijing: Regla 2.2a.

⁴⁴ CADH: Art. 1.1 y 24; Observación General 17 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 24.

⁴⁵ CDN: Principio 2; CDN: Art. 3.

⁴⁶ Protocolo de San Salvador: Art. 16 del; CDN: Art. 3 y 4; Declaración Universal de DDHH: Art. 16.3 de la; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 23.1; CADH: Art. 17.1 y 11.2; Directriz de Riad No. 13 y 14; Declaración Universal de DDHH: Art. 12.1.

⁴⁷ CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr.76.

⁴⁸ CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr.77.

⁴⁹ CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr.78.

Cuadro 8 – Clasificación de las razones en la decisión final

Condición jurídica:	Garantías judiciales:	Medidas de protección⁵⁰:
Protección fundada en la inmadurez y la vulnerabilidad.	Igualdad de reconocimiento para todas las personas (niños y adultos).	Basadas en la condición jurídica de los NNA.
Participación “relativa o condicionada” ⁵¹ dentro del proceso judicial y/o administrativo.	Alcance en procesos judiciales y administrativos.	Ajustadas a la ley.
	Respeto a las reglas del debido proceso.	Tiene como objetivo reeducar y resocializar al menor.
		Las medidas privativas de libertad son excepcionales
		Están sujeto a órganos jurisdiccionales específicos; concepto de delincuencia juvenil

Fuente: elaboración propia

En cuanto a la *ratio decidendi* contenida en la decisión, la misma no es señalada de manera explícita en la misma, esto, debido a que las respuestas dadas no corresponden directamente a la pregunta principal planteada por la CIDH, es decir, ¿cuál es el alcance de las normas solicitadas a interpretar? Sin embargo, a partir de las razones *obiter dicta* presentadas por la Corte IDH, basada principalmente en antecedentes o generalidades, es posible intentar identificar las premisas esenciales que constituyen antecedentes y se refiere a una especificidad.

2.4 Clasificación de los elementos presentados en los votos

Cuadro 9 - Representación del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez

Elementos	Descripción
<i>Respuestas</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Delimitación material del poder del Estado en relación a los NNA. 2. Denominación del sujeto de derechos: “niño” y “menor”. 3. La edad y la imputabilidad penal. 4. Las reformas legales implementadas para la infancia y la adolescencia. 5. Inexistente contraposición entre el sistema tutelar y el sistema de protección integral. 6. EL Estado tiene deberes de protección inmediata.
<i>Razones</i>	<i>Ratione decidendi:</i>

⁵⁰ Medidas de protección que sólo hacen referencia a NNA en procesos judiciales o administrativos sin incluir a NNA en estado de desprotección.

⁵¹ La expresión utilizada por la Corte IDH es “matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos”

	<p>A. Las medidas especiales son acciones emergentes: Están previstas en la ley, fundadas en la razón y la justicia, de los cuales el Estado no puede eximirse, debido a su función de “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 32)</p> <p><i>Obiter dicta:</i></p> <p>B. Principio de legalidad material: En una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites de cada hipótesis, conforme a su naturaleza, y establecer en consecuencia la regulación que corresponda. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 2)</p> <p>C. El idioma es un sistema de claves: El concepto “niño” coincide con el de “menor de edad” cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 4)</p> <p>D. Delimitación de jurisdicciones en base a una ficción jurídica: que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y desarrollo de los NNA. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr.11)</p> <p>E. Impugnación de la idea tutelar: La extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado, acompañado de las lesiones y abusos cometidos históricamente bajo esta concepción. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr.17)</p> <p>F. La creciente oleada de delincuencia infantil o juvenil en Latinoamérica: lo que provocaron reclamaciones crecientes y explicables de la opinión pública, desencadenando cambios legales e institucionales. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 20)</p> <p>G. Reformas basadas en un sistema garantista: la responsabilidad penal de los adolescentes desarrollados en Latinoamérica tiene como antecedente al caso “Gault” de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1967. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 19)</p> <p>H. Corriente de síntesis dialéctica: a partir de lo sustantivo de cada doctrina, es decir, su íntima razón de ser, se devolvería a la palabra “tutela” su sentido genuino. Así, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr., 24)</p> <p>I. La especialidad: constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe -una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el Derecho- y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr., 27)</p>
<i>Solución</i>	Voto a favor de la adopción, por la Corte IDH, de la presente Opinión Consultiva N° 17 sobre la <i>Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño</i>

Fuente: elaboración propia

Cuadro 10 - Representación del voto concurrente del juez Antônio Cançado Trindade

Elementos	Descripción
<i>Respuestas</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano. 2. La personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional. 3. El advenimiento del niño como sujeto de derechos en el plano internacional. 4. El derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano. 5. Implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional. 6. Los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección <i>erga omnes</i>.
<i>Razones</i>	<p><i>Ratione decidendi:</i></p> <p>A. La personalidad jurídica como límite al poder estatal: así, aunque la capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos, todos los individuos son dotados de personalidad jurídica, atributo universal de la persona humana, independientemente de su condición existencial o jurídica. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 34)</p> <p><i>Obiter dicta:</i></p> <p>B. La consolidación del <i>corpus juris</i> del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: para la protección del ser humano y establecer la responsabilidad del Estado por los actos contra estos. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 18)</p> <p>C. Valores comunes superiores: que brindan un contenido ético a las normas pueden guiar esa necesidad de comunidad internacional como consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 21 y 23)</p> <p>D. Principio de Interés Superior del Niño: que brinda autonomía a la condición jurídica de los NNA a través de la CDN, instrumento que no se limita a crear obligaciones estatales. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 38 y 39)</p> <p>E. Necesidad de ampliar la protección de derechos ante el Estado: ejercitando el derecho individual de las personas o de organizaciones político-social en defensa del ser humano. Así, la personalidad jurídica del individuo fue ampliada y no estaba meramente condicionada al derecho emanado del poder público estatal (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 49 y 50)</p> <p>F. Derecho del niño a crear y desarrollar su propio <i>proyecto de vida</i>. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 52)</p> <p>G. Enfoque garantista de derechos orientado hacia el desarrollo de la responsabilidad del niño: ante casos de comisión de delitos. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 54)</p>

	<p>H. Adopción de medidas positivas de protección: que aseguren la protección de los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales. (CORTE, I. D. H. <i>Opinión Consultiva OC-17</i>, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 58)</p>
<i>Solución</i>	Voto a favor de la adopción, por la Corte IDH, de la presente Opinión Consultiva N° 17 sobre la <i>Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño</i> .

Fuente: elaboración propia

2.4.1 Las respuestas del juez Sergio García Ramírez

La primera opinión que acompaña a la decisión final es la del juez Sergio García Ramírez, quien se manifiesta a favor de la admisibilidad de la opinión consultiva exponiendo su descripción de motivos. Los tres primeros elementos (narración, problema, cuestiones y subcuestiones) son los mismos que fueron identificados en la representación de la decisión final, sin embargo cada uno de los tres jueces ha caracterizado su voto a partir de respuestas y razones propias. En este caso, las respuestas dadas se refieren a: 1) delimitación material del poder del Estado en relación a los NNA; 2) denominación del sujeto de derechos: “niño” y “menor”; 3) la edad y la imputabilidad penal; 4) las reformas legales asociadas a la inseguridad y la delincuencia; 5) inexistente contraposición entre el sistema tutelar y el sistema de protección integral; y 6) deberes de protección inmediata del Estado.

En el punto 1, el juez García Ramírez hace una distinción importante entre dos situaciones que se dan ante el problema de límites para la intervención del Estado: la primera es ante la realización de una conducta penalmente típica, y la segunda, cuando no se produce una conducta típica, sino que se requiere de la actuación del Estado en beneficio del niño (casos de violaciones de derecho que afectan a los NNA). Ambas son situaciones completamente diferentes, por lo tanto el abordaje de la problemática y las medidas especiales de protección deben ser diferentes. No obstante, esta diferenciación es poco clara en el pedido de la CIDH y según señala Beloff (2008)⁵² la misma es “confusa e incorrectamente planteada”. Si se revisa nuevamente el segundo y tercer elemento de la representación, se puede observar que en las mismas no se hace alusión a los dos tipos de casos que señala el juez García Ramírez, sino solamente a una de ellas, aquella que se produce a partir de la realización de una conducta típica.

⁵² “[...] la formulación de la Comisión refleja el mismo problema que trata de describir: confunde los aspectos vinculados con la imputación de un delito a un niño, con los problemas vinculados con su protección. [...]” (BELOFF, 2009, p. 90)

Esto se hace evidente en las denominadas “premisas interpretativas” que construye la CIDH, que como fue analizado anteriormente, hizo que el juez Jackman mostrara su oposición a la consulta. Así, dentro de las controversiales cuatro premisas no hay referencia a esta diferenciación de casos, y todas se refieren a NNA en situación de conflicto con la ley. Se puede decir entonces que, ¿el juez García Ramírez intentó subsanar este defecto en la pregunta presentada por la CIDH haciendo esta diferenciación?, si la respuesta es afirmativa, la contribución de la Corte IDH a esta consulta podría ser muy favorable.

En el punto 2 este juez realiza una apreciación de carácter conceptual, entre los términos “niño” y “menor”, para justificar el uso indistinto de ambas palabras tanto en su voto como en la misma decisión final.

La palabra “menor”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno -- o amplio-- ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades; regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o antes inclusive), y la capacidad de ejercicio de ellos (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra “niño” ha poseído, en principio, un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 03)

Según este juez, el idioma es un sistema de claves, motivo por el cual es necesario establecer el alcance de las palabras. Así, esta preocupación en conciliar ambos términos se debe al carácter “descalificador, prejuicioso y peyorativo” que ha adquirido la palabra “menor”, pero que según él coincide con la palabra “niño” cuando ambas se juridizan. Evidentemente las definiciones traídas por este juez corresponden a un sentido estrictamente técnico-jurídico, que no hacen referencia a un contexto histórico-social, a pesar de que el Derecho se encuentra también anclado en este último contexto. Sin embargo, esta elección estrictamente técnica de ambas definiciones es según el mismo, para evitar un debate que aporta más sombras que luces. Pero, ¿cuál es el debate que quiere ser evitado?, y ¿por qué rescatar el término “menor” si la misma contiene una carga de significado negativa?

Esta precisión conceptual, conecta con en el punto 3 que se refiere a la edad y la imputabilidad penal de los NNA. En este sentido, la protección de los mismos, no se encuentra limitada apenas a las establecidas en su propio estatuto por motivo de la edad, sino que existen

principios y reglas aplicables tanto a NNA como a adultos que son propias de la condición humana (DDHH, garantías judiciales). Sobre la minoría de la edad penal y la inimputabilidad de los menores de edad, señala:

La atribución de imputabilidad o inimputabilidad *ope legis* a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica -la única que existe- en el caso de cada uno de ellos. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 11)

A través de un recorrido histórico, explica cómo el “sistema tutelar” fue convirtiéndose en una jurisdicción “paternal” fundada en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad o la tutela, y asumió las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen⁵³. Así, entiende que, “[...] el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor “sui generis”, para excluirlo del mundo de los delincuentes ordinarios [...]”. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 16).

De esta manera, aunque la idea tutelar que considera progresista para su época, debido a que consiguió separar el régimen de justicia para personas menores edad del régimen de justicia para personas adultas⁵⁴, en la práctica ocasionó serios problemas que dieron lugar a su reprobación. Según el mismo, fueron estos problemas, entendidas como “violaciones de derecho”, llevados a cabo bajo el denominado sistema tutelar y la influencia de jurisprudencia estadounidense de la década del setenta, las que propiciaron el reclamo de un nuevo sistema legal de carácter más “garantista”, entendida como legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable. Lo manifiesta de la siguiente manera:

Estos y otros problemas acarrearón, como señalé, una fuerte reacción que reclamó el retorno -o la evolución, si se prefiere decirlo de esta manera- a los métodos legales diferentes, que entrañan una suma relevante de garantías: ante todo, legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 19)

⁵³ CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 13.

⁵⁴ Para Beloff (2008, p. 148) en cambio, “[...] las jurisdicciones especiales para menores, de características paternalistas o tutelares, se justificaban como suplentes padres inidóneos, principalmente en aquellos casos relacionados con niños “en problemas”, no con niños “problemático como pueden considerarse dentro de esa lógica los menores edad imputados de la comisión de delitos [...]”.

En este sentido, llama de “garantista” a los nuevos sistemas surgidos en Latinoamérica posteriores al sistema tutelar. En cuanto al “retorno” de métodos legales diferentes, entiendo que hace alusión al sistema anterior al tutelar, es decir, cuando no se diferenciaba a los niños de los adultos dentro del sistema penal. Esto quiere decir que ¿el sistema anterior al tutelar y el nuevo sistema son “garantistas”? ¿El sistema tutelar no es “garantista”?

Conectando con el tema anterior, en el siguiente punto, el juez responde sobre el motivo de esas reformas orientadas hacia un nuevo sistema; reformas legales asociadas a la inseguridad y la delincuencia. Según el mismo, fue la “oleada” de delincuencia que provocó “reclamaciones crecientes y explicables” de la opinión pública generando cambios legales e institucionales. Entre los mencionados cambios destaca principalmente la reducción de la edad de acceso al sistema de justicia penal.

En la realidad, ha ocurrido que las crecientes oleadas de delincuencia -y dentro de éstas la delincuencia infantil o juvenil en “sociedades juveniles”, como son las de Latinoamérica-, que provocan reclamaciones también crecientes y explicables de la opinión pública, han desencadenado cambios legales e institucionales que parecen caracterizar una de las posiciones más importantes y significativas de la sociedad y del Estado en la hora actual. Entre esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales: a él ingresan, con cada cambio reducción de la edad, millones de personas, que eran niños o menores en la víspera y devienen adultos por acuerdo del legislador. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del Juez Sergio García Ramírez, párr. 20)

Sin embargo, esta parece ser una versión diferente, quizás con cierta carga negativa del proceso de transición hacia el nuevo paradigma, ya que según la doctrina especializada, los cambios en las legislaciones para la infancia y la adolescencia en Latinoamérica se inician con el advenimiento de la CDN y no por la delincuencia infantil como expresa el juez García Ramírez. Consecuentemente, según la doctrina, las reformas introducidas a partir de la CDN generaron cambios profundos en la concepción de la infancia, que nada tienen que ver con la reducción de la edad de imputabilidad por motivos del alto nivel de delincuencia. Al contrario, la CDN vino a establecer una definición de niño donde plantea una edad de dieciocho años como frontera entre el sistema de justicia para la infancia y el sistema de justicia para adultos.

La vigencia de la Convención ha comenzado a alterar sensiblemente el panorama legislativo latinoamericano, dando origen a las llamadas leyes de segunda generación por estar claramente inspiradas en la doctrina de la protección integral. El movimiento de reformas legislativas post-Convención ha dado lugar a un proceso rico, heterogéneo y muchas veces altamente

contradictorio. Esto, porque la Convención no sólo representa un desafío en términos de contenidos de la ley, sino que además sugiere formas nuevas de producción legislativa. (GARCÍA MÉNDEZ, 2004, p. 14.)

Es indudable que en prácticamente todos los países latinoamericanos se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad en los últimos quince años, como consecuencia del impacto de la incorporación de la CDN al derecho interno. Esta transformación suele resumirse en el paso de una concepción de los "menores" -una parte del universo de la infancia- como objetos de tutela y protección segregativa, a la consideración de niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho. (BELOFF, 2009, p. 4)

Después de haber respondido sobre la edad de imputabilidad y los motivos que originaron las nuevas reformas para la infancia, en el punto 5, el juez García Ramírez hace nuevamente hincapié en el sistema tutelar. De hecho, el mismo parece haber entrado en las dos respuestas anteriores para finalmente llegar a esta y sostener que: no existe una contraposición entre el sistema tutelar y el sistema de protección integral. Al respecto:

Ha surgido una gran polarización entre estas dos corrientes, cuyo encuentro - o desencuentro- apareja una suerte de dilema fundamental, que puede generar, en ocasiones, ciertos “fundamentalismos” con sus estilos peculiares. Ese dilema se plantea en términos muy sencillos: o sistema tutelar o sistema garantista. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del Juez Sergio García Ramírez, párr. 21)

De este modo, al decir de este juez, la contraposición entre ambas escuelas no sólo es innecesaria e irrelevante, sino también es intransigente porque promueve el acatamiento de una línea de pensamiento. Así, la orientación tutelar pretende brindar al “menor de edad” un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere, mientras que, la orientación garantista se preocupa con el reconocimiento de los derechos del “menor” y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías⁵⁵. En resumen, lo el juez García Ramírez sostiene es que estamos ante corrientes polarizadas que en raíz no se contraponen, lo que cabría suponer que la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral son esencialmente iguales y persiguen los mismos objetivos.

Posteriormente, plantea “una corriente de síntesis” para abandonar el falso dilema existente entre las escuelas, pero sin antes reconsiderar algunas de sus concepciones sobre la materia, las cuales sostuvo y que según él merecen nuevos planteamientos.

⁵⁵ CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 22.

Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas -acertando y errando, y queriendo ahora superar los desaciertos o mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento-, hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones. Las contradicciones reales --y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos-- se deben expresar en otros términos. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 24)

Aunque no menciona cuáles son los conceptos replanteados por el mismo, elabora su síntesis a partir de lo que considera sustantivo de cada doctrina, o sea la razón de ser cada una. Esta síntesis superadora tendría dos partes⁵⁶, la primera, consiste en mantener el propósito tutelar del niño, es decir, otorgar el título de personas a los NNA con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Y la segunda, adoptar las exigencias básicas del “garantismo”: derechos y garantías del menor.

En su última respuesta, comienza abordando sobre los procesos en que intervienen los NNA en forma principal y que requiere de defensa “material” (asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera). Luego señala sobre las características que presenta la participación de NNA (especialmente en la temprana edad) dentro del proceso judicial, y las situaciones en que existe conflicto de intereses entre los mismos y quienes ejercen patria potestad o tutela. A partir de estos supuestos, conecta con el punto 6, sobre los deberes de protección inmediata del Estado en el proceso judicial, de los cuales éste último no puede dispensarse. Señala así:

El Estado tiene deberes de protección inmediata -previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia- de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos -la familia, por ejemplo- no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 32)

En el ejemplo citado, entiendo que la intervención se debe producir cuando la familia no se encuentra en condiciones de asegurar la protección del niño o la misma constituya factor de riesgo y/o peligro. Sin embargo, no se indica taxativamente cuáles son esos supuestos de

⁵⁶ CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 25.

intervención inmediata “sin autorización judicial” ni la función que el Estado debe cumplir ante dichas situaciones. Tal vez los casos citados en el párrafo 31, podrían constituir esos supuestos: niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte. Esto significaría que ¿no es necesario un procedimiento judicial en caso de un niño abandonado, en peligro de lesión o muerte?

El grave peligro en el que se encuentra una persona -y no solamente, como es obvio, un menor de edad- exige salir al paso del riesgo en forma pronta y expedita. Sería absurdo pretender que se apague un incendio sólo cuando exista orden judicial que autorice a intervenir en la propiedad privada sobre la que aquél ocurre, o que se proteja a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte, sólo previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del Juez Sergio García Ramírez, párr. 31)

Finalmente compara las medidas especiales de protección aplicadas a NNA con las medidas cautelares o precautorias:

Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo, ni difiere o suprime el juicio -o el procedimiento- correspondiente. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del Juez Sergio García Ramírez, párr. 32)

2.4.2 Las respuestas del juez Antônio Cançado Trindade

La segunda opinión que también se muestra a favor de la admisibilidad de la consulta es la del juez Antônio Cançado Trindade, cuyas respuestas hacen referencia a: 1) la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano; 2) la personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional; 3) el niño como sujeto de derechos en el plano internacional 4) el derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano; 5) la personalidad jurídica del niño en el plano internacional; y 6) Los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección *erga omnes*.

Comienza en el punto 1, con un abordaje histórico del Derecho Internacional sobre la condición jurídica del ser humano y de cómo el positivismo jurídico personificó al Estado hasta dotarlo de voluntad propia, reduciendo al mismo tiempo los derechos de la persona humana. A

pesar de eso, sostiene que fue el reconocimiento de la personalidad jurídica, devenido del iusnaturalismo el que otorgó derechos humanos a todos los individuos sin distinción alguna.

De ahí la importancia que asume, en ese nuevo derecho de protección, la personalidad jurídica del individuo, como sujeto del derecho tanto interno como internacional. 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). (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 18)

En el punto 2, explica que dicho reconocimiento corresponde a una necesidad para evitar violaciones de DDHH por parte de los Estados y para que los mismos respondan por la manera en la que tratan a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Pero para que cumplimiento sea posible, considera al derecho de petición individual como “un instrumento que abriga la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional”. Al respecto:

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. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 25)

En la siguiente respuesta (punto 3) se refiere al advenimiento del niño como sujeto de derecho, cuyos derechos se desprendieron de la *patria potestas* y de la concepción de indisolubilidad del matrimonio. Cierra esta idea sosteniendo que el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el “interés superior del niño”, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia⁵⁷. O sea, ¿El interés superior del niño está relacionada con el fundamento de la autoridad parental?

En este mismo punto retoma la discusión sobre las doctrinas de protección, que ya había sido analizado por el juez García Ramírez (entendiendo que se refiere a ese debate de escuelas). Según el mismo, existe una corriente doctrinal que insiste en que la CDN se limita a crear obligaciones estatales, debido a que es inconvincente y jurídicamente infundada⁵⁸. O sea que,

⁵⁷ CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 38.

⁵⁸ CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 39.

¿la CDN es una declaración derechos que no establece obligaciones para los Estados?, ¿cómo garantizar la protección y el desarrollo para la infancia sin establecer obligaciones estatales?, ¿qué hay sobre el Comité de Derechos del Niño?⁵⁹ Sobre eso, este juez señala:

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*. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 40)

En su respuesta 4 desarrolla de manera amplia la concepción histórica de derecho subjetivo asociada a los DDHH y la personalidad jurídica. Según el mismo, esta conjunción de conceptos se ve reflejada en la Declaración Universal de 1948, dando lugar a una personalidad jurídica internacional del ser humano que establece un límite al arbitrio del poder estatal. Esta respuesta es complementada en el punto 5, reduciendo el alcance de la anterior concepción a los NNA, quienes también se encuentran incluidos en esta categoría de personas, y es reiteradamente afirmada en la OC-17.

Asimismo ve completada esta transición de la condición jurídica de los NNA, que ahora son titulares de derechos consagrados en el derecho internacional de los DDHH, como un verdadero cambio de paradigmas. A su parecer, esta situación es plenamente reflejada en las manifestaciones de los Estados, las instituciones de protección de DDHH, los organismos internacionales especializados y los organismos no-gubernamentales, en los alegatos orales ante la Corte IDH durante la audiencia pública del 21 de junio de 2002. Y al decir del mismo, todas ellas representan, al fin y al cabo, la *opinio juris communis* en nuestros días sobre la materia.

A renglón seguido el juez Cançado Trindade hace una muy interesante vinculación entre: educación y desarrollo de la responsabilidad como sujeto de derecho. De esta combinación resulta la idea de emancipación humana, como una forma imprescindible para la

⁵⁹ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". Disponible en <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>>

salvaguarda de los derechos inherentes a toda persona que puede ser alcanzada a través de la adquisición de conocimientos.

Pero no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general⁶⁰, y de la educación en derechos humanos en particular, debidamente reconocida en la presente Opinión Consultiva (párr. 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*. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 52)

Otra importante precisión que realiza es acerca del *corpus juris* de los derechos humanos del niño y la capacidad jurídica para actuar de los NNA:

El hecho de que los niños no disfrutaban de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v.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 humanos. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 53)

Es decir, no sólo reafirma la condición jurídica de sujeto de derechos, sino que también entiende que los NNA son sujetos con responsabilidad, y que en caso de comisión de delitos, los mismos no son privados de su personalidad jurídica. Esto incluso, a pesar de las limitaciones de capacidad jurídica del niño para ejercer por sí mismo sus derechos, en que se le reconoce un representante legal. Sobre esas limitaciones y la personalidad jurídica internacional del niño, señala ejemplos de la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos en cuanto a casos concretos en que niños han efectivamente hecho uso del derecho de petición individual internacional bajo la Convención⁶¹.

⁶⁰. 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).

⁶¹ En el caso *X y Y versus Holanda* (1985) ante la Corte Europea de Derechos Humanos fueron una niña (de 16 años de edad) y su padre. Más recientemente, en los casos *Tanrikulu versus Turquía* (1999), *Akdeniz y Otros versus Turquía* (2001), y *Oneriyildiz versus Turquía* (2002), adultos y niños figuraron como peticionarios conjuntamente, en denuncias de violaciones del derecho a la vida. En el caso *A versus Reino Unido* (1998), actuó como peticionario un niño de 9 años de edad. (CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 56)

En la respuesta 5 sobre la obligación de protección *erga omnes*, señala que el deterioro de las políticas sociales básicas ha agravado los problemas económico-sociales que afectan a los NNA, creando serias dificultades para la protección integral. Para contrarrestar esta situación, entiende que, se deben perseverar los esfuerzos en pro de la prevalencia del principio general del interés superior del niño. Cierra esta parte de su respuesta apelando a los Estados para la aplicación de medidas positivas de protección *erga omnes*, aunque no menciona cuáles podrían ser esas⁶².

2.4.3 Las razones de los votos

A partir de las respuestas es posible identificar las razones utilizadas por los jueces para elaborar sus opiniones ante la consulta planteada. Siguiendo el análisis de las partes en la motivación de una sentencia, Atienza considera importante distinguir entre las *rationes decidendi* (RD), y los *obiter dicta* (OD). Esto permitirá entender cómo se sustentan las respuestas, como así también, diferenciar las razones fundamentales, de aquellas razones complementarias que actúan de forma auxiliar.

Cuadro 11 – Relación entre respuestas y razones (RD y OD) en el voto del juez Sergio García Ramírez

Elemento / Descripción	
<i>Respuestas</i>	<i>Razones (Juez Sergio García Ramírez)</i>
1. Delimitación material del poder del Estado en relación a los NNA.	B. Principio de legalidad material (OD)
2. Denominación del sujeto de derechos: “niño” y “menor”.	C. El idioma es un sistema de claves (OD)
3. La edad y la imputabilidad penal.	D. Delimitación de jurisdicciones en base a una ficción jurídica (OD)
4. Las reformas legales implementadas para la infancia y la adolescencia.	E. Impugnación de la idea tutelar (OD) F. La creciente oleada de delincuencia infantil o juvenil en Latinoamérica (OD) G. Reformas basadas en un sistema garantista (OD)
5. Inexistente contraposición entre el sistema tutelar y el sistema de protección integral.	H. Corriente de síntesis dialéctica (OD)
6. El Estado tiene deberes de protección inmediata.	A. Las medidas especiales son acciones emergentes, previstas en la ley, fundadas en la razón y la justicia, de los cuales el Estado no puede eximirse, debido a su función de “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos (RD)

⁶² CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 64.

	I. La especialidad (OD)
--	-------------------------

Fuente: elaboración propia

Cuadro 12 – Relación entre respuestas y razones (RD y OD) en el voto del juez Antônio Cançado Trindade

Elemento / Descripción	
Respuestas	Razones (Juez Antônio Cançado Trindade)
1. La cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano.	B. La consolidación del <i>corpus juris</i> del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (OD)
2. La personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional.	A. La personalidad jurídica como límite al poder estatal (RD) C. Valores comunes superiores (OD)
3. El advenimiento del niño como sujeto de derechos en el plano internacional.	D. Principio de Interés Superior del Niño (OD)
4. El derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano.	E. Necesidad de ampliar la protección de derechos ante el Estado (OD)
5. Implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional.	F. Derecho del niño a crear y desarrollar su propio <i>proyecto de vida</i> (OD) G. Enfoque garantista de derechos orientado hacia el desarrollo de la responsabilidad del niño (OD)
6. Los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección <i>erga omnes</i> .	H. Adopción de medidas positivas de protección (OD)

Fuente: elaboración propia

Uno de los criterios utilizados para determinar las RD y la OD de la decisión dentro de los votos fue retomar el análisis de los elementos anteriores. Esto, porque lo que se pretende es encontrar cierta armonía o unidad entre cada una de las piezas, y no realizar una identificación y estudio separado de las mismas. No se puede reconocer las razones de una decisión sin conocer el motivo del litigio o las respuestas que fueron dadas. La cuestión suscitada es la siguiente:

Cuestión: ¿Cómo interpretar los artículos 8 y 25 de la CADH, para 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?

La pregunta planteada podría decirse que versa de dos fases, primero, la interpretación de dos normas de la CADH que se refieren a garantías judiciales y protección judicial. Segundo, conforme esa interpretación, la CIDH (quien realiza la pregunta) quiere saber cuáles son los límites que el Estado debe observar cuando aplica las medidas de protección señaladas en el artículo 19 del mismo cuerpo legal.

En este sentido, se tienen los siguientes elementos identificados en el voto del juez García Ramírez:

Respuesta: El Estado tiene deberes de protección inmediata.

RD: Las medidas especiales están previstas en la ley, fundadas en la razón y la justicia, de los cuales el Estado no puede eximirse, debido a su función de “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos.

En cuanto a los elementos identificados en el voto del juez Cançado Trindade:

Respuesta: La personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional.

RD: La personalidad jurídica como límite al poder estatal.

La RD del juez García Ramírez, que se encuentra en la respuesta seis, está orientada hacia el principio de legalidad, la celeridad en la aplicación de las medidas, y la justificación de la intervención estatal. Sin embargo, sobre la cuestión de límites del Estado en dicha intervención no se hace mención directa alguna. Complementa a la misma una serie de OD identificadas en las otras respuestas que no versan sobre la pregunta, donde se trae a colación fundamentos relacionados a otros temas.

Por otro lado, para el juez Cançado Trindade, la personalidad jurídica como límite al poder estatal, constituye su RD. Esta se complementa especialmente con tres OD: Principio de interés superior del niño, necesidad de ampliar la protección de derechos ante el Estado, y medidas positivas de protección. Sin embargo, todas las razones citadas, incluso la RD, no se operacionalizan con respecto a la cuestión, son más bien enunciados, principios e inquietudes que complementan al propio problema pero que no se terminan de desarrollar. Es decir, las razones expuestas parecen ser fundamento de la descripción del problema, y hasta diría que es posible elaborar nuevas preguntas a partir de esas razones.

Al respecto, una distinción común en materia de argumentación es aquella que se hace entre razonamientos teóricos, aquellos dirigidos al conocimiento; y razonamientos prácticos, aquellos dirigidos a la acción.

La diferencia estriba en que, en los argumentos teóricos, las premisas y la conclusión son enunciados descriptivos, mientras que en los prácticos, una de las premisas y la conclusión son normas, o bien, sin ser normas (como pasa con los deseos o los intereses) tienen una dimensión práctica, están de alguna manera volcados a la acción. (ATIENZA, 2013, p. 276)

Si bien el razonamiento jurídico corresponde a un tipo de razonamiento práctico, en la misma también puede ser hallada en fragmentos de razonamiento teórico pudiendo actuar este último como complemento del primero. Así también, siguiendo a Atienza (2013), el razonamiento práctico no es simplemente el razonamiento referido a la acción, sino a justificar las acciones. Esta justificación es clasificada en: instrumental o técnica, basada en deseos, intereses o preferencias; y estricta, que se basa en normas o valores como ocurre en el razonamiento judicial, dado que los jueces no pueden perseguir propósitos ajenos a las normas y a los valores de su sistema jurídico.

En este sentido, volviendo al voto de los jueces, es posible identificar razonamientos teóricos tales como, consideraciones sobre el sistema tutelar y el sistema de protección integral, o sobre lo que representa la consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los DDHH. De alguna manera, ejemplo como estos contextualizan y complementan el problema relacionado a las medidas de protección y pueden ayudar a reforzar la opinión de los jueces. Sin embargo, resulta un poco más difícil identificar los razonamientos prácticos, tal vez por su bajo nivel de acción u operacionalización o por el tipo de justificación utilizada.

En el caso del juez García Ramírez, sus razones prácticas tienen un mayor tipo de justificación estricta, especialmente en materia de derecho penal. Se tiene así, en sus respuestas 1 y 3, razones sustentadas en el principio de legalidad material y en la ficción jurídica utilizada para determinar la imputabilidad penal de NNA dentro de los respectivos ordenamientos. Mientras tanto, el juez Cançado Trindade apela en la mayoría de sus premisas a justificaciones de tipo instrumental o técnica. Por ejemplo, en las respuestas 4 y 6 sus razones se sustentan en la necesidad de ampliar la protección de derechos ante el Estado y la adopción de medidas positivas de protección. A pesar de que sus razones encuentran mayor justificación en un deseo o interés, las mismas hacen alusión para que las mismas se realicen dentro de un sistema legal.

Por otro lado, sobre la clasificación de razonamientos teóricos y prácticos, John Searle sostiene que, en cierto sentido todo razonamiento es práctico y que la razón teórica es un caso especial de la razón práctica. Y realiza la siguiente diferenciación:

La diferencia entre razón teórica y práctica está en la dirección de ajuste de la conclusión: mente-a-mundo en el caso en el que se extrae una conclusión a partir de evidencia o de premisas, y mundo-a-mente en el caso en que se forma una decisión y, por lo tanto, una intención sobre la base de determinadas consideraciones (SEARLE, 2000, p. 109).

En la OC-17, la Corte IDH fue llamada a tomar una decisión sobre las medidas de protección aplicadas por el Estado a los NNA, porque los límites existentes entre los derechos de éstos y las atribuciones estatales no presentaban suficiente claridad. Por lo tanto, son las razones prácticas, que surgen de consideraciones “mundo-mente”, las que servirán para modificar el mundo en el sentido del enunciado contenido en la decisión. En este sentido, aunque las razones teóricas sean un caso especial de razonamiento práctico, o que las mismas estén presentes en la decisión para complementar la misma, es a partir de razones prácticas que se puede dar respuestas a preguntas como la planteada en esta opinión consultiva.

Cuando decía que las razones expuestas por los jueces estaban más orientadas hacia la descripción y no hacia la acción, no me refería a una ausencia de razones prácticas en la motivación, sino a una debilidad de las mismas. Por ejemplo, el juez García Ramírez justifica la aplicación de medidas especiales de protección en base a “acciones emergentes” en base a la apariencia de necesidad imperiosa. ¿Qué se puede entender por acciones emergentes que afectan a NNA? ¿Cuáles son esos casos y cómo los órganos de justicia o el propio Estado deberían actuar? Por otro lado, el juez Cançado Trindade se manifiesta sobre la adopción de “medidas positivas de protección”, y surge nuevamente preguntas como ¿Cómo debe ser entendida las medidas positivas de protección? ¿En qué casos los órganos de justicia o el propio Estado deben aplicarlas?

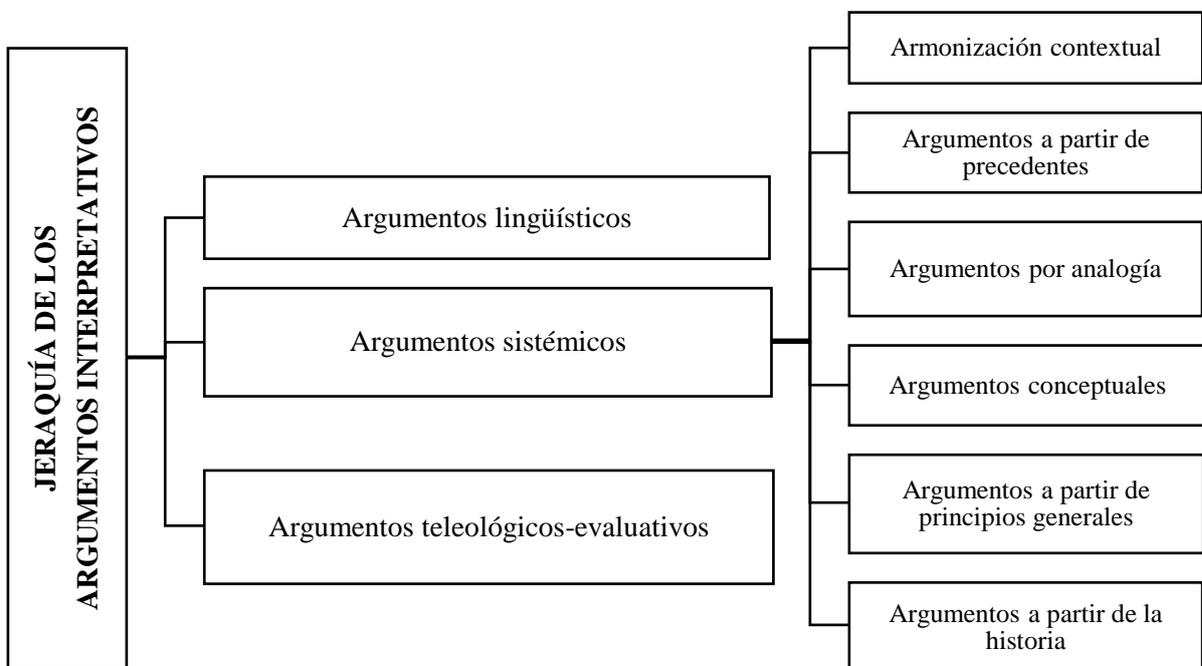
Si bien es cierto que no estamos ante un problema de hecho, por la naturaleza de la opinión consultiva y porque así lo ha entendido este tribunal, es la falta de precisión de determinados casos (casos que se han vuelto comunes) lo que ha generado este problema de límites. Y así lo ha señalado la CIDH en su serie de premisas, precisamente para que la Corte IDH marcara los límites de una manera más clara. Esta debilidad en la delimitación se observa en las consideraciones sobre las denominadas acciones emergentes, cuando se compara con las “medidas cautelares o precautorias” (entiendo que no se refiere a las mismas aplicadas para la jurisdicción de adultos) y la justifica bajo la apariencia de necesidad imperiosa por motivos de peligro inminente. Por consiguiente, la falta de especificidad de casos abre una brecha de interpretación que en vez de crear límites para el Estado amplía sus facultades y hasta pone riesgo la especialidad de la jurisdicción para NNA. Por otro lado, las denominadas medidas positivas de protección, que aunque se fundamenta en obligaciones de protección *erga omnes*, no están dirigida a la acción. La misma no especifica los casos en que deben ser aplicadas, o si

las mismas deberían ser entendidas algo así como un principio rector para todos los casos, lo que no acaba generando pretensiones en la cuestión de límites.

2.5 Clasificación de argumentos según las razones

Debido a que se está ante un caso de interpretación⁶³, para analizar las razones de las respuestas dadas, se utilizará el sistema de clasificación propuesto por MacCormick, de manera a determinar con mayor precisión hacia donde van orientados los argumentos presentados por los jueces en sus opiniones. De acuerdo con MacCormick (2008), existen tres categorías principales de argumentos interpretativos, que los jueces pueden emplear para la justificación de interpretaciones constituyendo las mismas razones para decidir. Las mismas pueden ser de carácter *lingüístico*, aquellas que recurren al propio contexto lingüístico como fuente de razones para preferir una interpretación de otra; *sistémicos*, aquellos que observan la comprensión del texto legal a partir de su contexto como parte de un sistema jurídico; *teleológico-evaluativo*, aquellos que observan los objetivos o finalidades del texto dotado de autoridad⁶⁴.

Figura 3 – Jerarquía de los argumentos interpretativos según MacCormick



Fuente: elaboración propia

⁶³ Según MacCormick (2008), en la tipología de casos difíciles se encuentran aquellas relativas a las premisas normativas, donde pueden existir problemas de interpretación, es decir, cómo esas premisas deben ser entendidas.

⁶⁴ MACCORMICK, 2008, p. 161-189.

De esta manera se tiene:

Cuadro 13 – Categoría de argumentos interpretativos en los votos de los jueces

Categoría de argumentos interpretativos	Razones (juez Sergio García Ramírez)	Razones (juez Antônio Cançado Trindade)
ARGUMENTO LINGÜÍSTICO	C	
ARGUMENTO SISTÉMICO		
• Armonización contextual	D;	B
• Argumento a partir de precedentes	G	
• Argumento por analogía		
• Argumento conceptual	A; H	
• Argumento a partir de principios generales	B	D
• Argumento a partir de la historia	E; F	
ARGUMENTOS TELEOLÓGICOS-EVALUATIVOS	I	A; C; F; G; E; H

Fuente: elaboración propia

En cuanto al argumento lingüístico utilizado por los jueces, ambos hacen hincapié en las voces: niño y menor, buscando encontrar una armonía entre ambas. Para el juez García Ramírez, “el idioma es un sistema de claves”, por ese motivo se hace necesario delimitar los alcances de términos en conflicto y así evitar confusiones. Sin embargo, aunque la definición de ambas palabras sea distinta, las mismas encuentran un punto de convergencia cuando se juridizan y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho. Afirma además que el uso dado a la palabra “menor” en sus opiniones está distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa.

Sobre la definición de la palabra “niño” o “derechos del niño”, el juez Cançado Trindade también realiza apreciaciones, y las distingue de las voces “infancia” y “niñez”. Acentúa la importancia de esta consideración sobre la individualidad o titularidad de derechos, la cual es propia de cada de ser humano y no de un grupo de personas sujetas a su condición existencial (la infancia o niñez, la vejez, la discapacidad, la apatridia, entre otros). Conforme a esto, irá reforzar sus argumentos sobre la idea de personalidad jurídica del ser humano.

Dentro de la categoría de argumentos sistémicos se hallan aquellos que tienden a la armonización jurídico-contextual, entendida como una interpretación completa de la ley o de un conjunto de leyes. Así, en la interpretación de la CADH, el juez García Ramírez reafirma la delimitación de jurisdicciones en base a una ficción jurídica (18 años de edad), en consonancia con las disposiciones establecidas en la CDN y las legislaciones regionales. De igual modo, el

juez Cançado Trindade también considera importante dicha armonización contextual, en su caso del *corpus juris* del Derecho Internacional de los DDHH, la cual considera relevante en la interpretación de la CADH o en cualquier otra situación que se vea afectado la condición jurídica de una persona.

Para explicar sobre las reformas legales implementadas para la infancia y la adolescencia en Latinoamérica, el juez García Ramírez utiliza argumentos a partir de precedentes para explicar cómo el denominado “sistema garantista” está basado en la jurisprudencia estadounidense, particularmente en el caso “Gault” de la Corte Suprema de 1967, y que generó cambios en la condición jurídica de los NNA. El juez Cançado Trindade en sus comentarios sobre el derecho de petición individual internacional, también cita como ejemplos algunos precedentes como el caso “Villagrán Morales (Niños de la Calle)” presentado ante esta misma Corte y de otros casos similares acontecidos en el tribunal europeo.

En cuanto a los argumentos conceptuales, utiliza dos corrientes (no contrapuestas según él mismo) que abordan la cuestión de derechos para la infancia para elaborar una “corriente de síntesis dialéctica” según elementos que considera comunes. Así también, se sirve de las consideraciones relacionadas a medidas cautelares para ofrecer delimitaciones conceptuales sobre medidas especiales de protección.

Sobre los argumentos a partir de principios generales, fueron identificados el principio de legalidad material y principio de interés superior del niño. El primero es utilizado por el juez García Ramírez para la delimitación material del poder del Estado en relación a los NNA. El segundo, es señalado por el juez Cançado Trindade para determinar la transición en la condición jurídica de los NNA. Este último, aunque no es un principio general del derecho es considerado un principio rector en la materia, tal vez el más importante, a pesar de contar con un desarrollo conceptual poco definido.

Por otro lado, los argumentos a partir de la historia utilizados por el juez García Ramírez van direccionados nuevamente hacia las reformas legales implementadas para la infancia y la adolescencia en Latinoamérica. Una se refiere a la impugnación de la idea tutelar por los innumerables y constantes abusos producidos en contra de NNA durante años, lo cual generó un rechazo social y reprobación de la doctrina que lo sustentaba. Otra es, la creciente oleada de delincuencia infantil o juvenil en Latinoamérica de finales de los ochenta que también ocasionó el reclamo de la opinión pública para realizar cambios legales e institucionales.

Por último, en los argumentos teleológicos-evaluativos, el juez García Ramírez resalta la idea de “especialidad” como una forma de reconocimiento y reafirmación de la diferencia que existe entre los NNA y los adultos, esto como justificación de la necesidad de una protección especial. En el caso del juez Cançado Trindade, varios de sus argumentos están dirigidos a los valores, fines, propósitos u objetivos. Así se tiene, algunos fundados en el deseo de comunidad internacional a partir de un sentido más amplio de personalidad jurídica que consecuentemente limite el poder estatal y la necesaria existencia de valores comunes superiores. Otros más orientados a los propósitos, como: el derecho del niño a crear y desarrollar su propio *proyecto de vida*, con un enfoque garantista de derechos orientado hacia el desarrollo de la responsabilidad del niño. Y argumentos volcados a los objetivos: ampliar la protección ante el Estado y adoptar medidas positivas de protección.

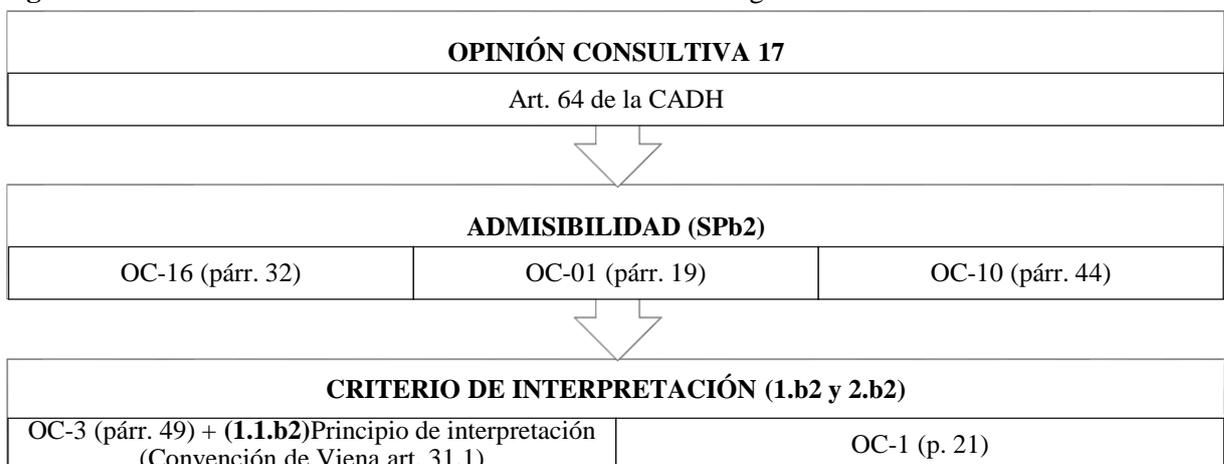
3 LOS ADULTOS SON PERSONAS DECIDIDAMENTE EXTRAÑAS: EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS

- Si Vuestra Majestad quisiera ser obedecida puntualmente, me podría dar una orden razonable. Podría ordenarme, por ejemplo, partir antes de un minuto. Me parece que las condiciones son favorables...
Como el rey no respondía nada, el Principito titubeó primero y luego, con un suspiro, emprendió su partida.
- Te hago mi embajador - se apresuró a gritar el rey.
Tenía un gran aspecto de autoridad.
Los adultos son muy extraños, se dijo a sí mismo el Principito durante su viaje.
(DE SAINT-EXUPÉRY, Cap. X, 1943).

3.1 Criterio de universalidad: los precedentes y la obligatoriedad de la OC-17

El principio de universalidad como primer criterio de corrección en el razonamiento jurídico⁶⁵, constituye una de las reglas que los jueces deben observar cuando fundamentan sus decisiones. Es decir, la fundamentación debe estar basada en un principio general o una regla universal que ha sido aceptado en casos anteriores o que en el futuro puedan ser aplicados a casos similares. En la justificación interna este criterio de universalidad es representado por la denominada premisa mayor, que en el silogismo judicial tiene un carácter universal. Siguiendo el diagrama de Atienza utilizado en el capítulo anterior es posible identificar las premisas normativas que fueron utilizadas en la OC-17, las cuales forman parte de los requisitos de carácter lógico. Entonces se tiene:

Figura 4 - Premisas normativas utilizadas en la construcción lógica de la OC-17



Fuente: elaboración propia

⁶⁵ Ver: Apéndice B – Criterios de evaluación de los argumentos en la OC-17, p. 174.

Estos enunciados normativos universales fueron los que prevalecieron en el debate de admisibilidad y posteriormente establecieron los criterios de interpretación, para luego inferir sobre enunciados normativos particulares. Es decir, los requisitos lógicos para la interpretación de los artículos de la CADH solicitados por la CIDH dieron lugar a una serie de normas universales para sustentar la motivación. Una característica que presenta la OC-17 es la frecuente remisión a otras opiniones consultivas emanadas del mismo órgano, especialmente en cuanto a la admisibilidad y los criterios para llevar a cabo la interpretación de los artículos de la CADH. Cabe entonces asumir que dichas resoluciones tienen una pretensión vinculante y actúan como precedentes judiciales, aunque esta primera característica sea todavía objeto de debate. En este sentido, la Corte IDH ha manifestado por medio de sus opiniones consultivas que estas no tienen el mismo carácter vinculante que se reconoce a una sentencia contenciosa⁶⁶.

Al respecto, autores como Faúndez Ledesma (1999) expresan que estas no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan, sino que poseen un efecto jurídico vinculante derivado de la propia Convención y que no pueden ser eludidas por los Estados Partes. Sobre el mismo explica Salvioli (2004) que, conforme el artículo 64.1 de la CADH, la Corte IDH emite dictámenes de carácter vinculante porque estas provienen de un órgano judicial al que se le ha encomendado la interpretación autorizada de la CADH y otros tratados de DDHH. Una posición intermedia sobre el carácter vinculante o no de las opiniones consultivas sería la de Sagüés (1999, p. 33), quien entiende que las mismas “[...] han tenido en la práctica una cotización muy parecida a las de sus sentencias, alcanzando un grado de cuasi vinculatoriedad para los Estados signatarios del Pacto que aceptaron la jurisdicción de la Corte Interamericana. [...]”.

Puede decirse -en suma- que no obstante que tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte; y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser jurisdiccional, y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos. (HITTERS, 2008, p. 148)

Esta construcción de premisas normativas basadas en opiniones consultivas de la Corte IDH, permite inferir sobre la fuerza de las mismas como precedentes, aunque estas no provengan de casos contenciosos. El alto grado de aceptación e incorporación de las opiniones

⁶⁶ CORTE, I. D. H. *Opinión Consultiva OC-1*, 1982, (cit.), párr. 51.

consultivas, tanto en los casos contenciosos como consultivo, por parte de la Corte se ve reflejado en la composición de las premisas normativas dentro de la OC-17, ya que las mismas forman parte de las justificaciones utilizadas por ambos jueces e inclusive en la decisión final. Se puede decir entonces, que estas no representan apenas una elección complementaria, porque es a partir de ellas que la Corte IDH pasó a delimitar su actuación y aceptar desarrollar una opinión calificada sobre el caso concreto que le fue planteado. En síntesis, la composición normativa de la OC-17 trae consigo artículos de la CADH que originan el problema de interpretación, pero también ofrece otras normas que contemplan la posibilidad de que las mismas puedan ser interpretadas. Acompañan a ellas, artículos de la Convención de Viena sobre reglas de interpretación y opiniones consultivas anteriores que son utilizadas como precedentes para resolver las cuestiones de admisibilidad y dar lugar a una nueva opinión.

Asimismo, el principio de universalidad no se limita al componente silogístico, sino que comprende además y por sobre todo una justificación externa, que tiene que ver con la fundamentación de la decisión y el establecimiento de las premisas que fueron escogidas.

En relación con problemas normativos, lo que quiere decir entonces la universalidad (en su sentido pleno, que no es puramente formal) es que el criterio utilizado para construir la premisa normativa, la *ratio decidendi*, no puede ser *ad hoc*; que sí, por ejemplo, en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N' es porque esa misma fue también la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a C y, sobre todo, será la que, en el futuro, se seguirá haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a C. (ATIENZA, 2013, p. 555)

3.1.1 El carácter obligatorio de la OC-17

Antes de pasar a ver la justificación de la *ratio*, es importante también distinguir la obligatoriedad de la decisión. Además de la fundamentación normativa, el principio de universalidad también opera con una fuerza vinculante que es otorgada por los jueces en la decisión judicial, esto implica no solamente la obligación de motivar la sentencia, sino también el alcance para casos posteriores en que jueces o tribunales tengan que decidir sobre el mismo asunto.

Para la Corte IDH, la obligatoriedad de sus decisiones está contenida en el art. 68.1 de la CADH, que dispone lo siguiente: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Esto se ve reforzado además

en los artículos 1.1⁶⁷ y 2⁶⁸ del mismo cuerpo legal que también ayudan a comprender el sentido y la extensión de la obligatoriedad de las decisiones al establecer claras obligaciones a los Estados Partes en el cumplimiento de todas las disposiciones de la CADH. Tales disposiciones se extienden incluso al derecho interno según reza en el artículo 27 de la misma:

“El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo”. (Convención de Viena: Artículo 27, 1969)

En el caso de la OC-17 parece más difícil determinar su carácter vinculante, como ya se había advertido, porque la misma no constituye un caso litigioso donde las partes están obligadas a acatar las disposiciones resueltas por la Corte. Sin embargo, esto no evita los efectos que puede traer consigo el resultado de una opinión consultiva. Tal es lo que acontece con la OC-17, que a partir de la interpretación de normas por parte de los jueces, la misma puede producir cambios dentro del propio ordenamiento jurídico internacional del cual varios Estados son parte.

Aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC- 15*, 1997, p. 26)

Si bien en cuanto al carácter vinculante de las opiniones consultivas no existe unanimidad; en lo que se refiere a los efectos jurídicos que estas puedan producir parece haber una mayor claridad en la materia. Según Buergenthal; Grossman; y Nikken (1990, p. 112) “[...] en la práctica, las opiniones de la Corte pueden gozar de gran autoridad y llenar una importante función como medio de protección de los DDHH. [...]”. Para Faúndez Ledesma (1999), no es posible menoscabar la importancia del efecto jurídico que poseen las opiniones consultivas de

⁶⁷ CADH: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁶⁸ CADH: Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

la Corte IDH, porque estas emanan del órgano encargado para emitir una interpretación autorizada de la CADH como de otros tratados de DDHH.

Sería absurdo que cada uno de los Estados partes pudiera interpretar la Convención a su arbitrio o de la manera que le pareciera, absolutamente sin ningún control; es por eso que, en caso de dudas en cuanto al sentido y alcance de sus disposiciones, se ha señalado cuál es el órgano encargado de emitir un pronunciamiento sobre la interpretación correcta de las mismas pero, por supuesto, esa interpretación es vinculante para los Estados y no puede constituir una mera “opinión”. (FAÚNDEZ LEDESMA, 1999, p. 990)

En consecuencia, las opiniones consultivas no cumplen una función meramente asesora⁶⁹, por lo que la *ratio* de la decisión tiene obligatoriedad tanto para la propia Corte IDH en sus decisiones posteriores, como también alcanza a los órganos de justicia de los Estados miembros. Por otro lado, si para Faúndez Ledesma (1999, p. 992), la Corte IDH opera como una especie de “tribunal constitucional”, encargado de interpretar la Convención u otros tratados de DDHH, es posible inferir que la misma también pueda ser pasible de un control de convencionalidad, aunque esta sea originalmente propia sólo de los casos contenciosos.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CORTE, I. D. H. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2006, vol. 26, p. 124)

Al respecto, en la reciente Opinión Consultiva 24 de la Corte IDH, el juez Eduardo Vio Grossi ha señalado sobre la relevancia de las opiniones consultivas en este tribunal y el ejercicio de un control de convencionalidad al que llamó de “preventivo”:

Efectivamente, su trascendencia radica precisamente en que, sobre la base de su autoridad moral e intelectual, mediante ellas la Corte ejerce un control de convencionalidad preventivo, esto es, le indica a los Estados que han

⁶⁹ CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-3*, 1983, párr. 32.

reconocido su competencia contenciosa, que, de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de la Convención, se arriesgan a que, sometido un caso a su conocimiento y resolución que diga relación con dicho proceder, declare la responsabilidad internacional del respectivo Estado. Y a los demás Estados, les proporciona una orientación para el pleno y cabal respeto de los derechos humanos que se comprometieron a respetar, sea por ser partes de la Convención sea porque lo son de otros instrumentos jurídicos internacionales. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-24*, 2017. Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 150)

3.1.2 La parte vinculante de la decisión

Para determinar la presencia de este criterio de evaluación dentro de la OC-17, se hace necesario recurrir a la parte vinculante de la decisión, porque es en la *ratio decidendi* donde el principio de universalidad establece el alcance de la misma y las obligaciones que acompaña. Si bien una de las carencias de esta opinión consultiva es la falta de precisión del precedente vinculante, aun así es posible identificar las normas y principios utilizados para fundamentar la motivación. De esta forma, la Corte IHD entendió que cuando sean aplicadas las medidas de protección a los NNA por parte del Estado:

(La) actuación judicial (debe estar) perfectamente motivada conforme a la ley: razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atendiendo al Interés Superior del Niño y sujeto a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 113)

Conforme el análisis se tiene tres elementos esenciales que conforman la *ratio* de la decisión principal: principio de legalidad, garantías judiciales e interés superior del niño. Si bien es cierto que el pedido de interpretación de los artículos planteados por la CIDH incluye situaciones de NNA frente a la autoridad judicial, este no es el único motivo presentado en la consulta, ya que las medidas de protección por parte del Estado tienen un espectro de alcance mucho más amplio que incluye otras situaciones. Pero como ya fue visto, la cuestión judicial es la que adquirió mayor notoriedad.

La universalidad del principio de legalidad y de las garantías judiciales es incuestionable dentro de los ordenamientos jurídicos regionales e incluso internacional, debido al alcance y la aceptación que ambos gozan dentro del derecho procesal, por lo que su uso para la fundamentación otorga sin duda una obligatoriedad más efectiva. Dentro de la CADH, que es el cuerpo normativo objeto de la interpretación, éstas se encuentran dentro de los artículos 7.6

(Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad). El grado de aceptación de la CADH se ve reflejado en la adhesión de los Estados miembros, el sometimiento de los casos a esta jurisdicción y el cumplimiento de sus decisiones, ya sea este contencioso o consultivo. Tan amplia es dicha aceptación, que los tribunales nacionales también fundamentan sus decisiones conforme este cuerpo normativo, lo cual fue inferido por la CIDH al presentar su pedido de interpretación. Es decir, esta universalidad de las normas contenidas en la CADH, como los procesos realizados por la Corte IDH es una de las razones que motivó a la CIDH para realizar la consulta a fin de esclarecer sobre los alcances de las medidas especiales de protección por parte de los Estados.

En el estudio de admisibilidad, la CIDH amplió su planteamiento y requirió la interpretación de otros tratados, principalmente la CDN, debido a que este podía contribuir a fijar el alcance de la CADH. De esta manera, los jueces de la Corte IDH consideraron pertinente incluir a la CDN dentro del análisis de la consulta, por ser la misma el instrumento normativo especializado en la materia, que además goza de un alto nivel de aceptación en la comunidad internacional. De ahí se desprende el tercer principio utilizado para sustentar la decisión principal: el interés superior del niño, que constituye el principio rector de todo el sistema de derecho para la infancia. No obstante, a pesar de este principio ser constantemente mencionado tanto en la doctrina como en las resoluciones judiciales, su alcance ha dado lugar a una variada gama de interpretaciones.

El principio del interés superior del niño tiene un reconocimiento convencional en el artículo 3.1., de la CDN, el cual reza como sigue:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Además del artículo citado, en la CDN se hace referencia a este principio en 8 (ocho) ocasiones, en los artículos: 9.1, 9.3, 18, 20, 21, 37, y 40, aunque no se explica o define qué se debe entender por el mismo. Al respecto, Cillero (1997, p. 6) señala:

Según este principio en todas las medidas concernientes a la infancia que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá al “interés superior del niño” como una consideración primordial. Este principio se especifica y complementa con el derecho del niño a expresar su opinión o punto de vista, en todos los asuntos que le afecten.

Una de las distinciones más comunes que se hace sobre la misma es sobre la posición que ocupa o su grado de prelación; aquella que la considera como norma superior en caso de conflicto de derechos de igual rango, es decir, el interés del niño es prioritario a los intereses de los padres, de la sociedad y del Estado. Según Aguilar (2008, p. 229), cuando se habla de interés superior del niño, no se habla de lo que los adultos piensan que le conviene al niño, o de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que “[...] cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños. [...]”. Al respecto, Zermatten propone una definición que está asociada a la garantía de protección fundada en el bienestar del niño, la cual por su relevancia debe prevalecer a cualquier otro interés.

El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. (ZERMATTEN, 2003, p. 15)

Con una mirada más crítica, Beloff (2009) reconoce la limitación conceptual de este principio, debido a la falta de claridad en la CDN acompañada de una cultura tutelar que continúa presente en los órganos de justicia, la cual no ha permitido plantear una discusión sobre el tema en términos superadores y no como instrumento para defender la vigencia de antiguas instituciones tutelares.

El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado -ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, etc.- obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales. (BELOFF, 2009, p. 15-16)

Por otro lado, en cuanto al origen de este principio, en el voto del Juez Cançado Trindade, éste entiende que el interés superior del niño está asociado al fundamento de la autoridad parental⁷⁰. Tal afirmación resulta confusa y hasta contradictoria, no sólo porque no justifica esta idea de manera clara, sino porque sustenta el principio rector más importante de

⁷⁰ Corte I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 38.

la estructura de derechos a la responsabilidad de los padres, retrotrayendo consigo vestigios del sistema tutelar. Sobre los orígenes de este principio y su fundamentación filosófica, Zermatten (2003, p. 26) señala:

Se puede decir que la segunda mitad del siglo XX ha provocado una ruptura de esta concepción de la familia, célula intocable, para consagrar el concepto del individualismo, que confirma el principio de que el hombre es libre y responsable: no son los vínculos sociales quienes le obligan, sino que es él quien elige los lazos por los que entiende vincularse.

El uso de este principio en la OC-17 es identificado en varios párrafos, pero es en el título V⁷¹ donde la Corte IDH intenta desenvolver una definición de la misma, que es acompañada por la citación de algunos artículos de la CDN. Tal vez la OC-17, por su alcance y especialización en materia de DDHH, pudo haber contribuido a limitar las imprecisiones y subjetividades del concepto, estableciendo cierta uniformidad sobre las características de este principio y vuelto más operativo el uso del mismo, especialmente en el ámbito de actuación del Estado, que a fin de cuentas es el objeto de la consulta.

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Corte I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 56)

Se tiene entonces que, la Corte IDH construyó su *ratio* a partir de dos principios del derecho penal, además del principio rector de derechos en materia de niñez y adolescencia para marcar los límites al poder estatal en los procesos judiciales. Sin embargo, no construyó una fundamentación sobre los mismos porque se limitó a mencionarlos, es decir, estamos ante una simple descripción de normas y principios. Ante este escenario una cuestión parece clara, la *ratio* de la decisión no ofrece ninguna novedad. Aunque el uso de los principios de derecho penal traiga consigo la afirmación de que éstos también forman parte del sistema penal para adolescentes infractores, eso no representa conquista alguna, ya que fue la CDN quien devolvió a los NNA sus garantías judiciales para que los mismos puedan enfrentarse al procedimiento penal o administrativo. Por último, se puede decir que la poca claridad desplegada sobre el principio de rector de derechos, no contribuyó para sacar a la misma de la zona de penumbra en la que se encuentra. Es más, acabó sufriendo un menoscabo, un resultado completamente

⁷¹ Corte I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 56-61.

contrario a la intención de fortalecerlo y llenarlo de contenido para que pudiera ser la mejor contribución de la OC-17. No obstante, se puede tomar como positiva la reafirmación de dichos principios e instrumentos internacionales de protección, a pesar de carecer de nuevos aportes. Especialmente, teniendo en cuenta que después de la ratificación de la CADH, la CDN y otros instrumentos de DDHH, todavía existe una necesidad de traer a colación principios y normas elementales. Esto, debido a que la práctica judicial en la región parece aún no tener certeza del lugar que ocupan los nuevos sujetos de derechos dentro de la sociedad, tal como fue señalado por la CIDH en sus premisas.

Por lo tanto, la reafirmación de instrumentos internacionales de protección es una necesidad imperiosa en la región, no sólo para la armonización judicial y legislativa, sino para su incorporación verdadera dentro de los ordenamientos internos. Sin embargo, esta avanzada del derecho internacional de los DDHH precisa de un acompañamiento más cercano, principalmente cuando la práctica local se aferra o continua repitiendo sistemas o doctrinas que fueron jurídicamente superadas. De ahí que la reafirmación de enunciados e instrumentos internacionales de protección es un primer paso; pero cuando la aplicación de la misma no es la correcta o existe una interpretación de normas poco clara, es otra la tarea que necesita ser hecha. Y es en este sentido que la CIDH planteó su preocupación en la consulta, para que la Corte IDH haciendo uso de sus facultades oriente las prácticas de los jueces y tribunales nacionales a través de sus opiniones.

Por otro lado, si se tiene en cuenta la *ratio* de los votos, tenemos que “la personalidad jurídica constituye el límite al poder estatal”⁷² y que “las medidas especiales son acciones emergentes”⁷³. Ahora bien, en la primera *ratio* de la decisión que corresponde al juez Cançado Trindade, se tiene la reafirmación del principio de condición humana de los NNA, que atribuye a los mismos su condición de sujeto de derechos con todas las atribuciones que esto acarrea; condición que además constituye un límite para la intervención injustificada por parte del Estado. Sin embargo, el problema que se plantea en la consulta es que la actuación del Estado no se adecua a ese principio, entonces ¿cuáles son esos límites para el Estado?, ¿con qué criterios se restringe la actuación judicial del Estado? y ¿cómo se protege la personalidad jurídica de los NNA? En cuanto a la opinión del juez García Ramírez, éste avanza un poco más en cuanto la caracterización de las medidas especiales de protección, aunque comparándola

⁷² Corte I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr., 34

⁷³ Corte I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 32.

peligrosamente con las medidas cautelares o precautorias en base a una apariencia de necesidad imperiosa. No obstante, la falta de precisión en relación a esa “necesidad imperiosa” genera un problema que puede parecer grave, especialmente si es entendida a partir de los mimos criterios que son aplicados para las personas adultas, lo cual sería un retroceso en el nuevo sistema de derechos. Y ante la vaguedad de las opiniones, son los jueces o tribunales nacionales quienes realizarán la interpretación y aplicación de este enunciado, lo cual puede generar un nuevo riesgo si se tiene en cuenta las premisas interpretativas planteadas por la CIDH.

En resumen, la universalidad de la *ratio* tiene su fortaleza en los tres principios que lo sustentan; pero al mismo tiempo, su debilidad está constituida por la falta de una justificación consistente que responda adecuadamente al problema planteado y brinde nuevos aportes al sistema de protección interamericano. En la misma línea, la característica de universalidad de los principios utilizados pudo haber representado aportes significativos para la materia e incluso establecido precedentes relevantes para futuras decisiones. Sin embargo, estos se caracterizaron por la falta de claridad en el uso, especialmente ante los casos mencionados por la CIDH cuando se deben aplicar medidas de protección a NNA. Esto da como resultado que, la efectiva interpretación-aplicación de los mencionados principios quede nuevamente a cargo de los jueces y tribunales nacionales, quienes a través de sus fallos expresarán lo que entendieron sobre estos principios, fijando o no la *ratio* de la Corte IDH como precedente en sus decisiones judiciales.

3.2 Criterio de coherencia

El siguiente criterio propuesto por Atienza para evaluar una argumentación se refiere a la coherencia en la justificación jurídica, que tiene entre sus componentes la idea de consistencia, aunque entre ambas existan marcadas diferencias. Así, la consistencia puede ser entendida como la no contradicción de un grupo de proposiciones, mientras que la coherencia guarda relación con la propiedad de “sentido común” dentro un grupo de proposiciones.

La coherencia se refiere a la compatibilidad (de una decisión, de una norma o de la narración de unos hechos) en relación con valores, principios y teorías [...] mientras que la consistencia (lógica) es una propiedad que sencillamente se da o no se da, la coherencia es más bien una cuestión de grado: por ejemplo, la fundamentación de una decisión puede contener alguna inconsistencia lógica (resultar incompatible con alguna norma específica del sistema, con algún elemento probatorio) y, sin embargo, ser la más coherente de entre las posibles y, en consecuencia, estar justificada. (ATIENZA, 2013, p. 556).

En la OC-17, la consistencia podría ser examinada en dos momentos, primero para resolver acerca de la admisibilidad de la consulta y luego sobre las razones que justifican el pedido propiamente dicho. Si bien los jueces García Ramírez y Cançado Trindade se mostraron a favor de la consulta presentada por la CIDH, debido a la estructura que tiene la decisión, no fue posible identificar individualmente las razones que motivaron a cada uno de ellos para aceptar el pedido, ya que en sus votos estos pasan directamente a la justificación del problema de fondo. Por consiguiente, no fue posible determinar la consistencia o no entre las razones de ambos jueces, quienes a pesar de estar a favor de la admisibilidad pudieron haber tenido diferentes motivos para aceptarla o sustentarla jurídicamente. En el caso del juez Jackman, quien asume una posición contraria a la mayoría, éste se ve obligado a dejar constancia de su rechazo para no dar lugar a la consulta, lo que no significa una inconsistencia, sino una divergencia porque este juez no estaba a favor de la consulta.

En cuanto a las razones que justifican el pedido, partiendo de la pregunta principal “¿cómo interpretar los artículos 8 y 25 de la CADH, para 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?”, es posible evaluar la consistencia de las razones presentadas por ambos jueces que se mostraron a favor del pedido. Lastimosamente, el Juez Jackman se limitó a ofrecer sus razones sobre el fondo de la cuestión porque consideró que la consulta no cumplía con los requisitos de admisibilidad. Por un lado, el juez García Ramírez abordó el problema desde una perspectiva del derecho penal, apuntando principalmente a partir de los principios que son propios de esa materia para luego trasladarlos a los casos que tienen que ver con los NNA, especialmente cuando éstos últimos se encuentran en conflicto con la ley penal. Mientras que el juez Cançado Trindade hizo lo propio a partir del Derecho Internacional, fundando sus argumentos en el reconocimiento de la personalidad del niño como sujeto de derechos en el plano internacional.

No se puede negar que el problema discutido contenga un enfoque de Derecho Penal o Derecho Internacional, sin embargo, el objeto de la consulta corresponde a otra rama del derecho: Derechos de la Niñez y la Adolescencia o Derechos del Niño, un área que goza de autonomía y especialidad propia. Este abordaje iniciado en dos campos del derecho para luego llegar a la materia del objeto, hizo que los argumentos de cada uno de los jueces fuera tomando independencia en los temas tratados, lo cual se ve reflejado en las respuestas ofrecidas y sus posteriores razones. Uno de los puntos en que ambos intentan converger es sobre los límites del

Estado para aplicar medidas de protección. Para el juez García Ramírez éstas medidas deben estar marcadas por el respeto al principio de legalidad y que las mismas constituyan acciones emergentes. Por otro lado, el juez Cançado Trindade, entiende que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los NNA es un límite natural para evitar la intervención arbitraria del poder estatal, y que las medidas de protección deben ser adoptadas de manera positiva. Entonces, ¿el límite para el Estado cuando aplica medidas de protección para un niño o adolescente está en el principio de legalidad o viene consigo por el reconocimiento de su personalidad? En cierto sentido, creo que la inconsistencia se da porque el problema es asumido partiendo de diferentes campos de estudios que se rigen por sus propios principios, y no sólo eso, son campos donde el “padrón común” de persona corresponde a la categoría de “adulto”; es decir, personas con características, necesidades y condiciones diferentes a las de un niño, niña o adolescente. Esto no quiere decir que no se deba admitir la interdisciplinariedad o la intervención de otros campos en esta materia de estudio, sino que los argumentos deben partir de su origen y luego buscar apoyo en otros campos del derecho o ciencias afines. En este sentido, el abordaje propuestos por los jueces parece expresarnos que la especialidad de la materia aún no tiene la relevancia suficiente o que ella no goza del reconocimiento que merece.

3.2.1 Coherencia normativa: la protección de los NNA como valor relevante

Además de la consistencia como uno de los elementos de este criterio, según MacCormick (2008) cabe también diferenciar entre coherencia normativa, que tiene que ver con la justificación de soluciones jurídicas o proposiciones normativas en un contexto más general de un sistema jurídico; y coherencia narrativa, relacionada a la justificación de los hechos y la elaboración de inferencias racionales a partir de pruebas⁷⁴. En cuanto a la coherencia normativa, este autor entiende que la misma está conformada por tres aspectos a saber: subordinación común de un conjunto de leyes a un valor o valores relevantes; ausencia de conflicto entre valores relevantes; y satisfacción o concretización con el principio general de la materia.

Los valores no son apenas propósitos, objetivos o fines de *facto*, perseguidos de tiempo en tiempo por personas individuales u órganos institucionales. Ellos son en verdad, estado de cosas cuya búsqueda es legítima, deseable, valiosa o hasta (la escala asciende gradualmente) obligatoria, en la condición de

⁷⁴ MACCORMICK, 2008, p. 247.

propósitos, objetivos o fines. Si esas dos proposiciones son aceptadas, entonces parece haber considerable sobreposición entre “valores” y “principios”. [...] Los principios jurídicos dicen respecto a valores operacionalizados localmente dentro de un sistema jurídico estatal o de alguna orden normativa análoga. (Traducción propia)⁷⁵.

Para este autor, en un Estado de Derecho, los valores como la seguridad y la certeza jurídica sólo pueden ser realizados en la medida en que un Estado sea gobernado de acuerdo con reglas pre-anunciadas, es decir, que sean claras e inteligibles en sí mismas, lo que significa que además de la consistencia entre las reglas que conforman el sistema, exista también una cierta coherencia general entre los principios que lo conforman⁷⁶. En el caso de la OC-17, ésta comprende principalmente el estudio de dos cuerpos normativos del sistema interamericano de DDHH, sobre los cuales, los jueces de la Corte IDH pasaron a elaborar sus votos y posterior decisión. Así, a pesar de que ésta se inicia por la falta de claridad de algunos artículos de la CADH, los jueces coincidieron en incluir a la CDN para resolver el caso en cuestión, al considerarla como el instrumento jurídico especializado más adecuado en la materia. A su vez, la CDN se rige por cuatro principios cardinales: No Discriminación, Interés Superior del Niño, Supervivencia y Desarrollo, y Participación; siendo considerado el segundo como el principio rector de todo el sistema. De esta manera, una vez que estos pasan a ser incorporados para llevar adelante la justificación, queda pendiente identificar el valor relevante que debe ser atendido por el conjunto de reglas y principios.

Las disposiciones detalladas del sistema deben ser interpretadas como si estuviesen sirviendo a un conjunto de valores mutuamente compatibles. La “coherencia” puede, entonces, ser al menos parcialmente satisfecha por un sistema que se refiere racionalmente a lo que los responsables por determinar su contenido consideran como valores. (Traducción propia)⁷⁷

El valor relevante que trae consigo la OC-17 es la “protección”, la cual se ve afectada en las medidas de protección aplicadas por los órganos de justicia, de ahí la preocupación de la

⁷⁵ “[...] “Valores” são não apenas propósitos, objetivos ou fins de *facto*, perseguidos de tempos em tempos por pessoas individuais ou órgãos institucionais. Eles são, na verdade, estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins. Se essas duas proposições são aceitas, então parece haver considerável sobreposição entre “valores” e “principios”. [...] Princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga. (MACCORMICK, 2008, p. 251)

⁷⁶ MACCORMICK, 2008, p. 17

⁷⁷ “[...] as disposições detalhadas do sistema devem ser interpretadas como se estivessem servindo a um conjunto de valores mutuamente compatíveis. “Coerência” pode, então, ser ao menos parcialmente satisfeita por um sistema que se refere racionalmente ao que os responsáveis por determinar seu conteúdo consideram como valores.” (MACCORMICK, 2008, p. 248)

CIDH para establecer límites claros al Estado en sus intervenciones judiciales. Ante esta situación, ambos instrumentos del sistema interamericano se ven subordinados a dar respuesta sobre el valor en cuestión, en armonía con los valores de seguridad y certeza jurídica que son parte de un Estado democrático de derecho.

Teniendo en cuenta el objeto de la consulta, las justificaciones pueden ser divididas en dos bloques o temas: medidas especiales de protección y límites al poder estatal. Aunque cada uno de los jueces realiza incursiones en ambos temas, coincidentemente la línea argumentativa adoptada por cada uno ellos va direccionada con mayor intensidad hacia uno de los bloques. Así, el juez García Ramírez desde una perspectiva penal se refiere principalmente a las medidas especiales de protección, mientras que el juez Cançado Trindade, con base en el derecho internacional hace lo mismo en cuanto a los límites del poder estatal.

Cuadro 14 – Distinción de las justificaciones según el tema

Tema	Justificación
Medidas de protección	<ul style="list-style-type: none"> - Acciones emergentes previstas en la ley - Fundada en la legalidad material - Especialidad de la materia
Límites al poder estatal	<ul style="list-style-type: none"> - La personalidad jurídica - Fundada en el <i>corpus juris</i> de derecho internacional - Principio de dignidad de la persona humana

Fuente: elaboración propia

Si bien el juez García Ramírez destaca la especialidad de la materia, esta parece haberse quedado apenas en el fundamento para la separación de jurisdicciones y no en lo que implica a todo el proceso penal, como por ejemplo, la participación de los NNA en los casos en que éstos se vean afectados o sobre las condiciones a ser dadas para que las medidas seas aplicadas. Esta restricción a la especialidad es clara en los fundamentos esgrimidos para aplicar dichas medidas, porque no se toma como base de interpretación a los principios rectores que rigen la materia, a pesar de las reiteradas menciones que se hace al principio de interés superior del niño. Esto resulta peligroso, pues teniendo en consideración las primeras dos justificaciones sobre medidas de protección, parece no haber diferencia entre medidas de protección para adultos (medidas cautelares o precautorias)⁷⁸ y medidas especiales de protección para NNA, debido a que no se

⁷⁸ “[...] Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*.” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 32)

hace alusión sobre cuáles serían esas “acciones emergentes”, lo que al mismo tiempo significaría un retroceso en el nuevo sistema de derechos para la infancia.

Por otro lado, para el juez Cançado Trindade los límites al poder estatal están enmarcados en la propia personalidad jurídica del ser humano, reconocimiento que incluye a los NNA, y se encuentra consagrado en el *corpus juris* de derecho internacional. Sin embargo, en la práctica jurídica este conjunto de cuerpos normativos que adquiere gran fuerza con la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, no supo dar respuestas efectivas a las necesidades de los NNA ni entender la condición especial en que estos estaban. Por este motivo, el camino para el reconocimiento de derechos para la infancia tuvo un recorrido mucho más largo, que se empieza a consolidar con la llegada de la CDN en 1989, y como consecuencia de las reformas que se fueron dando en las legislaciones nacionales de manera gradual (en Latinoamérica se inicia en Brasil con el *Estatuto da Criança e do Adolescente* en 1990). Esto no significa que se esté menoscabando el gran aporte de otros instrumentos internacionales de protección, pues en alguna medida estos influyeron en la elaboración y adopción de normas que luego pasaron a dar cuenta de la situación real de los NNA. Una de esas diferencias, es que la CDN es un instrumento de protección elaborado y pensado para los NNA, y no para los adultos o el Estado como intermediadores de derechos o sujetos que actúan con “buena voluntad”. De esta forma, la revolución que generó la CDN no se limita a una serie de enunciados, sino que otorga por primera vez protección, autonomía, libertad y condición humana a los NNA, sin discriminación de tipo alguno.

La CDN pasó así a integrar ese *corpus juris*, y es el instrumento más importante por excelencia en materia de derechos para la infancia y la adolescencia, por lo que el reconocimiento de la personalidad jurídica para fijar los límites al Estado debe partir de sus principios rectores. Por ese motivo, todo el recorrido histórico que realiza el juez Cançado Trindade para justificar la personalidad del ser humano en antecedentes volcados al iusnaturalismo y su posterior confrontación con el positivismo jurídico en términos reales no atinge a los NNA. Y esto es así porque esos antecedentes, a pesar de poseer un carácter amplio, corresponden a un grupo específico de personas que tienen que ver con una historia de personas “adultas”, “maduras” y “completas”. Es más, los NNA no formaron parte de esas discusiones, ni siquiera fueron considerados porque no poseían la categoría de persona como es sustentando en los trabajos de historia de filósofos como Philippe Ariès o el pensador Lloyd deMause.

Por otro lado, esta remisión a antecedentes remotos deja de lado los aportes dados a la materia, especialmente en Latinoamérica, donde la doctrina especializada ha brindado avances importantes en la construcción de la condición jurídica de los NNA. Lo cual es visible en las investigaciones y congresos académicos realizados, e incluso en la participación de los mismos para la implementación de nuevas legislaciones locales en armonía con la CDN. Este olvido o “elección estratégica”, puede deberse a la incomodidad que le produce la doctrina regional especializada en la materia. Sin embargo, esta postura en su opinión individual ofrece como resultado un hueco de carácter histórico en la justificación sobre la personalidad jurídica de los NNA.

Asimismo, conforme lo expresa este juez, la justificación de la personalidad jurídica de los NNA no se halla en los principios rectores de la CDN, sino que se sustenta en los principios iusnaturalista del derecho internacional⁷⁹, especialmente a través del principio de dignidad de la persona humana, donde se intenta desarrollar la concepción de personalidad jurídica para la infancia en base al recorrido realizado por los adultos hasta la condición de persona humana. Esto no quiere decir que sea incorrecto construir un concepto universal de personalidad jurídica para NNA y adultos, sino que se debe reconocer que ambos procesos son totalmente diferentes e independientes y que la condición jurídica del niño goza de una especialidad reconocida jurídicamente, al igual que materia que la tiene como objeto de estudio.

En este sentido, la protección de los NNA fue fundamentada en base al principio de dignidad de la persona humana, ocupando dicho principio un lugar preponderante en la justificación sobre límites al poder estatal, e incluso en el advenimiento de todo el sistema de derechos para la infancia. De esta manera el juez Cançado Trindade entiende que, “[...] 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 [...]” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 35). En cuanto al principio de interés superior del niño, este quedó reducido como fundamento de la autoridad parental, como es señalado por el mismo:

⁷⁹ “[...] 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 jurídica (de ejercicio)* [...] 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 filosófico. Esto 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.” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 41 y 42)

O sea, los derechos del niño en fin se desprendieron de la *patria potestas* (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia, - enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional, - el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el “interés superior del niño”, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr., 38)

Retomando a los elementos de la coherencia, el segundo de ellos corresponde a la ausencia de conflicto entre valores relevantes dentro del sistema para lograr seguridad y certeza jurídica en la decisión. Según MARTINS; ROESLER; JESUS (2011, p. 216) se espera que una decisión judicial dentro de un Estado Democrático de Derecho esté inserta en un contexto ideal donde: “[...] a) haya cierta previsibilidad de conducta, una vez que las normas, por lo menos los principios más generales, sean conocidos y compartidos; b) las normas reflejen cierta sistematicidad proveniente de principios generales comunes. [...]”. En este sentido, aunque el caso fue sometido a la Corte IDH, es decir, no se circunscribe a apenas al ordenamiento jurídico de un Estado, el sistema interamericano de justicia goza de una alta aceptación y reconocimiento, tanto por sus Estados miembros como por la sociedad civil. En cuanto a la CDN, su aprobación a nivel regional es conocida por el impacto que ha generado en las legislaciones nacionales como en las políticas públicas en materia de niñez y adolescencia. En su decisión, la Corte IDH entendió la existencia de un sistema interamericano de protección, y no se limitó simplemente al texto de la CADH para realizar la interpretación solicitada, sino que incluyó a la CDN en el tratamiento del problema, lo que significa una aceptación implícita de los principios contenidos en la misma y por sobre todo, la especialidad de la materia. Sin embargo, a pesar de la unidad de los cuerpos normativos dentro del sistema, lo cual es el reflejo de que existen principios generales comunes, teniendo en cuenta que el grande campo de estudio son los DDHH, los jueces optaron por ofrecer argumentos genéricos sin ahondar en la especialidad que representaba el problema, evitando así desarrollar el contenido de los principios rectores de la CDN en la justificación de sus opiniones.

En este sentido no se puede afirmar que existe una contraposición de principios, de hecho el principio de legalidad permea en varias áreas del derecho, y en el derecho penal adquiere una gran relevancia dentro de los ordenamientos jurídicos; es más, éste se encuentra presente dentro de la CDN y otros instrumentos del sistema de protección a la infancia. A lo que me refiero es que, las medidas especiales de protección aplicadas a NNA no se reducen exclusivamente a una cuestión de derecho penal, y los procesos judiciales comunes para adultos

no pueden ser comparados con los procesos judiciales para NNA, a pesar de que estos últimos también pueden encontrarse en conflicto con la ley penal.

Cuadro 15 – Relación entre principios de derechos penal e instrumentos de protección

Principio jurídico básico sustancial y procesal	CDN	Reglas de Beijing	Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil. Lei 8069 de 1990
<i>Principio de Legalidad:</i> Se traduce en la prohibición de existencia de delito y pena sin la preexistencia de ley anterior (nullum crimen, nulla poena sine lege)	Art. 37, Inc. b Art. 40, Inc. 2a	Art. 2, 2.2. b. 17. 1.b.	Art. 110 – 106 - 1
<i>Principio de legalidad del procedimiento:</i> presupone que el tipo de procedimiento debe estar fijado por la ley y no puede quedar librado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional.	Art. 40, Inc. 2.b. III	Art. 17	110

Fuente: GARCÍA MÉNDEZ, 1998, p. 9-11

En cuanto al principio de dignidad, ocurre lo mismo, también está presente en varios artículos e incluso en el preámbulo de la CDN⁸⁰, pero este no es el principio que rige la materia, porque como ya fue dicho, existen una serie de principios que son propios de la misma. Disminuir su alcance para dar paso a principios generales de DDHH constituiría permanecer en la generalidad dejando de lado los avances específicos que se han producido en la materia. Un ejemplo sobre dicha evolución es el señalado por Cillero (1997), sobre la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, donde ésta era entendida como una orientación dirigida únicamente al legislador en forma directa. Este pensamiento fue posteriormente transformado con la aparición de la CDN, cuya orientación no se limita al legislado, sino que está dirigida a todas las autoridades públicas, incluso a organismos privados y a la misma familia. Consecuentemente, esto nos lleva a afirmar sobre las obligaciones que crea la CDN para los Estados, en contraposición a lo sostenido por el juez Cançado Trindade de que la CDN no tiene fuertes pretensiones de obligación para los mismos. De esta manera también se deja claro el carácter integral y no excluyente de la CDN como bien es señalado por Cillero (1997, p. 6):

⁸⁰ CDN: Preámbulo párr. 1 y 2. Art. 23, 28 n° 2, 37, 39 y 40, 1989.

Esta disposición es un reflejo del carácter integral de la doctrina de los derechos de la infancia y, a su vez, de su estrecha relación con la doctrina de los derechos humanos en general. Como las niñas y los niños son parte de la humanidad y sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, el principio no está formulado en términos absolutos, sino que el interés superior del niño es considerado como una “consideración primordial”. El principio es de prioridad y no de exclusión de otros derechos o intereses.

En consecuencia, no se puede hablar de conflicto entre valores relevantes, en ese sentido, la protección como valor central ocupa un lugar preponderante en los argumentos expuestos. Sin embargo, el conflicto que aparece es en cuanto a los puntos de partida elegidos por los jueces, quienes elaboran sus argumentos desde principios generales comunes (principios generales de DDHH), dando un salto significativo por encima de los principios que rigen los derechos de la infancia y la adolescencia. Dicho impulso, es acompañado por una elección estratégica de la doctrina iusnaturalista para fundamentar algunas de sus opiniones, dejando de lado los principios rectores de la CDN y la doctrina de la protección integral, aunque sobre esta última dejan constar su desacuerdo e incomodidad.

Finalmente, siendo la “protección” el valor del cual se desprende la necesidad de establecer límites al poder estatal y por consiguiente el uso de las medidas especiales de protección; el último elemento tiene como objetivo la satisfacción o concretización con el principio general de la materia. Al respecto, esta no sólo se encuentra ausente, sino que es sustituida por otro principio, el principio de dignidad de la persona humana, porque como se vio el principio de interés superior del niño quedó reducido al fundamento de la autoridad parental. En conclusión, la coherencia normativa en la OC-17 se refleja en acierto y desaciertos, lo que acaba desembocando en sombras y cuestionamientos. De los tres aspectos mencionados al inicio, creo que la Corte IDH tanto en su decisión final como en los dos votos individuales concuerda que existe una subordinación común de un conjunto de leyes a un valor relevante, en este caso la “protección”. Ahora bien, considero que los desaciertos se inician en cuanto a la prelación de leyes que fueron utilizadas, lo que produjo que principios de derecho penal y derecho internacional (asociada a la corriente iusnaturalista) tuvieran supremacía sobre los principios rectores de la CDN. Esto dio como resultado un enfoque de protección “reducido y amplio” al mismo tiempo, pero no “específico”, es decir, no atendió a la especialidad de la infancia. Esto llevó a la justificación de la OC-17 hacia dos caminos: primero, redujo la idea de protección a “medidas de protección para adolescentes infractores” comparado incluso con el proceso penal para adultos. Y segundo, los límites para esos casos penales fueron marcados por

principios universales de protección (amplitud de la protección), generando asperezas entre dichos principios y aquellos propios de la materia, dando por consiguiente dudas sobre cómo proteger el valor relevante, es decir ¿cómo interpretar los principios rectores y proteger a los NNA?

Esto da como resultado una serie de dudas y cuestionamientos sobre el alcance del principio de rector, el desarrollo de la doctrina especializada y la interpretación del sistema de protección, que nuevamente tendrán que ser resueltos por los jueces y tribunales nacionales. Al respecto:

El acto de interpretación jurídica, especialmente un acto interpretativo proferido por una corte superior, es un acto dentro de un proceso de desenvolvimiento de doctrinas o principios jurídicos. [...] Entonces, la corte debe pronunciar su propia decisión como el mejor o más persuasivo capítulo de la historia que está siendo revelado, y debe hacerlo con plena conciencia de que otros, más tarde, escribirán capítulos adicionales continuando la historia. (Traducción propia).⁸¹

3.2.2 Coherencia narrativa y premisas interpretativas

Como fue visto en el análisis, aunque el motivo de la consulta se ubica dentro de la categoría de problemas de interpretación correspondiente a los *casos difíciles*, las respuestas y las razones dadas por los jueces no se orientaron únicamente en esa línea normativa, desde que dieron cabida a las denominadas “premisas interpretativas” presentadas por la CIDH, lo que produjo el distanciamiento del juez Jackman de la consulta por considerar que no se cumplían con los requisitos de admisibilidad.

Aunque MacCormick distingue entre coherencia normativa y coherencia narrativa, esta última clasificación escapa de una evaluación más profunda debido a que el problema planteado tiene un carácter normativo-interpretativo. No obstante, esto no significa que cuestiones factuales hayan quedado completamente de lado, ya que en la etapa de admisibilidad, fueron consideradas las controversiales premisas interpretativas que se referían a situaciones de hecho que escapaban a una interpretación normativa. Sin embargo dicha separación entre coherencia normativa y narrativa tampoco parece ser una dualidad inconciliable, el mismo MacCormick a

⁸¹ “O ato de interpretação jurídica, especialmente um ato interpretativo proferido por uma corte superior, é um ato dentro de um processo de desenvolvimento de doutrinas ou princípios jurídicos. [...]. Então, a corte deve pronunciar sua própria decisão como o melhor ou mais persuasivo capítulo da história que vai ser revelando, e deve fazê-lo com plena consciência de que outros, mais tarde, escreverão capítulos adicionais tocando a história adiante.” (MACCORMICK, 2008, p. 305).

pesar de distinguir el criterio de coherencia en dos partes: normativa y narrativa; al final de su texto reconoce que en el análisis de las decisiones judiciales es posible pensar en unificarlas debido a la dinámica del derecho por su mirada tanto diacrónica (narrativa) como sincrónica (normativa).

Si la coherencia narrativa tiene un carácter diacrónico (hechos narrados en el tiempo) y la coherencia normativa se caracteriza por ser sincrónica (una mirada sobre las normas vigentes en aquel momento), ambas deben reflejar un ideal de sistematicidad de orden jurídica, que si no se revela, por lo menos debe perseguir. (Traducción propia).⁸²

Al respecto, este autor menciona como ejemplo los casos de interpretación jurídica, cuyo carácter es inicialmente enfocado en los hechos pasados, pero posteriormente pasa a producir efectos sobre las normas vigentes, cuando estas no están adecuadas o no responden a los problemas actuales y necesitan ser ampliados o mejorados. De este modo, las normas y la doctrina se desarrollan a lo largo del tiempo. Probablemente por eso la CIDH consideró importante mencionar las premisas interpretativas de los tribunales nacionales y que la interpretación a ser dada por la Corte IDH tenga en cuenta situaciones factuales. Así, lo que parecería ser algún tipo de “ayuda” a la hora de interpretar, pudiendo incluso favorecer a una interpretación coherente no solo normativa sino también narrativa no condujo a un resultado favorable. Al contrario, dichas premisas como fue visto en el análisis de las argumentaciones, hicieron que la OC-17 se limitara a dar respuestas sobre esos enunciados de carácter penal y dejaron de lado resolver el problema principal de la consulta: ¿cómo proteger a los NNA?

3.3 Criterio de adecuación de las consecuencias: las implicaciones jurídicas

Para Atienza (2013) este es un criterio que mira hacia al futuro, por lo que en el razonamiento legislativo ocupa un lugar muy importante, debido a los argumentos consecuencialistas que están siempre presentes en la justificación del contenido de una norma o un conjunto de ellas. Por otro lado, en el razonamiento judicial, la razón o fin que se da al uso de esas normas dependerá del sistema jurídico o la concepción del Derecho a la que se esté

⁸² “Se a coerência narrativa tem um caráter diacrônico (fatos narrados no tempo) e a coerência normativa caracteriza-se por ser sincrônica (um olhar sobre a norma vigente naquele momento), ambas devem refletir um ideal de sistematicidade que a ordem jurídica, se não revela, deve pelo menos perseguir.” (MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011, p. 216)

suscrita. Así, en base a su ordenamiento jurídico, cada Estado puede desenvolver objetivos sociales como: salud pública, democracia, seguridad, educación de calidad, entre otras.

[...] en una razón de corrección, por el contrario, lo que justifica la decisión es que la misma se apoya en una norma socio-moral (de corrección) que se aplica a las acciones pasadas de las partes o al estado de cosas que resulta de tales acciones (por ejemplo, evitar que alguien obtenga un beneficio de un acto ilícito suyo; proteger al que está en una situación de desventaja, etc.). La diferencia, por tanto, entre usar o no usar un criterio consecuencialista para evaluar la argumentación de una decisión consiste en que, en el primer caso, no se toma únicamente en consideración el resultado de la decisión (el estado de cosas vinculado conceptualmente con la decisión, con la acción), sino otros estados de cosas que se conectan con los anteriores por lazos de causalidad. (ATIENZA, 2013, p. 558).

En base a este criterio, una de las clasificaciones que MacCormick realiza se refiere a las consecuencias como implicaciones jurídicas, que según Bengoetxea (1993) pueden ser entendidas en sentido dogmático, como ordenamiento jurídico; o en un sentido social, como conjunto de operadores jurídicos y prácticas jurídicas operativas.

En el primer caso (sentido dogmático), se trata de observar lo que les ocurre a las normas interpretadas o a las normas relacionadas sistemáticamente con las interpretadas al tomar una u otra decisión jurídica de interpretación o de validez, es decir, se trata de analizar el impacto de una decisión determinada dentro del ordenamiento en su conjunto, entendido como sistema jurídico. (BENGOETXEA, 1993, p. 47).

A partir del mismo es posible identificar criterios axiológicos dominantes en la valoración de consecuencias de las decisiones judiciales. Éstos pueden ser considerados a partir valores típicamente jurídicos teniendo en cuenta los principios sustantivos⁸³ y los principios formales⁸⁴ (del ordenamiento entendido como sistema jurídico). Pero, ¿cómo consideramos esos valores de manera particular? Para MacCormick, cada campo del derecho se centra en valores o conjuntos de valores diferentes, para ello, toma como ejemplo el concepto de “justicia” que presenta varios aspectos y debe dar cuenta de un caso específico. Ante situaciones como estas, que generalmente se dan en los casos difíciles, señala este autor que “los valores contra los cuales debemos testar las consecuencias jurídicas son aquellos que la rama del

⁸³ Propone Bengoetxea (1993) dentro de una investigación más amplia dedicada al razonamiento jurídico en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como valores sustantivos[...] no discriminación por razón de sexo [...] realización del mercado común, aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, la libre competencia. [...] (BENGOETXEA, 1993, p. 52)

⁸⁴ En el mismo trabajo, Bengoetxea (1993, p. 52) considera en este grupo a los principio de “unidad, consistencia, completud y coherencia”.

Derecho en cuestión considera relevantes” (traducción propia)⁸⁵. De esta manera, en la OC-17 se puede considerar a los principios rectores de la CDN como principios sustantivos. En cuanto a los principios o valores formales, se pueden tomar aquellos propuestos por Bengoetxea en su análisis sobre el tribunal europeo: unidad, consistencia, completud y coherencia; que “[...] funcionan para controlar, normalmente por vía apagógica, aquellas interpretaciones que implican contradicciones internas entre normas o defectos sistémicos de derecho comunitario”, (BENGOETXEA 1993, p. 52).

En la CADH, una forma de controlar la interpretación de sus normas o verificar si las reglas jurídicas válidamente establecidas no se contradicen, son las señaladas en el artículo 29 de dicho cuerpo normativo⁸⁶. Estas se basan principalmente en la libertad individual de las personas, la autodeterminación de cada Estado miembro, el reconocimiento de derechos y garantías en un Estado de Derecho, así como el reconocimiento de los efectos producidos por el propio cuerpo normativo. En la OC-17, a pesar de referirse a la afectación de derechos de un grupo minoritario por parte de los órganos de justicia locales, la Corte IDH se limitó a abordar cuestiones relativas al funcionamiento de dichas instituciones, manifestándose principalmente en la reafirmación de instrumentos internacionales de protección acompañada de una serie de criterios generales válidos para la materia. Es decir, la interpretación de los artículos solicitados no presentó ninguna novedad jurídica que pueda influir o modificar el sistema de derecho establecido. Del mismo modo, siguiendo las normas de interpretación del artículo 29, en la decisión de los jueces no fue posible identificar algún tipo de menoscabo al principio de libertad, que en este caso tenía a los NNA como grupo de personas afectadas. En este sentido, a partir de los principios formales se puede constatar la unidad, consistencia, completud y coherencia del sistema internacional de DDHH en la OC-17, la cual incluyó como base de su

⁸⁵ “Os valores contra os quais devemos testar as consequências jurídicas são aqueles que o ramo do Direito em questão considera relevantes” (MACCORMICK, 2008, p. 152)

⁸⁶ CADH: Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

interpretación no sólo a la CADH, sino también a la CDN, la Convención de Viena y varias Opiniones Consultivas de la Corte IDH.

Por otro lado, para determinar la implicancia jurídica de la OC-17 en base a principios sustantivos, corresponde realizar la valoración de los argumentos decisores a partir de los principios rectores de la CDN, teniendo en cuenta la representación de las partes que fue hecha en el capítulo anterior. Cabe resaltar, que estos principios se encuentran enlazados, brindando una estructura jurídica para la CDN, por lo que deben ser analizados e interpretados en su unidad. Así también, como fue visto en el criterio anterior, el valor relevante defendido en la OC-17 es la “protección” que entendida bajo el cribo de la CDN se traduce en “protección integral”. Se tiene entonces:

Cuadro 17 – Relación entre temas abordados en la OC-17 y principios rectores de la CDN

<i>Tema</i>	<i>Principios rectores de la CDN</i>
Condición jurídica	Interés superior del niño – No discriminación
Familia	Supervivencia y desarrollo - Participación
Protección integral	Interés superior del niño - Supervivencia y desarrollo
Medidas de protección	Interés superior del niño

Fuente: elaboración propia

En las respuestas dadas por la Corte IDH en su decisión, la condición jurídica de los NNA se basa principalmente en la reafirmación de los mismos como titulares de derechos y no sólo objetos de protección. En este tema se hace referencia directa al principio de interés superior del niño, entendido como fundamental para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Refuerza la idea de condición jurídica a través del principio de igualdad, lo que no implica la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los NNA. Sobre la familia, esta es entendida como institución primordial para el desarrollo y ejercicio de derechos, por lo que el Estado debe apoyar y fortalecer su funcionamiento para favorecer la permanencia del niño dentro de la misma. En caso de una separación, esta debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. Así, la función de la familia está asociada a dos principios rectores, la supervivencia/desarrollo y la participación, esta última entendida como lugar donde los NNA comienzan a ejercer sus derechos.

Si bien la protección integral es el “valor protegido”, valga la redundancia, la Corte IDH pasó a delimitar la misma desde una perspectiva relacionada a la función del Estado y sus instituciones, que a final de cuentas constituye el motivo de la solicitud de la consulta. Sin embargo, se refiere únicamente a la función de protección de las instituciones estatales para

casos de NNA institucionalizados⁸⁷, describiendo las características del personal a desempeñar funciones y de las condiciones que debe reunir un establecimiento para personas menores de edad. Por otro lado, relacionado al principio de supervivencia-desarrollo, la Corte IDH consideró que el respeto del derecho a la vida en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los NNA se desarrolle en condiciones dignas. Finalmente, se sostiene que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales (DESC), que les asignan diversos instrumentos internacionales.

Por último, se destaca el carácter positivo (afirmativamente hablando) que las medidas de protección deben presentar, esto para asegurar la protección de los NNA contra malos tratos, ya sea en su relación con las autoridades públicas, en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales. En caso de procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos puedan adoptar.

En este sentido, se puede afirmar que la implicancia jurídica de la OC-17 con el ordenamiento jurídico se da de manera armoniosa porque no existe una contraposición entre los mencionados principios sustantivos y principios formales. Así, aunque el principio de interés superior del niño aparece relegada en algunos argumentos de los jueces, como se vio en el estudio del principio de coherencia, en la decisión final de la Corte IDH esta no sufre un menoscabo que pueda alterar el conjunto de principios básicos de la materia. Sin embargo, este efecto armonioso de la OC-17 también puede ser entendida porque la misma se limita a realizar constantes reafirmaciones de los instrumentos internacionales de protección, sin establecer estándares jurídicos, que era la pretensión de la CIDH cuando presentó el pedido. Recordemos que la misma, pese a las controversias surgidas al inicio por la forma del planteamiento, apuntó principalmente hacia el funcionamiento de las instituciones de justicia en Latinoamérica al aplicar medidas de protección, porque los límites para la aplicación no eran suficientemente

⁸⁷ Se llama “institucionalización” a la situación de NNA que se encuentran internados en instituciones residenciales como medida de protección.

claros. De ahí, probablemente otro sería el efecto dentro del sistema jurídico, si además de reafirmar las normas y los principios se elaboraran criterios prácticos a partir de ellos que puedan ser considerados por los órganos de justicia al aplicar dichas medidas. Es decir, la implicancia jurídica de la OC-17 en el sistema de derechos para la infancia se produce de manera correcta y sin variaciones, respetando los principios sustanciales y formales; aunque las consecuencias de la misma, por lo menos como contribución jurídica, son más bien descriptiva y modestas, porque no fijan ni tienen pretensiones de avanzar hacia nuevos estándares de protección.

3.4 Criterio de moral social: sobre el concepto de protección

Siguiendo a Atienza (2013, p. 559), el criterio de moral social puede estar incorporada explícitamente en normas jurídicas, en ese caso, la misma puede ser utilizada para evaluar las decisiones judiciales. No obstante, cuando las normas no lo han previsto y se trata de optar por una u otra interpretación a propósito de un determinado concepto valorativo, los jueces pueden decidir de acuerdo con la opinión mayoritaria de la gente, es decir, utilizar como premisa de su razonamiento aquella establecida por la moral social. Sin embargo, en el segundo caso, el problema puede surgir cuando no es posible determinar cuál es la opinión mayoritaria con respecto al concepto, o si la misma realmente existe; o siendo mayoritaria expresen prejuicios contra los propios valores del ordenamiento.

El valor relevante que reviste toda la OC-17 es la “protección”, no obstante, fue precisamente la falta de precisión de ese concepto lo que motivó a la CIDH solicitar una interpretación clara del artículo 19 de la CADH. Aunque la Corte IDH en la mayor parte de su argumentación se refirió al concepto de “medidas de protección”, ésta menciona a la “protección” propiamente dicha de la siguiente forma:

- “La inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 86)
- “La verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales (DESC), que les asignan diversos instrumentos internacionales”. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 87)

De aquí se pueden extraer tres premisas que describen el concepto de protección para la infancia: inmadurez, vulnerabilidad y disfrute de los DESC.

En cuanto a la premisa de inmadurez, la Corte IDH no se ha detenido con precisión para establecer criterios o conceptos al respecto, reduciendo las discusiones sobre protección a cuestiones legales, en este caso sobre medidas de protección. Así, cuando se habla de inmadurez aparecen interrogantes como ¿inmadurez entendida como qué?, y por consiguiente ¿esa inmadurez merece una protección de qué tipo? Aunque la edad es un criterio para intentar entender la inmadurez, especialmente en el ámbito penal, la falta de claridad en la justificación de la misma, hace que esta permanezca en un contexto amplio y abstracto. En consecuencia, esta generalidad abarca diferentes etapas de desarrollo de los NNA, que debido a su complejidad y necesidades propias merecen de un tipo de protección totalmente distinta en cada momento de sus vidas. No digo que la edad sea un criterio incorrecto para ilustrar o positivar la inmadurez e incluso la forma de protección, a lo que me refiero es que ofrecer un concepto de protección en base a la misma trae consigo un enfoque reduccionista y padronizado para concebir un concepto tan importante como ese. Me parece que la justificación de esta premisa pudo haber sido más sólida, especialmente porque proviene de un tribunal especializado, cuya opiniones calificadas pueden ayudar a entender con mayor precisión las complejidades de la materia evitando generalizaciones sobre conceptos fundamentales o trazando líneas sobre las etapas de desarrollo. Tal vez, como señala Beloff (2009 B, p. 68), esto tenga que ver con las “vaguedades propias de la materia”, que parecen ser una constante y no han permitido pensar en la reconstrucción del concepto de protección desde otros puntos de vista, incluso quizás a partir de disciplinas no jurídicas.

Uno de esos campos próximos a la temática de protección para la infancia a los cuales se podría recurrir es la Psicología Evolutiva, o bien a la Psicología Evolutiva del Desarrollo (PED) que viene realizando investigaciones sobre la evolución y desarrollo de los NNA, entendiendo las necesidades de los mismos en esa especialidad que les caracteriza sin ser considerados como proyecto futuro. Según Hernández-blasi; Bering; y Bjorklund (2003 p. 275) esta teoría tiene como rasgos característicos la aplicación de los principios básicos de la evolución darwinista, en particular la selección natural. Esto, para explicar el desarrollo humano contemporáneo a través de mecanismos genéticos y ambientales, considerando no sólo los comportamientos y las cogniciones que caracterizan a los adultos, sino también las características de los comportamientos y de las mentes infantiles. En esta misma línea, Príncipe

(2015, p. 19) señala que los NNA no son “versiones amateur de adultos” enfocados en lograr la perfección y la complejidad de estos últimos, al contrario, son una forma de nuestra especie que se adapta de manera única a las demandas físicas, sociales y cognitivas del entorno en el que se encuentran. Así, tomando como ejemplo la comparación realizada por Bjorklund (2002), la PED considera que el desarrollo evolutivo de las personas no parte de conceptualizaciones lineales que van de lo inmaduro a lo maduro, sino más bien, se caracteriza como una metamorfosis al igual que las orugas que se convierten en mariposas. Si bien es cierto que la PED es una metateoría relativamente reciente⁸⁸, ya son numerosos los trabajos realizados en este campo de investigación, sustentados en principios básicos claramente definidos, cuyos avances además de contribuir con la psicología evolutiva pueden ser de gran ayuda para entender las complejidades de la infancia en el área del Derecho. En sentido, considerar los aportes de otras ciencias, como por ejemplo la Psicología, pueden ayudar a construir conceptos más claros y con mejor sustento teórico.

La otra premisa es la vulnerabilidad, que de acuerdo con Garzón Valdés (1994, p. 737) pueden ser de dos tipos: relativa y absoluta; en la primera, las personas vulnerables reclaman la eliminación de la opresión, es decir, de las condiciones marco de explotación o discriminación, para adquirir o conservar los bienes que le importan. En el segundo caso, no basta simplemente con la eliminación de la situación de opresión, sino que esta debe ir acompañada de medidas de ayuda, convirtiéndose así en claros casos de paternalismo justificado. En este sentido, los NNA se encuentran en esta última, situación que sólo es superada cuando dejan de ser niños y llegan a la adultez. Pero mientras tanto, ¿cómo son atendidas esas necesidades? Para este autor, como también es señalada en la CDN, la obligación es traducida en responsabilidad⁸⁹ la cual se extiende a los padres, familiares e incluso a los Estados, especialmente estos últimos que tiene el deber de satisfacer las necesidades básicas y secundarias⁹⁰ de todos sus miembros.

⁸⁸ “Harold Fishbein publicó el primer libro de texto desde una perspectiva evolucionista del desarrollo en 1976, con el título *Evolution, Development, and Children’s Learning*. La primera colección de artículos organizada en torno a una perspectiva evolucionista del desarrollo fue el volumen editado por Kevin MacDonald (1988), *Sociobiological perspectives on human development*.” (HERNÁNDEZ-BLASI; BERING; BJORKLUND, 2003 p. 275)

⁸⁹ “El concepto de obligación está esencialmente vinculado con el de responsabilidad. Es la existencia de deberes la que nos permite hablar de responsabilidad moral. Somos moralmente responsables de un estado de cosas en la medida en que éste sea la consecuencia de la violación de un deber moral. Esta responsabilidad es tanto mayor cuanto mayor sea el grado de vulnerabilidad del destinatario de la obligación (GARZÓN VALDÉS, 1994, p. 739)

⁹⁰ Necesidades básicas primarias son aquellas cuya satisfacción es indispensable para asegurar la vida en cualquier sociedad. Necesidades básicas secundarias son aquellas cuya satisfacción es indispensable para vivir con dignidad en una sociedad determinada.” (GARZÓN VALDÉS, 1994, p. 740)

Cuando tal no es el caso, los miembros de una sociedad se convierten en seres vulnerables, objeto de explotación por las minorías que detentan el poder. En este sentido podría decirse que una sociedad injusta es aquella que institucionaliza la vulnerabilidad de parte de sus miembros o, para mantenernos dentro del marco de este trabajo, que mantiene a parte de su población en desvalido infantilismo. (GARZÓN VALDÉS, 1994, p. 741)

En un análisis sobre las estrategias argumentativas de la Corte IDH para fundamentar el carácter exigible de los derechos sociales, Beloff (2016) se detiene en el argumento de vulnerabilidad dentro de las decisiones para reconstruir el concepto de “derecho a una vida digna” la cual se sustenta en el argumento de legalidad material. De esta forma, a partir de dos decisiones de la Corte IDH⁹¹, identifica que la idea de vulnerabilidad en los NNA está dada principalmente por la edad (vulnerabilidad absoluta), que al mismo tiempo puede estar acompañada de situaciones de riesgo como el estado de pobreza, indigencia o custodia estatal (múltiple vulnerabilidad relativa).

Así, el Estado no sólo viola el derecho a la vida cuando sus agentes salen a matar niños que viven en las calles, sino también cuando nada ha realizado (o lo ha hecho en forma insuficiente o inadecuada) para generar las condiciones para que esos niños puedan vivir y desarrollarse, en su contexto familiar o comunitario, con todos los recursos materiales y simbólicos necesarios. Este desarrollo argumentativo impactó en clave de derechos, dado que éstos generan no sólo obligaciones de no intervención, sino también obligaciones de hacer. (BELOFF, 2017 p. 144)

Del mismo modo, en la OC-17, el juez Cançado Trindade asocia la premisa de vulnerabilidad con la edad y la condición jurídica, la cual según él, se experimenta en mayor medida al inicio y al final del tiempo existencial. “Todos vivimos en el tiempo. El pasar del tiempo afecta nuestra condición jurídica” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 4). Por consiguiente, en dichas condiciones de vulnerabilidad, los individuos pueden tener derechos específicos, fundados en la igualdad material. Así, la protección de esta condición abarca la descripción de los individuos y la situación en que los mismos se encuentran, para posteriormente revertir la vulnerabilidad relativa que los afecta, aunque como se mencionó más arriba, esta puede presentarse de manera múltiple. En la OC-17, el argumento de vulnerabilidad lleva consigo el uso de los DESC (tercera premisa) para justificar la decisión final, a través de herramientas que proponen superar

⁹¹ Corte I.D.H. *Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63; Corte I.D.H. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112.

dicha situación de desigualdad. Se apela así a la educación y el cuidado de la salud, porque ambas suponen “[...] medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 86). Y específicamente sobre la educación, esta es por medio de ella que “[...] gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños.” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 88).

Ahora bien, este conjunto de premisas elaboradas por la Corte IDH, constituye una valoración del concepto de protección que puede ser discutible. Es decir, si los jueces han interpretado bien o no, teniendo en cuenta los criterios socialmente mayoritarios. Para Atienza (2013, p. 560) dichos criterios o premisas parecen estar vinculados a la idea de democracia, en el sentido de decidir como “la mayoría preferiría que se hiciese”, aunque esto pueda acarrear inconvenientes como ¿cuál es la opinión mayoritaria?, ¿existe opinión mayoritaria?, y en caso afirmativo, ¿son expresión de prejuicios que van en contra de los propios valores del ordenamiento?, ¿hay criterios objetivos en materia de moral?

Después de la aprobación de la CDN y su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales, el enfoque de derechos para la infancia en Latinoamérica y por consiguiente la concepción de protección hacia los mismos ha sufrido un cambio considerable, por la condición de sujeto de derechos. Pero como lo describe Beloff (2009) esto no implica apenas construir un modelo de protección en base a estas las nuevas legislaciones, sino también desarmar el antiguo modelo tutelar de carácter “proteccionista” que imperaba a inicios de los años noventa. Por otro lado, en la OC-17, el juez García Ramírez menciona que esa dicotomía entre ambos modelos constituye un “falso dilema” porque las finalidades básicas de los dos proyectos no se contravienen si son consideradas en sus aspectos esenciales, y que además es posible establecer entre ellas una “corriente de síntesis dialéctica”.

Sin embargo, más allá de los fundamentos teóricos, en el imaginario social, uno de los temas más relevantes y que continúa siendo objeto de discusión en materia de derechos para la infancia se da en cuanto a la protección que se debe brindar a los nuevos sujetos de derecho, o sea ¿cómo proteger a los NNA? Esto se ve reflejado en nuestra región y cada vez con mayor intensidad en los debates sobre temas que involucran a los mismos y donde la familia así como el Estado desempeñan su rol tutelar. A través de un recorrido histórico, Conde (2008, p. 76) señala que la “construcción social de la infancia” fue un proceso que permitió identificar y

considerar a los NNA como sujetos diferentes y, por tanto, reconocerles una existencia que debía ser pensada, por eso durante los siglos XVIII y XIX los discursos sobre la infancia estaban vinculados con la salud, la educación, el futuro de la sociedad, el trabajo y la familia. Posteriormente, con la aparición de la CDN, estos discursos comienzan a ser moderados y el niño pasa a ser un miembro efectivo dentro de la familia, dentro de cual no está obligado a permanecer si se cumplen las condiciones excepcionales de separación como las previstas en la propia OC-17.

Pero el ámbito de actuación familiar, aunque atenuado por las nuevas legislaciones, al decir de Conde (2008, p. 92), continúa siendo la “matriz social” y por lo tanto, el universo que construye al sujeto singular. Así, la función social de la familia como institución es innegable en las sociedades latinoamericanas, la cual es históricamente representada bajo concepciones religiosas, principalmente católico-cristianas, a partir de discursos similares (o renovados) de aquellos que caracterizaron a los siglos anteriores a la CDN. De esta forma, las transformaciones en campos nobles para la infancia como la educación, genera confrontaciones sociales entre quienes defienden uno u otro enfoque derecho. Uno de esos ejemplos, son los debates relacionados al contenido de la malla curricular para las instituciones educativas, en el cual la protección a los NNA aparece justificada en la moral religiosa, principalmente ante el abordaje de temas relacionados a la educación sexual, la representación de géneros o la propia constitución de la familia⁹². Pero en contraposición, existen repuestas por medio de acciones a favor de una apertura del contenido educativo en escuelas y colegios, que es justificada en el derecho a la participación de los propios NNA en esas discusiones curriculares. Acompañan a estas acciones, las constantes campañas y movilizaciones impulsadas por organizaciones civiles y grupos estudiantiles contra la lucha de los diferentes tipos de violencia, especialmente aquellas que ocurren en la familia o en las instituciones educativas.

Otra cuestión social que sin lugar a dudas es objeto de constantes controversias, lo constituyen los debates sobre la reducción de la edad penal para adolescentes que cometen

⁹² Este último, por motivos económicos y políticos, que tienen que ver con la migración por causa del alto nivel de desempleo y mejores oportunidades de vida. Ver: UNICEF. “Migración e Infancia”. Oficina Regional para América latina y el Caribe Unidad de Políticas Públicas: Panamá, 2006. Disponible en: <https://www.unicef.org/lac/migracion_e_infancia.pdf> o sociales y culturales, asociadas a casos de divorcio, paternidad irresponsable, dando lugar a diferentes tipologías de familias constituidas por abuelos, tíos, e incluso vecinos. Ver: ULLMANN, Heidi; MALDONADO VALERA, Carlos; RICO, María Nieves. La evolución de las estructuras familiares en América Latina, 1990-2010: Los retos de la pobreza, la vulnerabilidad y el cuidado. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el marco del Proyecto CEPAL-UNICEF (UNI/12/001): Santiago de Chile, 2014. Disponible en: <https://www.unicef.org/lac/S2014182_es.pdf>

delitos, fundada en la protección de los mismos y de la sociedad en el “combate contra la delincuencia”. En contraposición se tienen investigaciones como las de Unicef que, con base en argumentos de la neurociencia, han demostrado que el encierro de adolescentes no contribuye a la seguridad pública⁹³. Asimismo, campañas como el “Movimiento Mundial a favor de la infancia (MMI-CLAC)⁹⁴” han manifestado preocupación por el endurecimiento punitivo y ejemplar hacia los adolescentes infractores, en vez de exigir medidas preventivas, educativas y sociales que aborden las verdaderas causas del problema. En efecto, este escenario social de conflicto, que parecía haberse superado con el advenimiento de la CDN y las nuevas leyes nacionales que aumentaron la edad de imputabilidad para el ingreso al sistema penal, al contrario de lo señalado por el juez García Ramírez⁹⁵, continúan tan vigentes en el imaginario social regional que tiene como resultado una polarización de la opinión pública.

En ambos casos, como en muchos otros, el concepto de protección a los NNA es entendida como protección social (de valores familiares y seguridad pública), que al mismo tiempo constituyen representaciones sociales que exigen ser protegidas por el Estado, porque en ella están involucradas construcciones históricas de moralidad. En este sentido, ambas situaciones pueden ser vistas como resultado de la ruptura entre la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral, que plantean diferentes enfoque de protección, y que van respectivamente desde: menor – abandonado – delincuente; hasta niño – persona – sujeto de derechos. De esta forma, considero que sí existe una dicotomía entre ambas corrientes, y producto de ello son los debates sociales que ocurren a diario, y cada vez con mayor frecuencia cuando se trae a colación temas que tiene que ver con la protección de los NNA.

Al respecto, puede resultar ilustrativo el siguiente cuadro elaborado por Eduardo Bustelo Graffigna, a partir de Alan Prout, para demostrar la asimetría existente entre la concepción psico-social de los NNA y los adultos:

⁹³ Ver: BARQUET, Paula; CILLERO, Miguel; VERNAZZA, Lucía. Aportes para la cobertura periodística sobre la rebaja de la edad de imputabilidad. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF: Montevideo, 2014, p. 28. Disponible en: <<https://www.unicef.org/uruguay/spanish/unicef-edad-imputabilidad.pdf>>

⁹⁴ El MMI-CLAC es una alianza estratégica de organizaciones de la sociedad civil, agencias y organismos internacionales y multilaterales con cobertura regional en América Latina y el Caribe trabajando con y por los niños, niñas y adolescentes en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño siendo parte del Movimiento Mundial por la Infancia. Ver comunicado en: <https://www.unicef.org/lac/media_19263.htm>

⁹⁵ Para el juez García Ramírez, la creciente delincuencia juvenil o infantil en Latinoamérica ha provocado reclamaciones “crecientes y explicables” de la opinión pública, que dieron lugar a cambios legales e institucionales. Entre esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 20).

Cuadro 16 – La gran asimetría adultocéntrica

Adulto	Infancia
Maduro	Inmaduro
Racional	Emocional (irracional)
Autónomo	Dependiente
Mayor	Menor
Autoridad	Obediencia
Competente	Incompetente
Completo	Incompleto
Público	Privado
Cultura	Naturaleza
Independiente	Dependiente
Trabaja	Juega
Actor	Objeto
Visible	Invisible
Fuerte	Vulnerable
Formado	Maleable

Fuente: BUSTELO GRAFFIGNA, 2012, p. 289

3.5 Criterio de moral justificada: el concepto de protección a partir de la reconstrucción del discurso moral

Aunque la moral social sea uno de los criterios para evaluar las decisiones de los tribunales, en el sentido de que la decisión del juez coincida con la moral de la sociedad, esta no necesariamente constituye un criterio decisivo. En algunos casos el juez puede apartarse de este criterio y justificar su decisión teniendo en cuenta una moral justificada. Sin embargo, la utilización de este último criterio puede acarrear objeciones del tipo “no es necesario -o no se debe- recurrir a ese criterio; no es posible hacerlo”, que pueden ser traducidas por un lado en, la necesidad de mantener la separación conceptual entre el Derecho y la Moral, y por el otro en preguntas como: ¿cuál es la moral justificada, la moral a la que debe acudir el juez?; ¿acaso existe alguna? (ATIENZA, 2013, p. 560). Para Atienza, esta segunda objeción parece ser la más importante, ya que según sus sostenedores (muchos positivistas defensores de las teorías críticas del Derecho), reconocer este criterio en la argumentación judicial implica incluir un componente de carácter irracional o arracional como criterio de evaluación. Uno de ellos es Aulis Aarnio (1977, p. 115), para quien la valoración ética es siempre relativa y no puede contener propiedad de verdadero/falso, porque es el sujeto quien atribuye cualidad a las cosas, es decir, “valioso es lo que el sujeto considera valioso, en este sentido, una valoración es

siempre subjetiva o ligada a un sujeto”. Sin embargo, como bien indica Atienza, ésta no tiene por qué ser una conclusión inevitable.

Una propuesta de teoría ética que defiende el objetivismo moral es el “constructivismo ético”⁹⁶ desarrollado por el profesor Carlos Santiago Nino (1989A), con base en los trabajos de Hobbes (funciones sociales de la moral) y Kant (presupuestos formales de la moral) cuyo enfoque se concentra en la práctica social de la discusión moral. De esta forma, “[...] parte del hecho de que los juicios morales no se justifican en el vacío sino en el contexto de la práctica social del discurso moral que tiene presupuestos estructurales adaptados a sus funciones sociales.” (NINO, 1989A, p.13). Para llevar adelante esta teoría, Nino desmonta el “racionalismo no crítico o comprensivo”⁹⁷, que según él acaba conduciendo al escepticismo⁹⁸ o al relativismo ético⁹⁹, como el propuesto por Aarnio, quien “no consigue demostrar que una ética no objetivista no sería una ética arbitraria” (NINO, 1989B, p. 63), o sea, una ética cuyos juicios últimos se reducen simplemente a decisiones, actitudes o emociones que no están controlados por la razón. Esta concepción reduccionista de la moral, por así decirlo, es la que ha sido utilizada por algunos filósofos para apoyar su escepticismo, dando como resultado un “vaciamiento de significado de la terminología moral”. Sobre este concepto errado, Nino (1989B, p. 86) cita como ejemplo, aquella que sostiene que una explicación puramente egoísta de una acción puede ser una justificación moral; o una visión de la sociedad como la de Nietzsche puede también ser una concepción moral. Para este autor, uno de los factores que más ha contribuido a este vaciamiento del concepto de moral es la útil y perversa distinción entre “moral social” y “moral crítica o ideal”. Esta perversión señalada, la cual precisa ser superada, consiste en “[...] desconocer que debe existir un núcleo común entre los sistemas morales vigentes en diversas sociedades y las concepciones morales ideales, no obstante la enorme diversidad de sus contenidos.” (NINO, 1989B, p. 87).

⁹⁶ Nino (1989A, p. 11) señala que, la idea central del constructivismo ético es que los juicios morales se justifican sobre la base de presupuestos procedimentales y aún tal vez sustantivos, de esa práctica social en cuyo contexto se formulan.

⁹⁷ “Podríamos decir que el racionalismo no crítico o comprensivo corresponde a la actitud de aquel individuo que expresa que no está preparado para aceptar nada que no pueda ser defendido por medio del razonamiento o la experiencia.” (POPPER, 1991 p. 443)

⁹⁸ Para Nino (1989B, p. 59) el escepticismo ético es la creencia de que no existen métodos racionales para determinar la validez de juicios valorativos o morales, y, en consecuencia, se ven obligados a concluir que no hay, en última instancia, mejores argumentos para defender la concepción que propicia la libertad necesaria para el ejercicio de la razón que para defender concepciones adversas a ese ejercicio.

⁹⁹ “[...] La justicia absoluta es un ideal irracional... Pero ¿cuál es la moral de esta filosofía relativista de la justicia? ¿Acaso tiene moral alguna? ¿O se trata tal vez de un relativismo amoral o inmoral como muchos sostienen? No lo creo.” (KELSEN, 1956 p. 79)

La moral social o positiva es el producto de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende dar cuenta de principios de una moral ideal. Sin la aspiración de actuar y juzgar de acuerdo con una moral ideal no habría moral positiva. Las reglas de la moral positiva se generan a partir de un tipo de discurso en el que se formulan juicios que pretenden referirse no a tales reglas de la moral vigente sino a los principios de una moral ideal. (NINO, 1989B, p. 93)

Por otro lado, a pesar de las contribuciones de varios filósofos para la construcción de esta teoría, Nino reconoce que estos dejan de lado el aspecto discursivo o argumentativo de la moral social vinculado a la adquisición de creencias morales. Sin embargo, sobre este aspecto, señala que para realizar la descripción de la moral en una sociedad, se debe dar cuenta no sólo de las reglas que allí rigen y las virtudes de carácter que exhiben los individuos, sino también, del discurso que ellos desarrollan para favorecer y oponerse a ciertas conductas o prácticas. “Este discurso es una práctica social y como tal es históricamente contingente”. (NINO, 1989B, p. 103).

El discurso moral constituye una técnica para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes frente a conductas sobre la base de la coincidencia de creencias en razones morales; esa convergencia en acciones y actitudes, que se pretende obtener mediante la coincidencia de creencias que la discusión moral tiende a lograr, satisface, evidentemente, las funciones de reducir los conflictos y facilitar la cooperación. (NINO, 1984, p. 103).

Para resolver esas convergencias y ofrecer una justificación desde el contexto democrático, Nino se sirve del “constructivismo epistemológico”¹⁰⁰, para explicar cómo se produce el consenso en una discusión moral real, que, “[...] si bien no es constitutivo de principios morales válidos, es un buen indicio para saber cuáles son ellos, ya que la unanimidad entre todos los interesados da una buena garantía de imparcialidad.” (NINO, 1989A, p. 15). Esto lleva a la necesaria determinación de principios morales, que en materia de DDHH se traducen en sus rasgos distintivos: principio de inviolabilidad de la persona, principio de autonomía de la persona y principio de dignidad de la persona¹⁰¹ (NINO, 1989B, p. 46). Una vez delimitado dicho consenso, se espera que las decisiones judiciales se fundamenten en dichos

¹⁰⁰ Esta es ubicada dentro del constructivismo ético; y se encuentra en el plano ontológico, entre el individualismo y el colectivismo (como resultado del contraste de posiciones entre Rawls y Habermas), y en el plano epistemológico entre el elitismo y el colectivismo. (NINO, 1989A, Capítulo V)

¹⁰¹ Los presupuestos que todo principio debe satisfacer son: las condiciones formales de generalidad, universalidad, superveniencia, publicidad y los valores de autonomía en la adopción de los principios y el de imparcialidad que define la validez de estos. De estos presupuestos se derivan una serie de principios (el de autonomía, el de inviolabilidad de la persona y el de dignidad). Y de estos principios podemos derivar los derechos humanos básicos.

principios. Cabe destacar que los mismo, son el resultado de presupuestos procedimentales de la práctica social en cuyo contexto fueron formulados, conforme guía el constructivismo ético.

Teniendo en cuenta que los conflictos en el campo del derecho, y en este caso particular que afectan a los DDHH, la justificación dentro del sistema jurídico debe partir de un discurso no insular, es decir, que el discurso jurídico no puede apartarse de consideraciones morales y de justicia. Para Nino (1994, p.82) “este imperialismo del discurso moral implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales”, suscribiéndose así a la tesis de la unidad del razonamiento práctico¹⁰². Ahora bien, para justificar racionalmente esos principios morales normativos de índole liberal, el constructivismo ético se propone reconstruir los conceptos morales para que éstos puedan cumplir sus funciones sociales. Según Malem (1995, p. 20), “[...] la reconstrucción de los conceptos morales, y del propio concepto de moralidad, serviría tanto para identificar instituciones sociales ampliamente reconocidas como válidas y para satisfacer necesidades básicas de la vida”.

Ahora bien, para determinar la justificación del discurso moral realizado por los jueces en la OC-17 sobre el concepto protección es necesario recurrir a las tres premisas que fueron identificadas: inmadurez, vulnerabilidad y el disfrute de los DESC. De los rasgos característicos mencionados por Nino, el principio de dignidad de la persona humana, parece haber sido el más adecuado para llevar a adelante la reconstrucción del concepto de protección. Así lo entendieron los jueces de la OC-17, quienes justificaron sus respuestas en base a dicho principio. Sin embargo, el constructivismo ético no se pregunta simplemente sobre los valores morales de la sociedad actual, sino que se muestra más preocupada en saber ¿con qué procedimiento fueron formuladas las opiniones morales?

Como ya fue señalado, la Corte IDH en su decisión se mostró más enfocada en ofrecer razones sobre las “medidas de protección”, en casos donde ocurre una conducta penalmente típica, dejando casi de lado el concepto intrínseco de “protección”, que no se reduce únicamente

¹⁰² “Hay quienes se sienten tentados a hablar de una justificación moral, otra jurídica, otra prudencial, etc., como si se tratara de justificaciones independientes de las acciones. Esto implicaría una desintegración del razonamiento práctico que frustraría el objeto de la pregunta acerca de la justificación de las acciones: alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídicamente o prudencialmente, y no saber aún cómo, en definitiva, debe actuar. El razonamiento práctico presupone una jerarquización de razones que evita esa situación: las razones prudenciales justifican acciones sólo cuando no son desplazadas por razones morales; no hay, en cambio, razones jurídicas autónomas sino que la existencia de ciertas normas jurídicas constituye una razón auxiliar que sólo justifica una decisión cuando se combina con razones morales o prudenciales adecuadas”. (NINO, 1989B, p. 112)

al tipo de caso citado. Esta situación, como ya fue dicho, tal vez se dio por las denominadas “premisas interpretativas” señaladas por la CIDH que hicieron que la OC-17 tomara ese camino más “judicial”. A pesar de eso, la Corte llega a un concepto de protección para la infancia, que se ve sustentada por las tres premisas antes señaladas. Ahora bien, ¿cómo se llega a esas premisas? En el caso del juez García Ramírez, sus razones partieron de dos caminos a saber: la “delimitación de jurisdicciones en base a una ficción jurídica”, que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y desarrollo de los NNA. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr.11); y la “necesidad de devolver el sentido genuino a la palabra tutela” para que el niño reciba un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr.22). En el caso del juez Cançado Trindade, este refiere al inicio de su voto directamente al principio dignidad de la persona humana, por lo que su justificación está más asociada a la protección erga omnes, mediante la adopción de medidas positivas que aseguren la protección de los niños contra “malos tratos”, ya sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 58). Esto, porque la condición de vulnerabilidad en que están los NNA, hace necesaria una protección especial que les permita ejercitar sus derechos individuales ante las instituciones. Esta protección se extiende, debido al deterioro de las políticas sociales básicas en la región, que se ven agravadas por los problemas económico-sociales que afectan a los NNA, y dificulta que los mismos puedan acceder a los DESC. Tan importante son estos últimos, que es a través de esos derechos que los NNA podrán crear y desarrollar sus propios proyectos de vida. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 52).

Así se tiene, que las opiniones de los jueces descansan en el principio de dignidad de la persona humana, que como fue visto es resultado de presupuestos morales en su sentido esencial (moral social y moral ideal). Del mismo modo, los procedimientos utilizados por los jueces no se apartan de esa dualidad de justificación, ya que conectan razones de moral social y moral ideal para formular sus opiniones, que es lo que Nino menciona como “discurso moral”. De esta manera, la opinión de la Corte IDH sobre el concepto de protección se adecua a una perspectiva interna del discurso, donde lo relevante es el conjunto de reglas, procedimientos, valores y criterios de validación; quedando en un segundo plano la perspectiva externa, que

explica la práctica del discurso como producto causal de ciertos desarrollos históricos y, quizá, como un mecanismo funcional en relación con las necesidades de la adaptación evolutiva¹⁰³. No obstante, esto no quiere decir que la relación entre ambas perspectivas sea inexistente.

Estas situaciones pueden darse cuando la atención del discurso se centra en la esfera social o positiva, constituida por la “práctica del discurso o argumentación moral” (NINO, 1989A, p. 34) que contribuye a generar pautas de conducta moral como una técnica social para superar conflictos y facilitar la cooperación a través del consenso. Pero esto no significa una dependencia de la perspectiva interna con respecto a la externa como es sostenido por el escepticismo ético, sino que se produce por el resultado de procesos históricos como las fundamentadas en la autoridad divina o en la tradición. Situaciones como esas son aquellos citados en el criterio de evaluación anterior, con respecto a las discusiones sociales en torno a la educación sexual adecuada que deben recibir los NNA ante un modelo de familia tradicionalmente cristiana, que caracteriza a las sociedades latinoamericanas. En este sentido, si bien es cierto que la Corte IDH reafirma instrumentos internacionales, en las opiniones de los jueces también puede verse de manera clara la moderación que ha sufrido la familia como institución en su rol protector. Esto como resultado de la condición de sujeto de derechos que adquirieron los NNA, a quienes no sólo la familia, sino también el Estado y la sociedad deben brindar una protección integral. Y, ante casos en que la familia viole su función de protección, el Estado, aunque excepcionalmente, puede decidir la separación del niño de su ambiente familiar. Por otro lado, la OC-17 busca conciliar esa función de protección que cumple la familia, la cual es abordada como “núcleo central de protección” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 62-70), y donde el Estado como responsable del bien común, tiene la obligación positiva de resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño prestando asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 88). No obstante, como ya se ha mencionado antes, el proceso histórico que sufrió la infancia es de menos de treinta años, y la transición inacabada de un paradigma a otro dificulta superar algunas prácticas sociales del antiguo sistema. Esta situación nos remite nuevamente a los límites que el Estado, la familia y la sociedad deben observar, atendiendo su función protectora de derechos de los NNA.

¹⁰³ NINO, 1994, pág. 49.

4 CAMINANDO EN LÍNEA RECTA NO SE PUEDE LLEGAR MUY LEJOS: LOS DILEMAS Y LAS AMBIGÜEDADES EN LOS EFECTOS DE LA OC-17

- Pero ¿dónde crees que iría? (refiriéndose al cordero)
- A cualquier lado. Derecho, hacia adelante...
- Entonces el Principito exclamó:
- Eso no interesa, ¡en mi casa es todo tan pequeño!
- Y, con un poco de melancolía quizá, agregó:
- Caminando en línea recta no se puede llegar muy lejos... (DE SAINT-EXUPÉRY, Cap. III, 1943).

La división a partir de los efectos producidos por la OC-17 responde a una diferenciación meramente didáctica para entender los alcances y las consecuencias de la misma en los derechos de la infancia latinoamericana. La parte interna se centra en los temas abordados por la opinión consultiva en relación a la protección de los NNA, que constituye el telón de fondo de toda la OC-17. En la segunda parte a la que denomino efectos externos, se pretende ilustrar la incidencia de la opinión consultiva en la jurisprudencia de la Corte IDH, a través de su uso en los casos contenciosos. Así, teniendo en cuenta estos dos enfoques considero posible obtener una perspectiva desde adentro y hacia afuera, lo que permitirá entender de una manera más adecuada los efectos producidos por la OC-17 en el sistema interamericano de justicia y su contribución al sistema de protección integral. Por último, como consecuencia de los efectos, me propongo a ilustrar dos caminos que considero necesarios para avanzar en la revolución de los derechos de la infancia en Latinoamérica, teniendo en cuenta la importancia que cumple el rol del Estado como garante de protección de derechos de los NNA y para superar los dilemas y las ambigüedades.

4.1 Efectos internos de la OC-17¹⁰⁴

4.1.1 Protección e intervención estatal

De acuerdo con Nino existen tres principios morales de cuya combinación resultan los DDHH: inviolabilidad, autonomía y dignidad. Sobre el principio de autonomía de la persona, éste señala que:

¹⁰⁴ Ver: Apéndice C - Efectos internos de la OC-17, p. 175.

Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. (NINO, 1989B, p. 204-205)

De esta manera, cuando se refiere a los límites de la interferencia estatal se opone al perfeccionismo¹⁰⁵, diferenciándolo del paternalismo estatal, que consiste en “imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente” (NINO, 1989B, p. 414). Cita como ejemplo, la educación de los jóvenes destinada a desarrollar la autonomía personal de los mismos. Esta educación es dada sin imposición de criterios, es decir no pretende llevar a cabo ciertos planes de vida preestablecidos, sino que tiene por objetivo proveer un bien relevante (acceso libre al conocimiento y la adquisición de principios de racionalidad) para que los estudiantes puedan realizar sus propias elecciones. Por otro lado, cuando un sector intenta imponer a los demás miembros un modelo a partir de una concepción de “sociedad ideal”, se puede obtener como resultado tensiones sociales entre los diferentes grupos o comunidades que integran el Estado, así como fue visto en los ejemplos del criterio de moral social.

La intervención estatal en la vida de los NNA puede ser concebida a partir de la protección que el Estado les debe brindar, es decir, ¿cómo el Estado interviene para proteger a las personas menores de edad? La idea de protección para infancia en Latinoamérica puede ser caracterizada a partir de dos modelos en tensión, que según la denominación del juez García Ramírez son: “tutelar” y “garantista”¹⁰⁶; y que en los términos de Emilio García Méndez (1994) sería: modelo de situación irregular y modelo de protección integral, respectivamente. Según este juez, el primero tiene por objetivo brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere; mientras que el segundo, se preocupa por el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías¹⁰⁷. Con una propuesta superadora a la que se denominó de

¹⁰⁵ “Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores.” (NINO, 1989B, p. 205)

¹⁰⁶ “Esta calificación denota el retorno de las garantías -esencialmente, derechos del menor, así como de sus padres- al régimen de los niños infractores.” (CORTE I.D.H. OC-17/2002. Voto del Juez Sergio García Ramírez, párr., 19)

¹⁰⁷ CORTE I.D.H. OC-17/2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr., 22.

“síntesis dialéctica”, el juez García Ramírez intenta explicar la innecesaria polarización de modelos, a la que llama de “falso dilema”. En contraposición, para Beloff (2009, p. 159) el dilema entre ambos modelos no es falso porque desde el punto de vista normativo, son sustancialmente diferentes, “[...] tanto en su concepción del sujeto, en su concepción de la desviación normativamente relevante, y en su concepción de la institucionalidad que debe ofrecer el Estado frente a los delitos por un lado y frente a las violaciones de derechos por otra”. Para rescatar la idea de “tutela” y conciliar ambos modelos, el juez García Ramírez explica que la misma fue mal entendida o mal interpretada, debido a su “extraordinaria flexibilidad” para determinar la injerencia del Estado¹⁰⁸. Y éste reconoce que dicha flexibilidad hizo que se reuniera dentro del mismo marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y aquellos que no lo eran. Por consiguiente, la interpretación errada del concepto de tutela llevó a la impugnación del modelo del mismo nombre, como bien lo indica en su citación al profesor Eugenio R. Zaffaroni¹⁰⁹. Por este motivo, una vez redimida la concepción de tutela (¿?) y superado el falso dilema entre los modelos de protección, el juez García Ramírez al igual que la OC-17 deciden evitar suscribirse a cualquiera de los dos modelos mencionados anteriormente.

Recordemos que en el modelo tutelar, el marco jurídico legitimaba la intervención estatal “discrecional” sobre la infancia, entendida ésta como: grupo de personas abandonadas, delincuentes, vagabundos, “niños de la calle” y otras denominaciones que continúan siendo comunes en el contexto social actual. Mientras que en el modelo de “protección integral”, la intervención está limitada por las garantías constitucionales ante una conducta delictiva concreta, desjudicializando las cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales. En este sentido, creo que hubiera sido una buena salida por parte de la OC-17 optar por el modelo que denominaron de “garantista” y así extender un manto de claridad sobre la concepción de intervención estatal para la infancia. Más allá de que el propósito “intrínseco” de la idea tutelar que explica el juez García Ramírez no fue entendida en su momento, produciendo confusiones y serios problemas en el sistema de derechos, la combinación de

¹⁰⁸ CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 17.

¹⁰⁹ “[...] el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como “derecho tutelar”, ha sido puesto en duda con sobrados motivos hace algunos años y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etc. [...]” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 22 apud ZAFFARONI, 1984, p. 94)

ambos modelos sólo genera más interrogantes. De esta forma, si la propuesta es sólo rescatar la institución de la “tutela”, ¿por qué empeñarse en revivir un modelo que ha causado profundos daños a las sociedades latinoamericanas? Un modelo que, aparentemente superado, continúa presente en las instituciones del Estado, en la mayoría de los casos a través de los propios servidores de justicia que reproducen el modelo de protección en el cual fueron formados. A esto se suma las cicatrices sociales dejadas por los procedimientos judiciales para la aprehensión de NNA o el trato inhumano que sufrieron muchos de ellos dentro de los centros educativos de rehabilitación. Por consiguiente, la pretensión del juez García Ramírez es inconciliable y me parece que no condice con su interés de “superar los desaciertos”¹¹⁰ como él mismo lo ha manifestado en una actitud admirable que pocas veces se ve en el ambiente académico, especialmente entre los juristas. Se tiene entonces, que no se resuelve sobre el tipo de protección estatal adecuado para la infancia y se pasa directamente a abordar sobre las medidas de protección relacionadas a adolescentes en conflicto con la ley penal.

En la misma línea argumentativa, el juez Cançado Trindade también coincide en la innecesaria adopción del modelo de protección integral, y plantea la idea de protección para los NNA como una obligación de carácter “erga omnes” a partir del *corpus juris* de los derechos humanos del niño como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección, especialmente en su relación con el Estado u otras instituciones. Éste señala además que, el hecho de que los niños no disfruten de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición de sujetos de derecho. Conforme esta idea de protección que surge a partir de la obligación, es posible recurrir a uno de los trabajos de David Achard (2004, p. 154), donde sostiene en sus presunciones de *liberal standard* con respecto al Estado, la función de patria potestad que éste tiene para proteger los intereses del niño¹¹¹ y de actuar como suplente de los padres. Es decir, intervenir subsidiariamente y como última instancia, cuando la familia haya demostrado incapacidad para cumplir con sus obligaciones. Así, el Estado interviene en caso de que los padres no garanticen los derechos de los NNA y para corregir el error cometido, resguardando el interés superior del niño y su autonomía personal.

¹¹⁰ “Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas -acertando y errando, y queriendo ahora superar los desaciertos o mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento-, hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones” ¹¹⁰ (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 24).

¹¹¹ “The state may claim a legitimate interest in the welfare of children both as *current* human beings to be cared for and as *future* citizens who must now be trained for their eventual roles in society.” (ACHARD, 2004, p. 155).

Al respecto, parece ser que el juez Cançado Trindade, debido a sus reiteradas manifestaciones al derecho de petición individual y a la autonomía de la persona, se aproxima a una línea de “Estado liberal” como el tipo de Estado más adecuado para la protección de la infancia, conforme lo establecido por la CDN y los demás instrumentos internacionales de protección. Para el mismo, todo el nuevo *corpus juris* del Derecho Internacional de los DDHH ha sido construido sobre la base de los imperativos de protección e interés superior del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad, de su estatuto político, o cualquiera otra situación o circunstancia. En consonancia, la responsabilidad del Estado por todos sus actos, tanto *jure gestionis* como *jure imperii*, y todas sus omisiones, pone de relieve la personalidad jurídica de los individuos y su acceso directo a la jurisdicción internacional para hacer valer sus derechos. Todo esto, señalado como resultado del “eterno retorno” o “renacimiento” del iusnaturalismo que contribuyó en la afirmación la consolidación de la primacía en el orden de los valores, de las obligaciones estatales en materia de DDHH, y del reconocimiento de su necesario cumplimiento frente a la comunidad internacional como un todo, en vista a un sistema jurídico verdaderamente universal. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 20).

En este sentido, el juez Cançado Trindade parte de una concepción kantiana de persona humana, que incluye a todos los seres humanos independientemente de las limitaciones de su capacidad jurídica (de ejercicio), para explicar el advenimiento de los NNA como sujetos de derecho. Sobre esta concepción, MacIntyre (1984) señala cinco rasgos distintivos del liberalismo en su variante kantiana: 1) la idea de que la moral está compuesta fundamentalmente por reglas que serían aceptadas por cualquier individuo racional en circunstancias ideales; 2) el requisito de que esas reglas sean neutrales respecto de los intereses de los individuos; 3) la exigencia de que las pautas morales sean también neutrales en relación a las concepciones de lo bueno que los individuos pueden sustentar; 4) la idea de que los agentes morales destinatarios de tales reglas son los individuos humanos y no, por ende, entes colectivos; y 5) la exigencia de que las reglas morales sean aplicadas del mismo modo a todos los individuos humanos, cualquiera sea su contexto social¹¹². Esto se adecua a sus opiniones sobre un sistema jurídico internacional a través de intereses comunes superiores; 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; y la titularidad de derechos del

¹¹² Segundo MacIntyre (1981, p. 379-399, apud NINO, 1988, p. 364)

niño como individuo, y no de la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial¹¹³.

Con base en los enunciados kantianos, los tres principios morales propuestos por Nino y de cuya combinación derivan los DDHH, constituyen a su vez, la base de una concepción liberal de la sociedad y de cuya combinación se deriva un conjunto plausible de derechos individuales básicos. Dichos principios fundamentales son *categoricos*, en el sentido de que ellos no condicionan la titularidad de tales derechos a la posesión de una u otra característica, y son *erga omnes*, o sea se aplican a todos y a todo (NINO, 1989B, p. 45). En cuanto a la protección de los NNA, el juez Cançado Trindade sostiene que la obligación de protección *erga omnes* se fundamenta en los artículos 1.1 (respetar y hacer respetar los derechos consagrados) y 17 (protección a la familia) de la CADH, que pasan a revestir de una dimensión más amplia el contenido del artículo 19 del mismo cuerpo legal. Esto, en concordancia con la decisión de la OC-17, la obligación de los Estados Partes consiste en garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos individuales en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares. Sin embargo, una de las cuestiones divergentes que bien apunta Nino, es si la noción de derechos humanos incluye o no alguna especificación acerca de los responsables de la preservación y expansión de tales derechos.

Aquí hay una discordancia entre, por un lado, el hecho de que el discurso acerca de los derechos humanos se haya desarrollado históricamente como un reclamo de protección frente a órganos estatales, conservando aun hoy día ese carácter, y, por el otro, la convicción de que esos derechos son *erga omnes* y se ven igualmente afectados tanto por la acción de las autoridades como por la de los particulares. Esta discordancia ha dado lugar a divergencias entre teóricos y a quejas de que es hipócrita acusar sólo a los gobiernos establecidos de violación de derechos humanos, haciendo caso omiso de violaciones por parte de delincuentes comunes y de terroristas. (NINO, 1989B, p. 48).

El juez Cançado Trindade se aproxima a este segundo grupo para explicar su negativa en la adopción del modelo de protección integral¹¹⁴, que según señala, “insiste en que la CDN se limita a crear obligaciones estatales”, motivo por el cual la considera “inconvincente y jurídicamente infundada”¹¹⁵. Sostiene además, que dicha corriente de pensamiento deja de

¹¹³ “En efecto, son sujetos de derecho los niños, y no la infancia o la niñez” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 6)

¹¹⁴ Como se ha visto existen dos modelos de protección para la infancia, y aunque el juez Cançado Trindade no menciona el nombre de la “corriente doctrinal”, éste se refiere obviamente al modelo de “protección integral”, que es el que precisa de una justificación para ser rechazado.

¹¹⁵ “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

apreciar la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como sujeto de derecho. Sobre las obligaciones de protección, éste apunta que ellas existen en razón de los derechos humanos del niño consagrados en la CDN y los demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Aunque sus afirmaciones son pasibles de discusión, resulta difícil ensayar una respuesta precisa, especialmente porque las opiniones dadas carecen de justificación suficiente y no se mencionan fuentes ni datos en los que se basan dichos argumentos, así como tampoco realiza una citación expresa sobre la misma, como sí lo hace en sus ataques contra el positivismo jurídico. Por consiguiente, además de no conseguir desacreditar al modelo de protección referido, debido a una insuficiente justificación, sus acusaciones acaban generando dudas sobre el sentido que debe darse a la protección para la infancia, la responsabilidad estatal, y el camino que debe seguirse en base a los imperativos categóricos de protección. Ahora bien, creo que ese reduccionismo injustificado que plantea el juez Cançado Trindade, donde somete a la doctrina mencionada es producto de una imagen marcada por los constantes reclamos hacia los deficientes sistemas de protección que se tiene en Latinoamérica; o bien, de las atrocidades que fueron y continúan siendo víctimas los NNA por parte del Estado en nombre de la llamada “protección”.

Sobre el mismo, explica Nino que esta discordancia acerca de los “reclamos de la protección” no ocurre sobre aspectos esenciales de la noción de derechos humanos, sino de rasgos contextuales o conversacionales del tipo de discurso en el que se suele apelar a tales derechos. Éste señala que, cuando son los particulares los que vulneran los derechos humanos, el remedio para la situación puede ser obtenido mediante invocación de derechos ante las autoridades públicas. En cambio, cuando son las propias autoridades las que incurren en prácticas violatorias de los derechos humanos, ello implica que no hay, en el respectivo sistema, derechos jurídicos efectivamente reconocidos y obliga a apelar directamente a derechos morales y a dirigirse a un auditorio diferente del que suele ser destinatario del discurso jurídico (NINO, 1989B, p. 48). Esta segunda hipótesis, tal vez la que se vienen dando de manera más común en la región, es la que motivó la consulta de la CIDH para reclamar sobre el tipo de protección que

estatales. Esta postura me parece inconvincente y jurídicamente infundada [...]” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 39)

el Estado debe brindar a los NNA, además de determinar cuáles son los límites para la actuación estatal.

Ahora bien, una vez claro que la CDN no se limita a crear obligaciones estatales, y que las obligaciones estatales consisten en garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos individuales en relación con el poder del Estado, el siguiente punto a resolver está relacionado con la intervención estatal asociada a la protección. En el capítulo anterior se había visto que, el concepto de protección para la infancia se adecua a un tipo de paternalismo justificado, según la clasificación sugerida por Garzón Valdez, debido a que la intervención del Estado en la vida de los mismos se justifica por las condiciones de inmadurez y vulnerabilidad en que se encuentran los NNA, cuya protección es necesaria para el ejercicio de los DESC. Pero entonces, la pregunta que surge es ¿cómo garantizar esa protección hacia los NNA respetando los tres principios básicos de derechos humanos que fueron extraídos?

Aunque esta tríade de principios se encuentra estrictamente ligada, el principio de autonomía es la que cae más de cerca del espectro que corresponde a la concepción de protección integral. Esta supone la capacidad para elegir libremente modelos de vida, acompañado de un resguardo contra las posibles interferencias estatales. Como fue visto, entre los modelos tradicionales de intervención estatal es posible identificar posturas relacionadas al liberacionismo o al perfeccionismo, generando polarizaciones en torno al tipo de protección que se debe brindar a los NNA a partir de la situación de vulnerabilidad. Según González Contró (2006, p. 102) esta tensión dio lugar a un dilema entre “autonomía-liberación” y “vulnerabilidad-protección” que dio como resultado concepciones contrapuestas bastante radicales entre ambos enfoques. Por un lado, una tesis liberacionista donde el niño es considerado como una construcción social que requiere de una liberación a través del reconocimiento de libertades en el ejercicio de los derechos; y por el otro, una tesis perfeccionista que ve a la infancia dentro de una etapa de total dependencia y vulnerabilidad, y por lo tanto requiere de una función sobreprotectora del Estado. Sin embargo, después de la aparición de la CDN ambos enfoques fueron limitados, dando lugar a un paternalismo justificado que rechaza dicha dualidad, “pues ni el niño es en su totalidad un constructo social ni es radicalmente débil y se requiere una interacción entre el ejercicio de la autonomía y la protección contra riesgos innecesarios” (GONZÁLEZ CONTRÓ, 2006, p. 126).

Sin embargo, la noción de paternalismo jurídico irrumpe como una postura que justifica la intervención del Estado en la vida de las personas, en este caso de los NNA, pudiendo darse

incluso en contra de la voluntad de los mismos o de la propia familia. No obstante, el paternalismo debe ser claramente diferenciado del perfeccionismo que justifica la intervención pública para imponer la materialización de ideales morales considerados como verdaderos, ya que el paternalismo no tiene como fin el progreso del carácter moral de la persona, sino facilitar la consecución de los objetivos propios (NINO 1989, p. 414). Así, este límite a la intervención estatal está asociado a la imposición de medidas por parte del Estado dirigidas a evitar que el individuo se dañe a sí mismo o a favorecer sus intereses. Para la infancia ese paternalismo puede ser entendido dentro del tipo de “justificado” por las razones de vulnerabilidad e inmadurez que ya fueron expuestas.

4.1.2 Límites a las intervenciones paternalistas

Para identificar cuál es el objetivo del paternalismo justificado para la infancia, se puede partir de las definiciones de Garzón Valdés y Atienza en torno a los fines del paternalismo jurídico. Atienza (1988, p. 203) sostiene que “una conducta o una norma es paternalista si y sólo si se realiza o establece con el fin de *obtener un bien* para una persona o un grupo de personas sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas”. Por otro lado, Garzón Valdés (1988, p. 215) no considera adecuado el uso del término “bien” como requisito, porque impide distinguir los casos de paternalismo jurídico justificado, de los de perfeccionismo moral. De esa forma, este último prefiere hablar de *evitar un daño*.

En la evaluación de las argumentaciones cuando fue identificada la premisa de vulnerabilidad dentro del concepto de protección, ésta fue ubicada dentro de la clasificación propuesta por Garzón Valdés (1994, p. 737) como vulnerabilidad absoluta. Por consiguiente, los NNA pasan a ser “incapaces básicos” porque no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas. No obstante, este autor aclara que dicha incapacidad es naturalmente superable con el transcurso del tiempo (GARZÓN VALDÉS 1994, p. 738). En contraposición, González Contró (2006, p. 115) explica que esta visión de la infancia, que cuenta con varios adherentes, reaviva la dualidad entre “salvación o liberación - crianza o autodeterminación” creando un falso dilema (¡otro dilema!) que tiene su origen en una concepción totalizadora de la niñez y del propio ser humano. Para esta autora, aunque el niño se encuentre en una situación de dependencia y vulnerabilidad, resulta inadecuado hablar por ese motivo que exista una incompatibilidad con

el ejercicio de la autonomía, entendida de una manera amplia y como una capacidad gradual, ya que la autonomía y la protección no son recíprocamente excluyentes, sino que se implican una a la otra (GONZÁLEZ CONTRÓ, 2006, p. 116). Por este motivo, puede resultar peligroso ubicar al niño en un extremo de carencia completa de voluntad y por tanto de incapacidad absoluta para dar su consentimiento, porque la idea de autonomía debe responder a un concepto dinámico que posteriormente permita a los NNA el ejercicio de sus propios derechos.

Se tiene así que la justificación del paternalismo puede estar orientada hacia la obtención de un bien, la necesidad de evitar un daño, o una combinación de ambas, que pueda reflejar las diferentes etapas que compone la infancia y al mismo tiempo su carácter complejo y dinámico. Ahora bien, aunque la justificación del paternalismo en la OC-17 adoptó un tinte judicial relacionado al proceso de adolescentes infractores, el juez García Ramírez valiéndose de la premisa de inmadurez, considera que existen deberes de protección inmediata a ser aplicados a los NNA, autorizando de esta manera la intervención del Estado ante situaciones de urgencia. Éste señala que la condición de grave peligro exige salir al paso del riesgo en forma pronta y expedita; incluso sin previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente que autorice a intervenir. Cita como ejemplo la protección a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 31), en los cuales surge con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos. No obstante, aclara que dicha actuación es ejercida por el Estado cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos, como por ejemplo la familia, no se hallen en condiciones de asegurar la protección de los NNA o constituyan un evidente factor de peligro para los mismos (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 32).

Si bien es cierto que dicha función del Estado aparece como subsidiaria de la familia, además de asumir su función natural de garante y protector de bienes individuales, resulta curioso que no se mencione los límites a ser observados cuando se aplican estos deberes de protección inmediata, considerando las condiciones de vulnerabilidad e inmadurez en que se encuentran los nuevos portadores de derechos. No obstante, el juez García Ramírez señala que dichos deberes de protección se sustenta sobre las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*. En

cuanto a las medidas cautelares, la CIDH¹¹⁶ expresa que el uso por parte de la misma se relaciona con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas, pudiendo tener una naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables. En este sentido, la intervención estatal a la que hace alusión el juez García Ramírez tiene que ver con la idea de “evitar un daño”, por el estado de emergencia en que se puede encontrar un niño o adolescente debido a una situación de peligro inminente o aumento de la vulnerabilidad. Sin embargo, no todos los NNA se encuentran de forma exclusiva en esas situaciones, es más, al igual que la aplicación de medidas cautelares, esos hechos corresponden a casos específicos donde el Estado en su rol de garante del bien común se ve obligado a actuar y ofrecer una respuesta inmediata. Por ello, al decidir comparar los deberes de protección inmediata aplicados a NNA con las medidas cautelares de alcance común, no me parece que éstas puedan ser consideradas como una forma del paternalismo justificado para la niñez, sino más bien una ampliación del alcance que tienen las medidas cautelares. A esto se suma la ausencia para distinguir o describir los límites de la intervención estatal cuando los órganos de justicia aplican medidas cautelares para un niño o adolescente, y la restricción al ámbito penal para desarrollar un concepto de paternalismo justificado más general, lo que dificulta aún más para entender hasta dónde llega el poder estatal. En resumen, las obligaciones de protección que señala el juez García Ramírez no contribuyen para delimitar la actuación estatal en la vida de los NNA ni justifica algún tipo de paternalismo propio para infancia, sino al contrario compara medidas cautelares para adultos cuya condición de vulnerabilidad, aunque en situaciones específicas, no pueden ser equiparadas a la de un niño o adolescente.

Sobre los límites, el juez Cançado Trindade considera que estos son inherentes a la propia personalidad jurídica de los NNA. Sostiene que, toda persona humana está dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal; incluso los NNA, cuya capacidad jurídica para el ejercicio de derechos es relativa. Esta personalidad jurídica, se hace posible a través del Derecho de petición individual, que según manifiesta, en el plano internacional es la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional, siendo así una verdadera necesidad de la comunidad internacional, para guiarse por valores comunes superiores. En este sentido, se puede presumir cierta coincidencia con los tres principios fundamentales de

¹¹⁶ Ver documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre las medidas cautelares: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/sobre-cautelares.asp>>

Derechos Humanos sugeridos por Nino, los cuales también descansan en un pensamiento liberal de vertiente kantiana. Así, aunque parece ser un inicio para elaborar una justificación ante la cuestión de límites al poder estatal, ello no acontece, y éste opta por permanecer en una teoría iusnaturalista de “comunidad internacional” que apela al derecho de petición individual internacional (calificada como cláusula pétrea). Evidentemente, la preocupación del mismo no está en fijar en límites estatales, sino en reafirmar la tesis iusnaturalista que se “liberó de las amarras del positivismo jurídico” proporcionando una personalidad jurídica individual mucho más amplia, y que dejó de estar condicionada al derecho emanado del poder público estatal. De este modo, en el voto del juez Cançado Trindade no aparece ninguna referencia de intervención estatal asociada a la idea de “evitar un daño”, sino más bien de un Estado que aparece como espectador neutral, de la que se puede presumir que tiene por objetivo “obtener un bien”, la cual se concretaría a través del derecho de petición individual. Sin embargo, resulta curioso que el ejercicio de este derecho sea mencionado como instancia final (jurisdicción internacional), al señalar que la misma constituye “la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional”, siendo que la consulta era sobre límites en las jurisdicciones estatales.

Se tiene así, que ante cuestiones relacionadas al alcance de los derechos individuales, en este caso de los NNA, y la especificación de los deberes de terceros (Estado en su rol protector) para su materialización se produce un quiebre dentro del pensamiento liberal. Nino (1989B, capítulo VIII) distingue dos corrientes la misma. Por un lado, el liberalismo conservador concibe los derechos básicos sustancialmente como derechos negativos, o sea, derechos cuyos correlatos son obligaciones de conducta pasiva. A esta corriente parece aproximarse la propuesta del juez Cançado Trindade y de la propia OC-17, que concibe la idea de un Estado gendarme concentrado en los derechos y garantías de los NNA sin establecer cómo se debe producir la intervención estatal y los límites que deben ser observados. Por otro lado, la otra corriente defendida por Nino es la de un liberalismo justificado, la cual entiende que los derechos básicos como derechos activos incluyen obligaciones de conducta activa, propugnando un Estado comprometido con la promoción de la autonomía de aquellos (NNA) cuya capacidad para elegir y materializar planes de vida se encuentre más restringida. En este sentido, para este autor la simple enunciación de los tres principios morales de derechos humanos no resuelve todos los problemas sociales, de ahí la necesidad por definir el alcance de los derechos y la solución en caso de conflictos entre ellos. Éste considera que a través de un Estado liberal igualitario se evitaría que los hombres sean utilizados como medios para la

satisfacción de los planes de vida de otros a través de la justificación de las omisiones, tal como hace el liberalismo conservador.

4.1.3 Medidas de protección. Tipos

Debido a que la noción de paternalismo está vinculada con la imposición de medidas por parte del Estado, en este caso el tipo de medidas de protección aplicadas a NNA, que como fue visto pueden estar dirigidas a evitar un daño o a la obtención de un bien. En cuanto al tipo, Atienza (1988, p. 206) considera que no implica apenas una intervención coactiva, debido que existen casos de paternalismo -jurídico y moral- como por ejemplo, cuando el Estado o el médico omiten informar a los ciudadanos o a los pacientes para evitarles preocupaciones o sufrimientos. En relación a los NNA, González Contró (2006) señala que los argumentos paternalistas a pesar de ser razonables y justificar los derechos obligatorios para compensar las incompetencias básicas durante la minoría de edad, éstos deben ser matizados y limitados. En este sentido propone que: a) la imposición de medidas paternalistas no tengan una justificación general para toda la infancia; b) una necesaria limitación de contenido de las mismas, por lo que es indispensable recurrir al concepto de intereses justificados a partir de necesidades básicas y en especial en las necesidades de cada etapa de la infancia; y c) las actuaciones paternalistas en la vida de los niños cumplan también con el requisito de ser lo menos gravosas posible para los individuos.

Como fue visto en el criterio de moral social, el aporte de disciplinas no jurídicas como la Psicología Evolutiva del Desarrollo (PED) perteneciente al campo de la psicología, puede ser una contribución interesante en el concepto de protección, en el sentido de entender a la infancia como una sucesión de etapas de desarrollo, que merece una atención diferenciada conforme a las necesidades propias de cada una. Esta individualidad para aplicar medidas de protección es bien señalada por el juez Cançado Trindade, quien valiéndose de presupuestos liberales, reconoce que la titularidad de derechos es de la persona humana y no de la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial. Sobre los intereses justificados que señala la autora, esta tiene que ver con la idea de concebir que la incompetencia de los NNA no es el motivo de la intervención arbitraria del Estado o de los padres, sino que está determinada por las necesidades que los mismos tienen.

En la primera parte de su voto, el juez García Ramírez hace una importante distinción para identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado cuando éste actúa en relación con los NNA aplicando medidas. Así, a través de dos hipótesis, señala que estos deben ser cuidadosamente deslindados en: A) la realización de una conducta, activa u omisiva, que se halle legalmente prevista como delictuosa, es decir, que sea penalmente típica; y B) una situación que no implique conducta típica alguna y que sugiera la necesidad de esa actuación en beneficio -real o supuesto- del menor de edad. Sostiene además que, en una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites de cada hipótesis, conforme a su naturaleza, y establecer en consecuencia la regulación que corresponda. Esta distinción que realiza el juez García Ramírez considero una de las más importantes en toda la OC-17, porque marca un proceso de transición en cuanto a la protección infantil, y de qué forma deben ser entendidas las medidas. Al respecto, el Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil), que ha sido el modelo para otras legislaciones en la región, reconoce en las disposiciones generales que las medidas de protección son aplicables siempre que los derechos reconocidos estuvieren amenazados o violados en las siguientes situaciones: 1) por acción u omisión de la sociedad o el Estado; 2) por falta, omisión o abuso de los padres o responsable; y 3) en razón de su conducta. Asimismo, en consonancia con otros países que han realizado una adecuación sustancial de su orden jurídico interno conforme la CDN¹¹⁷, esta distinción es manifiestamente clara dentro de las normativas nacionales.

¹¹⁷ Además de Brasil y Paraguay, Beloff (2009, p. 8) cita otros países que han realizado o se encuentran en proceso de realizar una adecuación sustancial de su orden jurídico interno, son: Costa Rica (Ley 7.576 de Justicia Penal Juvenil sancionada en marzo de 1996 y el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7.739 del 2 de diciembre de 1997), El Salvador (Ley del Menor Infractor, Decreto 863 de 127 de abril de 1994, D.O. 106 tomo 323 del 8 de junio de 1994), Panamá (Régimen especial de responsabilidad penal para la adolescencia, ley 40 vigente desde el 26 de agosto de 1999), Nicaragua (Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287 aprobada el 24 de marzo de 1998, publicada en mayo y vigente desde el 23 de noviembre del mismo año) y Venezuela (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en vigencia desde el 1° de abril de 2000).

Cuadro 18 – Tipos de medidas de protección según las hipótesis identificadas

Tipos de medidas de protección para la infancia		
País	Hipótesis A	Hipótesis B
Brasil – Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei N° 8.069 (1990)	Medidas socioeducativas (Art. 112)	Medidas Específicas de Proteção (Art. 101)
Paraguay – Código de la Niñez y Adolescencia. Ley N° 1.680 (2001)	Medidas socioeducativas (Cap. II) Medidas correccionales (Cap. III) Medida Privativa de libertad (Cap. IV)	Medidas de protección y apoyo (Art. 34)

Fuente: elaboración propia

Lastimosamente, la opinión consultiva enfoca su preocupación en la primera hipótesis, como generalmente ocurre cuando se habla de medidas de protección, dando como resultado una concepción desvirtuada sobre la protección en sí, que se ve asociada a la idea de “delincuencia juvenil”, que como bien lo describe el juez García Ramírez, trae consigo una “carga desfavorable”. Sin embargo, se puede decir a favor de éste y también de la decisión final, que el camino hacia el campo exclusivamente penal se puede deber a las manifestaciones de la CIDH sobre el “debilitamiento de las garantías judiciales” cuando las autoridades estatales aplican medidas de protección en base a cuatro “premisas interpretativas”. En este sentido, es bastante curioso que fuera la CIDH quien redujera el alcance de su propia pregunta, demostrando quizás una mayor preocupación sobre las medidas de protección de la hipótesis A, que se refiere a adolescentes infractores, dejando casi de lado las medidas de protección de la hipótesis B, como si la última no tuviera dificultades en su aplicación. Además, la falta de diferenciación entre ambas parece suponer que se está ante un solo tipo de medidas.

Otro desacierto por parte de la CIDH, fue el afán de ilustrar mejor el contexto judicial Latinoamericano, solicitando la compatibilidad de “medidas especiales”¹¹⁸, con los artículos 8 y 25 de la CADH. La confusión ocurre porque de las citadas medidas especiales, que como es

¹¹⁸ “[...] a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento; b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor; c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías; d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor; y e) [I]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.” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr., 4)

señalado por Beloff (2009) y comparando con las legislaciones citadas más arriba, sólo una de ellas (la del inciso B) constituye medida de protección; las demás podrían ser consideradas premisas como las expuestas anteriormente. Se tiene así un doble infortunio: una reducción de la pregunta y una confusión sobre el concepto de medidas de protección para la infancia. Al respecto, creo que ambos elementos influyeron de manera decisiva para que el juez Jackman se apartara de la consulta desde el inicio, principalmente por el exceso de premisas fácticas en el planteamiento del problema, teniendo en cuenta que el objeto de una opinión consultiva es la de realizar una interpretación normativa calificada y no analizar situaciones de hecho, como ya fue visto en el capítulo correspondiente al análisis de la OC-17 sobre la cuestión de admisibilidad.

Con una pregunta desvirtuada y prácticamente reducida a medidas de protección para adolescentes infractores, las respuestas de la Corte IDH en la decisión final reflejaron una ambigüedad en los temas abordados y una constante remisión a instrumentos internacionales de protección para NNA. Esta reafirmación de estándares como se había dicho en el criterio de adecuación a las consecuencias, está presente en varias de las respuestas, así como en la decisión final y en los dos votos analizados. Sin embargo, a pesar de no ser un aporte nuevo al sistema interamericano de protección, creo que las tres primeras respuestas sirven para conectar la OC-17 principalmente con la CDN y la CADH. Se tiene así que: los NNA son titulares de derechos y no sólo objeto de protección; el interés Superior del Niño como criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño; y que la adopción de reglas y medidas específicas en relación a los mismos, requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales, orientados a la protección de los derechos e intereses de los niños. Este último parece representar la aproximación más clara a la justificación de medidas paternalistas para la infancia, porque se cita al principio de igualdad como “homogeneizador” social para la adopción de reglas y medidas específicas; es decir, “una sociedad en la que todos sus miembros tienen normalmente la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas, sean éstas primarias o secundarias, y gozan del respeto de sus deseos legítimos” (GARZÓN VALDÉS, 1994, p. 741).

Por otro lado, la confusión sobre el tipo de medidas es clara en la respuesta número 6, debido que no es posible determinar a qué tipo de instituciones estatales se refiere, cuando dice que para la “atención de los niños” estas deben disponer de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. También es posible

que se esté refiriendo a ambos tipos de medidas, lo que no me parece adecuado ni correcto; porque no es posible comparar una institución de abrigo (hipótesis B) con un establecimiento educacional (hipótesis A). La primera es una medida excepcional y provisoria, mientras que la segunda es una medida privativa de libertad, cuya duración es fijada en atención a la finalidad de la misma. No obstante, haciendo una distinción entre ambos tipos de medidas dentro de las trece respuestas ofrecidas en la decisión final, se tiene que dos de ellas hacen mención, aunque indirectamente, a medidas de la hipótesis B (respuestas número 4 y 5), centrándose en la familia como ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Aquí, el Estado aparece como garante de protección de la misma, para apoyar y fortalecer el mejor cumplimiento de su función natural. Por este motivo, la separación del ámbito familiar debe ser considerada excepcional y preferentemente temporal. En cuanto a al tipo de medidas de la hipótesis A, (respuestas 10, 11, 12, 13), estas apuntan a los procedimientos judiciales, donde se debe observar los principios y las normas del debido proceso legal, la jurisdicción especializada, el principio de legalidad y el empleo de vías alternativas de solución de las controversias. Se destaca en la respuesta 11 y 12 que las características de la intervención estatal, previamente previstas en la ley, deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar. En ambos tipos de medidas se puede describir la imagen de un “Estado vigilante” que no actúa de oficio, y cuya intervención solamente ocurre en dos situaciones: cuando la familia no cumple con sus funciones, o cuando las instituciones de justicia no respetan la jurisdicción especializada y los principios legales en materia penal. Es decir, una intervención estatal de carácter predominantemente coactivo.

Tal vez en la respuestas 7, 8 y 9 es posible obtener un enfoque de medidas de protección en un sentido más amplio, ya que estas mencionan el objetivo de las mismas. Se relaciona así, el respeto del derecho a la vida con la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas. Asimismo, se sostiene que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los DESC, establecidos en diversos instrumentos internacionales. Finalmente señala, que los deberes para los Estados, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, es adoptar 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. Sin embargo, estos

objetivos, que son remisiones a otros instrumentos internacionales de protección, no avanzan en la operacionalización de los mismos para fijar nuevos estándares, y por sobre todo no establecen límites claros para el Estado, cuando se produce la intervención en la vida de los NNA.

4.2 Efectos externos de la OC-17¹¹⁹

4.2.1 Casos contenciosos en la jurisprudencia de la Corte IDH

De acuerdo con el criterio de universalidad, no existe unanimidad sobre los efectos y alcances de las opiniones consultivas de la Corte IDH. No obstante, según reiteradas expresiones de este tribunal, “aun cuando la Opinión Consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”¹²⁰. Por tal motivo, más allá de la indeterminación es posible evidenciar en los fallos de la Corte IDH, incluso en la propia OC-17, la presencia de premisas provenientes de opiniones consultivas, lo que lleva a suponer que la fuerza vinculante horizontal de sus opiniones consultivas es absoluta. De este modo, es posible afirmar que estas premisas de proveniencia consultiva integran las decisiones contenciosas de la Corte IDH para justificar las decisiones de los jueces. En este sentido, lo que se pretende en este apartado es identificar y posteriormente comprobar el uso de la OC-17 en los casos contenciosos en materia de infancia, específicamente cuando ésta constituye precedente en la decisión de esos casos en temas que tengan que ver con la protección de NNA.

Para ello, se utilizó como técnica de recolección de datos una revisión jurisprudencial entre los años 2003 y 2014, para identificar y caracterizar las variables utilizadas por la Corte IDH conforme la OC-17. Con ello se pretende describir el efecto de la misma, la frecuencia y plantear posibles relaciones entre las variables.

¹¹⁹ Ver: Apéndice D - Efectos externos de la OC-17, p. 176.

¹²⁰ CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-15*, 1997, párr. 26.

Cuadro 19 – Decisiones de la Corte IDH sobre casos contenciosos que afectan a NNA (2003-2014)

País	Caso	Año
Argentina	BULACIO	2003
Perú	LOS HERMANOS GÓMEZ PAQUIYAURI	2004
Paraguay	INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR	
El Salvador	LAS HERMANAS SERRANO CRUZ	
Paraguay	COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA	2005
Colombia	LA “MASACRE DE MAPIRIPÁN”	
República Dominicana	LAS NIÑAS YEAN Y BOSICO	
Honduras	SERVELLÓN GARCÍA Y OTROS	2006
Paraguay	COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA	
Paraguay	VARGAS ARECO	
Colombia	LAS MASACRES DE ITUANGO	
Guatemala	LA MASACRE DE LAS DOS ERRES	2009
México	GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”)	
Guatemala	CHITAY NECH Y OTROS	2010
Paraguay	COMUNIDAD INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK	
México	ROSENDO CANTÚ Y OTRA	
El Salvador	CONTRERAS Y OTROS	2011
Uruguay	GELMAN	
Venezuela	FAMILIA BARRIOS	
Argentina	FORNERON E HIJA	
Chile	ATALA RIFFO Y NIÑAS	2012
Colombia	MASACRE DE SANTO DOMINGO	
El Salvador	MASACRES DE EL MOZOTE Y LUGARES ALEDAÑOS	
Argentina	MENDOZA Y OTROS	2013
Colombia	DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES DESPLAZADAS DE LA CUENCA DEL RÍO CACARICA (OPERACIÓN GÉNESIS)	
Bolivia	FAMILIA PACHECO TINEO	
Guatemala	VELIZ FRANCO Y OTROS	2014
El Salvador	ROCHAC HERNÁNDEZ Y OTROS	

Fuente: elaboración propia

Conforme la revisión jurisprudencial de las decisiones la Corte IDH, fueron identificados 28 (veintiocho) casos contenciosos en materia de infancia entre los años 2003 y

2014, donde se hace remisión directa a la OC-17¹²¹. Así, los temas (variables) más recurrentes por los jueces en sus distintas decisiones fueron clasificados de la siguiente manera:

Cuadro 20 – Relación entre variable y frecuencia en casos contenciosos de la Corte IDH

Variable	Frecuencia por caso
1. Familia	12
2. Participación	3
3. Interés Superior del Niño	20
4. Principio de contradictorio	1
5. Concepto de niño	6
6. Deberes del Estado	2
7. Obligaciones positivas de protección	6
8. Principio de igualdad	12
9. Condiciones de vida y educación	3
10. Competencia de la Corte IDH	5
11. Los niños como titulares de derecho	1
12. Debido proceso y garantías	4
13. Personalidad jurídica del niño	1

Fuente: Elaboración propia

En el criterio de evaluación fue visto que la *ratio* de la OC-17 está compuesta por tres elementos esenciales: principio de legalidad, garantías judiciales e interés superior del niño. Este último según el cuadro anterior, constituye la variable más utilizada por los jueces de la Corte IDH en los casos contenciosos que afectan a NNA y por consiguiente puede ser considerada uno de los precedentes más significativos para la jurisprudencia regional. Si bien el contenido de esta variable ya fue objeto de estudio en capítulos anteriores, aquí me limitaré a esbozar las conclusiones de la Corte IDH en su decisión final sobre este principio, conforme los párrafos mencionados en veinte casos contenciosos:

- Este principio está fundado en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos. (OC-17/2002 párr. 56)
- Remisión al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. (OC-17/2002 párr. 57)
- Remisión al artículo 3 de la CDN. (OC-17/2002 párr. 58)
- La observancia del mismo permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. Así también, las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta

¹²¹ Ver en el anexo los casos contenciosos de la Corte IDH en materia de infancia (2003-2014), acompañada de los temas abordados y los párrafos que se remiten directamente a la OC-17.

a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos deben ceñirse por este principio.¹²² (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 59)

- Para asegurar la prevalencia de este principio, el niño requiere de “cuidados especiales” de acuerdo al preámbulo de la CDN, la cual está relacionada con el artículo 19 de la CADH que trata de “medidas especiales de protección”. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 60)
- La expresión “Interés Superior del Niño”, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 137. 2)

Aunque el concepto de interés superior del niño está principalmente marcada por remisiones a otros instrumentos internacionales de protección, considero que el uso de algunas expresiones no refleja de manera clara y adecuada el verdadero sentido del principio rector. Si bien la justificación en base al principio de dignidad misma del ser humano es importante para establecer una ligación con la CADH y los principios fundamentales de Derechos Humanos, creo que al final el concepto se va desvirtuando y termina en imprecisiones. Se tiene así una idea del principio rector que no coloca las necesidades de los NNA en la centralidad del tema, como tampoco delimita la función de los adultos y el Estado con respecto a estos. Por ejemplo, no es lo mismo “propiciar el desarrollo de los niños” que “asegurar el desarrollo de los niños”. De esta manera, las necesidades de los nuevos sujetos de derechos parecen quedar libradas a la buena voluntad de los sujetos llamados a protegerlos (familia y Estado). Por otro lado, aunque dicho principio menciona estar fundado en las características propias de los niños, ésta parece estar más preocupada por el desarrollo del “futuro adulto” porque no está orientada a dar respuesta a situaciones presentes, sino en formular enunciados ideales. Otro punto curioso es cuando la Corte IDH menciona que para asegurar este principio es necesario la protección de los NNA, pero para ello realiza una comparación confusa e inadecuada entre “cuidados especiales” y “medidas especiales de protección”. Este primero, expresado en el preámbulo de la CDN hace alusión a la protección de la infancia en su sentido amplio, debido a la condición de persona humana que adquieren los NNA a partir de este instrumento, mientras que las

¹²² Acompaña a este párrafo remisiones a los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la CDN; y el principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959)

medidas de protección como fue visto, guardan relación con la intervención estatal que puede ser de tipo penal o no penal.

La segunda variable que aparece con mayor frecuencia en las decisiones contenciosas (12 casos) es el principio de igualdad, en la cual se tiene:

- Remisión al artículo 24 de la CADH sobre “igualdad ante la ley”. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 44)
- La existencia de ciertas desigualdades de hecho pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 46)
- Remisión a los artículos 1, 2 y 5 de la Observación General 17 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 51)
- Remisión al artículo 24 de la Observación General 17 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 53)
- Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado¹²³. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 54)

Aquí, la Corte IDH se refiere a la aplicación del principio de igualdad (ante la ley) y su relación con el principio de no discriminación. Al respecto señala, que la desigualdad de hecho y de tratamiento jurídico no implica una contradicción con el ideal de justicia, sino que esas distinciones son precisamente las que fundamentan la necesidad de protección especial a los NNA. Por consiguiente, en razón de las condiciones en las que se encuentran las personas menores de edad, el trato diferente otorgado a los mismos y a los adultos no es *per se* discriminatorio, por el contrario, sirve para permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos a los nuevos sujetos de derecho. Para ello, la Corte IDH se sirve de lo expresado en la Observación General 17, que establece la adopción de medidas especiales de protección

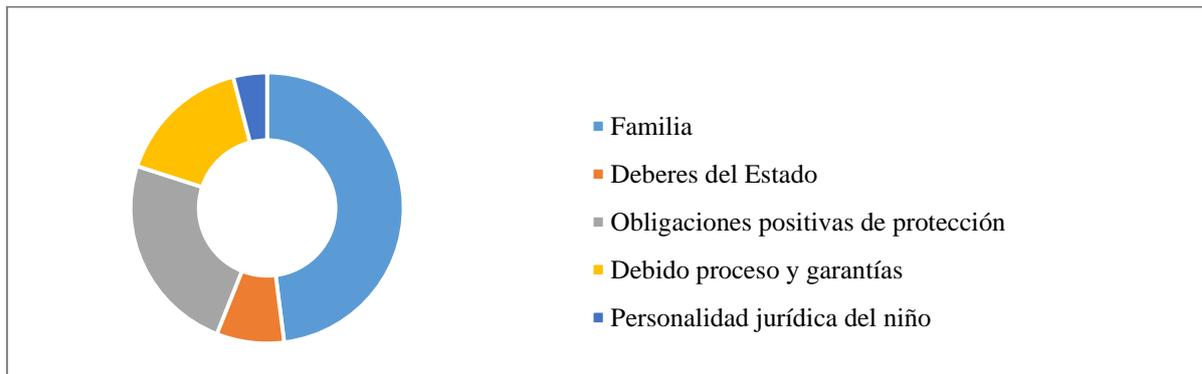
¹²³ Basado en los enunciados de la CDN y el art. 19 de la CADH.

sin discriminación alguna para el desarrollo armonioso de la personalidad y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.

Se tiene entonces que las dos variables más utilizadas por este tribunal en casos contenciosos constituyen esencialmente remisiones a otros instrumentos internacionales de protección (CDN, CADH, Declaración de los Derechos del Niño y Observación General 17). Sin embargo, pueden ser destacadas dos reafirmaciones importantes al respecto: la orientación dada al principio rector de derechos para la elaboración de normas y la aplicación de éstas como también lo señala la CDN. Asimismo, el reconocimiento de derechos especiales para los NNA derivados de su condición de vulnerabilidad e inmadurez, cuyos deberes de protección corresponden a la familia, la sociedad y el Estado.

Ahora bien, de las 13 (trece) variables que fueron encontradas, 6 (seis) de ellas guardan una relación más directa con el concepto de protección estatal y medidas de protección:

Figura 5 – Variables relacionadas a la protección



Fuente: elaboración propia

En la decisión final de la OC-17, la familia es considerada como núcleo central de protección¹²⁴, teniendo como función la adopción de medidas especiales para la protección de los NNA¹²⁵, la cual es compartida junto al Estado, la comunidad y la sociedad, en consonancia con el artículo 16 del Protocolo de San Salvador¹²⁶. Entre las numerosas remisiones a otros

¹²⁴ Fundamentado en el Derecho Internacional de los DDHH, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal; 64, 65 y 17.1 de la CADH; y 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹²⁵ “En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.” (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 66)

¹²⁶ “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de

instrumentos normativos sobre el concepto de familia que realiza el tribunal, una que se destaca tiene que ver con el alcance de dicha institución propuesta por la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. Se agrega además, que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Otro subtema que es frecuentemente mencionado en los casos contenciosos es sobre la separación excepcional del niño de su familia, la cual debe estar debidamente justificada y con preferente duración temporal, conforme las Reglas de Beijing (17, 18 y 46).

Otra tema de uso común en las decisiones contenciosas es la que se refiere a los deberes del Estado, que en los párrafos 78 y 79 de la OC-17 se reducen a las condiciones materiales que deben observar las instituciones estatales, es decir, que dispongan de personal adecuado experiencia probada en este género de tareas, instalaciones suficientes y medios idóneos¹²⁷. En cuanto a las obligaciones positivas de protección, esta es entendida como obligación general impuesta a los Estados para garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En el caso de los NNA esta se traduciría en garantizar los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia) en combinación con el artículo 1.1 de la CADH, para asegurar la protección contra malos tratos. Estas medidas tendrían carácter económico, social y cultural; con especial énfasis en la educación y la unidad familiar. Este primero, porque se considera que a través de la educación es posible superar gradualmente el estado de vulnerabilidad de los NNA. Y el segundo, porque dichas medidas aplicadas por el Estado, deben estar orientadas a resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño a través de asistencia del poder público a la familia. Por último, se afirma que el objetivo de estas medidas positivas es asegurar la plena vigencia de los derechos del niño.

corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

¹²⁷ La misma está establecida en la CDN en su artículo 3 “[...] Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”. En consonancia con la Reglas de Beijing (Véanse las reglas 1.6, 2.2, 6.1, 6.2 y 6.3.).

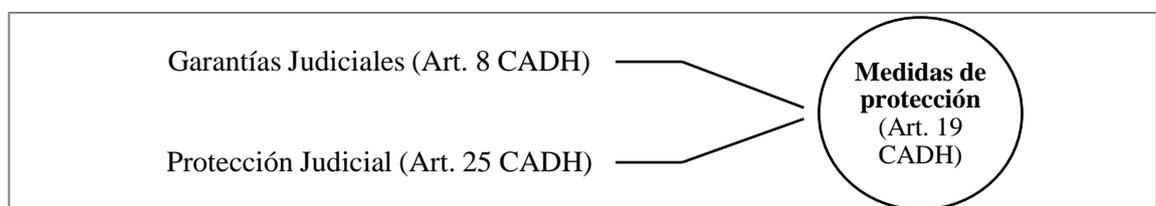
La Corte IDH también reafirma en sus decisiones contenciosas la obligación estatal de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar el ejercicio de derechos a través de garantías en el proceso judicial. Asimismo, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada inseparable que componen el sistema de valores y principios característicos de una sociedad democrática. En este sentido, el reconocimiento de la condición humana de los NNA, su inherente dignidad personal y la situación de desprotección, hacen que dichas garantías sean necesarias para ejercicio de derechos de los mismos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Este último a través de la regulación adecuada de los procedimientos, judiciales o administrativos.

La última de las cinco variables identificadas está contenida en el voto del juez Cançado Trindade que trata sobre la personalidad jurídica y su vinculación con la capacidad jurídica. Entre sus precisiones conceptuales señala que en el caso de los NNA, ambos términos están íntimamente ligados, y que a pesar de que los NNA no disponen de plena capacidad jurídica, éstos no dejan de ser sujetos de derechos.

En resumen, sobre el efecto jurisprudencial se puede decir que la OC-17 pasó a constituirse en un precedente que se caracteriza por reafirmar y condensar todos los instrumentos internacionales de protección para la infancia, debido a que los párrafos citados en las decisiones contenciosas contienen principalmente remisiones a otros cuerpos normativos.

4.2.2 El contenido del artículo 19 de la CADH y el Interés Superior del Niño

Figura 6 – Ilustración de la pregunta planteada por la CIDH



Fuente: elaboración propia

La pregunta inicial planteada por la CIDH estaba orientada a llenar de contenido el artículo 19 de la CADH, porque la misma se refiere a las medidas de protección a ser aplicadas a NNA de un modo bastante amplio y genérico. Esta vaguedad en el alcance daba como resultado una discrecionalidad para su uso por parte de los jueces y tribunales nacionales como

son descriptas en las premisas interpretativas. Al respecto, la Corte IDH consideró que dichas medidas de protección del citado artículo de la CADH, devienen de la inmadurez, debilidad e inexperiencia de los NNA, y por lo tanto deben responder al interés superior del niño. En este sentido, es posible suponer que el principio rector del sistema de derechos para la infancia es entendido como el objetivo a ser observado por los Estados. Asimismo, para la aplicación de dichas medidas de protección, la interpretación de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH deben ser realizados conforme el reconocimiento de la personalidad jurídica a los NNA atendiendo al interés superior de los mismos. Ahora bien, el problema central de la OC-17 tiene que ver con el uso de estas medidas y la intervención estatal, es decir, ¿cuáles son los límites a ser observados por el Estado al aplicar medidas de protección?, ¿cómo determinar si una medida de protección es adecuada?, ¿cuáles son los deberes y las obligaciones del Estado? y ¿cómo es abordado la cuestión de las premisas interpretativas? Estas son quizás algunas de las preguntas que devienen después del análisis y evaluación de los argumentos presentados por los jueces en sus opiniones como en la decisión final y cuyas respuestas parecen continuar en la ambigüedad.

Considero que muchas de las preguntas que surgen a partir de la OC-17 pudieron haber sido respondidas a través del principio rector, es decir, dotando a la misma de suficiente contenido para superar las incertezas y ambigüedades. Esto especialmente en lo relativo a la necesaria delimitación de obligaciones para la familia, la sociedad y el Estado; sobre todo este último en cuanto a su intervención. Sin embargo la Corte IDH opta por no entrar en esas precisiones y apenas reafirma los artículos de la CDN que tratan sobre el principio rector (3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) sin resolver la problemática que suscita el uso de las medidas y apartándose del objetivo que debe tener una opinión consultiva, la cual es ofrecer una interpretación calificada de las normas de derecho. Por consiguiente, retomando el problema de la consulta, parece difícil que con base en una interpretación restricta de los artículos solicitados (19, 8 y 25 de la CADH) se pueda contribuir a desacreditar las premisas interpretativas mencionadas (situaciones hipotéticas) por la CIDH. Estas premisas fueron encaminadas para demostrar el contenido insuficiente del artículo 19 de la CADH y orientar a los jueces de la Corte IDH cuando emitieran sus opiniones.

Cuadro 21 - Relación entre premisas interpretativas y variables de la OC-17

Variable	Premisa de la CIDH
1. Familia	C
2. Participación	A
3. Interés Superior del Niño	A – B
4. Deberes del Estado	D
5. Obligaciones positivas de protección	C – D – B
6. Principio de igualdad	A
7. Condiciones de vida y educación	D
8. Los niños como titulares de derecho	A
9. Debido proceso y garantías	A – B – D
10. Personalidad jurídica del niño	A

Fuente: elaboración propia

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

La Corte IDH hace un hincapié en el reconocimiento de la personalidad jurídica de los NNA, y sostiene que, a pesar de que los mismos no dispongan de plena capacidad jurídica, éstos no dejan de ser sujetos de derechos. Sobre la participación en los procesos judiciales o administrativos, la OC-17 responde a través los artículos 12 de la CDN y la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Luego, el tribunal hace dos consideraciones interesantes al respecto de la participación de personas menores:

1. El alcance de la participación del niño en los procedimientos, debe matizarse razonablemente con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 101)
2. Se deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. (CORTE I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17*, 2002, párr. 102)

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

Esta premisa describe una confrontación entre el interés superior del niño y las garantías judiciales, constituyendo así un claro ejemplo de la necesidad de establecer límites estatales. La

falta de claridad en el principio rector se ve reflejada en la discrecionalidad de la autoridad judicial, quien al final acaba aplicando medidas y violentando garantías en nombre del “interés superior del niño”. Al respecto la Corte IDH intenta conciliar estos conceptos, señalando que las garantías consagradas en los artículos de la CADH son reconocidos a todas las personas por igual y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, incluso el artículo 19 que trata sobre medidas de protección. En efecto, esta relación: interés superior del niño – garantías judiciales – medidas de protección, debe estar fundada en una actividad uniforme orientada a fortalecer el sistema de derechos sin que ninguno de los tres componentes sufra un menoscabo. Por este motivo, las garantías judiciales entendidas como la observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego, no pueden ser reducidas por un principio que está fundada en la propia dignidad de la persona humana, porque ambas se complementan. En consecuencia, para superar esta confrontación inconsistente que se produce dentro del proceso judicial, hubiera sido una buena salida marcar límites al poder estatal dentro del principio rector como lo hacen las garantías judiciales, y no simplemente constituirla como un ideal de justicia para el cumplimiento de derechos. Más aún cuando el mismo debilita las garantías judiciales de los NNA, que constituyen límites al poder estatal y que no pueden ser anuladas. Se plantea entonces, que el uso de medidas debe responder al interés superior del niño y el respeto a las garantías judiciales, como resultado de la conjunción entre ambos.

Figura 7 – Proceso de aplicación de medidas



Fuente: elaboración propia

Premisa C: “Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad”.

Para la Corte IDH, la familia constituye uno de los temas más importantes en la OC-17 y es una de las más variables más recurrentes en los casos contenciosos en materia de infancia. En este sentido, su función es caracterizada como núcleo central de protección y la separación de la misma con carácter excepcional.

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

Aquí el juez García Ramírez identificó correctamente los tipos de medidas a través de sus dos hipótesis, la cual también está presente en la decisión final, mediante la distinción entre el concepto de delincuencia infantil o juvenil (comisión de una conducta típica) y niños en situación irregular (riesgo, peligro, abandono, miseria y otros). En la primera hipótesis, además de una conducta perfectamente motivada conforme a la ley, esta tiene que ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad. El tribunal también se refiere a la segunda hipótesis, enmarcando las características de las situaciones y la necesidad de una intervención oportuna y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver la situación problemática que les afecta o mitigar sus consecuencias.

CDN: Arts. 2; 6; 37

4.3 La protección de la infancia después de la OC-17 ¿Hacia la revolución?

Más allá de las debilidades e incertidumbres internas de la OC-17, el impacto de la misma en el sistema interamericano de derechos humanos es una cuestión innegable. Esto es claro en el uso que la Corte IDH ha dado a la misma para sustentar sus propias decisiones en casos contenciosos que afectan a NNA, la cual quedó demostrada mediante la remisión a variables provenientes de la OC-17. Además, si bien es cierto que el número de casos contenciosos identificados representan un número considerable, es importante tener en cuenta que esta apenas constituye un recorte que va desde 2003 hasta 2014, y que tampoco incluye aquellas decisiones tomadas en los tribunales nacionales. Es decir, el efecto externo producido por la OC-17 es sin lugar a dudas todavía mayor. De esta manera, se puede afirmar que la OC-

17 es un precedente jurisprudencial ampliamente reconocido en materia de derechos para la niñez y la adolescencia en Latinoamérica, cuyo impacto en el ámbito de la Corte IDH es casi comparable con la propia CDN.

Ahora bien, en cuanto a su contenido, la característica principal de esta opinión consultiva es la reafirmación de otros instrumentos internacionales de protección, que como fue dicho antes, resulta positivo y necesario teniendo en cuenta el contexto transicional de paradigmas sobre la protección adecuada para la infancia. Asimismo, en consonancia con la CDN, la Corte IDH reconoce a los NNA como personas sujetos de derecho. No obstante, el tribunal no se suscribe a la doctrina de la protección integral y tampoco rechaza de manera categórica la doctrina de la situación irregular, proponiendo una corriente intermedia entre ambas a la que pasó a denominar “corriente de síntesis dialéctica”, donde se niega el dilema entre ambas doctrinas. Estas determinaciones dieron como resultado una serie de dudas sobre el camino que la Corte IDH iría a seguir a lo largo de la opinión consultiva, sobre todo en cuanto a la conciliación de paradigmas contrapuestos y la construcción de un sistema de protección que estableciera límites concretos para los Estados, ya que esta última fue la preocupación principal de la CIDH al solicitar el pedido.

De acuerdo al análisis, la evaluación y los efectos de la OC-17, es posible visualizar una ambigüedad de conceptos que son trascendentales para poder avanzar en la protección a la infancia. Esto se ve reflejado especialmente en una indeterminación sobre la idea de paternalismo jurídico justificado y los mecanismos para la intervención estatal en la vida de los NNA. En este sentido, si los límites no son claros, ¿cómo debería ser la protección estatal?, ¿cómo saber si el Estado está o no protegiendo a los NNA? Y lo más importante, teniendo en cuenta el contexto socio-histórico latinoamericano ¿cómo proteger a los NNA de los abusos que puede llegar a cometer el propio Estado? En consecuencia, los dilemas y las ambigüedades que la OC-17 pretendía resolver pasaron a generar nuevas tensiones en el sistema de derechos para infancia, estableciendo un manto de penumbra sobre el concepto de protección integral y las obligaciones estatales. Una respuesta a esta situación puede ser explicada conforme señala Antônio Carlos Gomes da Costa (1992), quien entiende que, el dilema entre paradigmas produjo la existencia de un tercero, el de la ambigüedad; donde se rechaza la doctrina de la situación irregular pero sin acompañar las transformaciones reales y potenciales que se desprenden de la aplicación consecuente del paradigma de la protección integral.

Al inicio de esta investigación se había colocado como punto de partida la transición inacabada entre paradigmas que acontece en el campo de la infancia conforme las ideas propuestas por Kuhn (1971), sobre la transformación de las instituciones. Para este autor, los nuevos paradigmas nacen de los antiguos, incorporando ordinariamente gran parte del vocabulario y de los aparatos, tanto conceptuales como de manipulación, que previamente empleó el paradigma tradicional. Sin embargo, para llevar a cabo la “transición entre inconmensurables” como él denomina, es necesario establecer nuevas estructuras para sostener y justificar el advenimiento de un nuevo paradigma.

Precisamente porque es una transición entre inconmensurables, la transición entre paradigmas en competencia no puede llevarse a cabo paso a paso, forzada por la lógica y la experiencia neutral. Como el cambio de forma (Gestalt), debe tener lugar de una sola vez (aunque no necesariamente en un instante) o no ocurrir en absoluto. Entonces, ¿cómo llegan los científicos a hacer esta trasposición? Parte de la respuesta es que con mucha frecuencia no la hacen (KUHN, 1971, p. 233-234).

Durante la transición la resistencia es inevitable y a veces requiere de toda una generación para que el cambio se lleve a cabo. Así también, debe existir una base o fundamento que permita ubicar al nuevo paradigma e ir avanzando de modo gradual, debido a que la simple crisis dada de manera aislada no es suficiente para iniciar una transición hacia el cambio, que como se ha mencionado al inicio de este trabajo lleva implícito un aspecto histórico, consensual y prescriptivo. Según Kuhn (1971, p. 176), esta transición ocurre a través de una revolución, que el ámbito de Derechos del Niño está dada por la CDN, que pasó a transformar el estatus de los NNA como portadores de derechos. Sin embargo, la transformación de las estructuras de protección no se ha producido de la misma forma, lo que ha llevado a una convivencia entre las nuevas legislaciones de protección y las antiguas prácticas de justicia dentro de las instituciones del Estado. En este sentido, dos de las operaciones que considero necesarias para avanzar en el concepto de protección y delimitar las funciones del Estado, tienen que ver con superar la acción pedagógica estratégica llevada a cabo por el grupo social dominante y posteriormente conquistar la ciudadanía de los NNA.

4.3.1 La reproducción de la infancia y la acción pedagógica

En la doctrina de la situación irregular, la protección a la infancia encuentra sustento en la “protección a la sociedad”, debido a que el niño es considerado un ser incapaz e incompleto.

Así se da inicio al establecimiento del pensamiento dominante sobre el mundo de la infancia, a través de una relación que se torna imperceptible y se instala en el imaginario social. Ante esta relación que no es precisamente una simbiosis, Pierre Bourdieu (1992) plantea una realidad relacional y se centra en el análisis sobre la estructura de las relaciones a partir del estudio de campos¹²⁸. Para este autor, es allí donde se determinan las formas que adquieren las representaciones simbólicas que los agentes tienen sobre las estructuras, es decir, la estructura social se determina por el conjunto de campos estructurados, lo cual incluye sus influencias recíprocas y las relaciones de dominaciones mutuas.

Se tiene así, que en la sociedad se ejerce un poder en base a relaciones de fuerza e imposición de “unos” sobre “otros”, generando un tipo de “relación-opresión” sobre determinado grupo de individuos, a través una ligación que Bourdieu denomina “violencia simbólica”¹²⁹. De este modo, esta relación de fuerza existente en la sociedad busca en todo momento imponer culturas o condiciones arbitrarias para obtener una estructura social constituida por dominantes y dominados. Explica este autor, que el grupo dominante orienta sus acciones para reproducir el sistema de arbitrariedades culturales característico de una formación social inculcada; así pues, la dominación arbitraria contribuye a mantener las relaciones de fuerza que ubican tal arbitrariedad cultural por medio de la inculcación de una posición dominante que denomina “acción pedagógica”¹³⁰. Para la infancia como grupo socialmente excluido, esta concepción de dominador-dominante constituyó el denominador común durante siglos dentro de las sociedades occidentales, que en Latinoamérica no solamente se hacía presente en los usos y costumbres de la comunidad adulta, sino que además venía

¹²⁸ Para Bourdieu, el campo es un sistema de relaciones sociales, que se define por la posesión y producción de una forma específica de capital simbólico. Cada campo es autónomo e interdependiente, pues la posición dominante o dominada de los participantes al interior del campo depende de la disposición de las distintas reglas del campo.

¹²⁹ “La violencia simbólica indica expresamente la ruptura con todas las representaciones espontáneas y las concepciones espontaneístas de la acción pedagógica como acción no violenta, se haya impuesto para significar la unidad teórica de todas las acciones caracterizadas por la doble arbitrariedad de la imposición simbólica, al mismo tiempo que esta teoría general de las acciones de la violencia simbólica (tanto si estas acciones son ejercidas por el curandero, hechicero, el cura, el profeta, el propagandista, el profesor, el psiquiatra o el psicoanalista) forma parte de una teoría general de la violencia y de la violencia legítima, como atestiguan directamente la sustituibilidad de las diferentes formas de violencia social e, indirectamente, la homología entre el monopolio escolar de la violencia simbólica legítima y el monopolio estatal del ejercicio legítimo de la violencia física.” (BOURDIEU; PASSERON, 1996: 37-38)

¹³⁰ “Las relaciones de fuerza determinan el modo de imposición característico de una AP, como sistema de los medios necesarios para la imposición de una arbitrariedad cultural y para el encubrimiento de la doble arbitrariedad de esta imposición, o sea, como combinación histórica de los instrumentos de encubrimiento (o sea de legitimación) de esta violencia”. (BOURDIEU; PASSERON, 1996, p. 56)

respaldada de todo un sistema jurídico que reivindicaba el sometimiento y justificaba la dominación como fundamento para proteger a la sociedad.

Según Bourdieu (1992), es a través de la acción pedagógica donde se genera de modo contundente la reproducción social del poder. Esta acción es una violencia simbólica, en la medida en que se imponen e inculcan significados que llevan implícitos la aceptación o la exclusión; constituyendo una arbitrariedad para establecer formas legítimas de pensamiento, dado que un grupo inculca sobre el otro su aceptación. Entonces, cuando un sistema se somete bajo el efecto de la dominación tiende a reproducir tanto en las clases dominantes como en las dominadas el desconocimiento de la verdad, porque esa reproducción contribuye a mantener las relaciones de fuerza. En este sentido, el principal mecanismo de imposición de un pensamiento dominante como cultura legítima y de ilegitimidad de las demás formas de cultura o pensamiento, consiste en la “exclusión”, que adquiere mayor fuerza simbólica cuando la misma es de “autoexclusión”.

Como fue señalado a lo largo de esta investigación, y acentuado en el criterio de moral social, la nueva condición de sujeto de derechos para los NNA no es concebida en su esencia desde la sociedad, la familia y el Estado, motivo por el cual éstos siguen careciendo de un verdadero reconocimiento social porque los mismos continúan siendo vistos como futuros adultos o personas en proceso de construcción. Un ejemplo de este sistema de dominación y reproducción de la infancia han sido las instituciones de educación formal, que el citado autor coloca dentro del capital cultural. Esta violencia dentro del campo cultural produce además una sub-división en el mundo de la infancia, es decir, como si el hecho de colocarlos dentro de una situación de personas incompletas no fuese suficiente, también se establece un sistema con dos categorías: un subgrupo con capital cultural y otro subgrupo sin capital cultural, dando como resultado un grupo dominado dividido. Ésta no es una invención contemporánea o una consecuencia del nuevo paradigma, sino al contrario, es uno de los pilares de la tradicional concepción de infancia que en el antiguo paradigma dividía al mundo de la infancia en “niños” y “menores”. Por esta razón, el advenimiento del nuevo paradigma traído por CDN, necesita superar el modelo anterior, que a través de la violencia simbólica utilizada por el grupo dominante en la educación, continua ejerciendo su poder de dominación. Al respecto:

Los fundamentos de una herramienta como la noción de capital cultural, por ejemplo, que propuse en los años sesenta para dar cuenta del hecho de que, después de haber controlado las características económicas, los estudiantes salidos de familias más cultivadas tienen no sólo tasas de éxito escolar más

elevadas sino manifiestan modos de consumo y de expresión cultural diferentes. (BOURDIEU; WACQUANT, 2005, p. 112).

Así, los sistemas de enseñanza se encargan de reproducir el capital cultural, manteniendo una hegemonía de dominación y una base para el capital simbólico. De esta manera, la acción pedagógica estratégica, proveniente del capital cultural tiende a reproducir el sistema de arbitrariedades culturales de la formación social dominante, mediante la reproducción de relaciones de fuerza que colocan la arbitrariedad como inculcación cultural. En el caso de la infancia, hablar de un simple sometimiento resulta casi complaciente, porque no estamos ante un grupo social que posee la fuerza suficiente para entrar en esa lucha de poder que lleva intrínseco el poder simbólico; porque la infancia se sitúa en el grupo dominado ocupando una lugar incluso inferior. O sea, hablamos de un grupo especial de personas en proceso de crecimiento, que aún no tiene una categoría de ciudadano, que necesita de protección adecuada, y cuyo proceso de inclusión real a la sociedad se halla estrictamente determinado a las condiciones impuestas por el Estado, del cual el mundo adulto se ha apropiado.

Para comprender cómo funciona esta reproducción de los grupos sociales y las estructuras de dominación, Bourdieu se vale de la noción de “habitus”¹³¹ y explica el modo por el que los agentes sociales encuentran al mundo como evidente en sí mismo, y a partir de eso, constituyen la relación de dominación de la que son parte. Entonces, es el habitus el medio empleado para la dominación, que permite la vinculación entre las estructuras sociales y las prácticas de los agentes, hallándose profundamente ligadas a principios engendrados por la historia para asegurar la presencia de experiencias pasadas y repetir en el presente las mismas acciones de manera continua. Es decir, un proceso de reproducción. Este proceso de reproducción del habitus se inicia en las primeras experiencias o habitus primario, para luego pasar a formar parte de las estructuras institucionales que conforman el habitus social. Esta imposibilidad del desprendimiento histórico que insiste en continuar con la reproducción de la dominación es la que no permite superar el antiguo paradigma, donde el niño era considerado un objeto de protección, debido a acciones pedagógicas estrechamente ligadas a este sistema y que continúan presentes en las instituciones sociales: familia y escuela.

¹³¹ Bourdieu define al *habitus* como: “Sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios generadores y organizadores de prácticas y de representaciones que pueden ser objetivamente adaptadas a su meta sin suponer el propósito consciente de ciertos fines ni el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos, objetivamente “reguladas” y “regulares” sin ser para nada el producto de la obediencia a determinadas reglas, y, por todo ello, colectivamente orquestadas sin ser el producto de la acción organizadora de un director de orquesta.” (BOURDIEU, 2007, p.86).

Vemos así, que la infancia adquiere una relevancia fundamental en el proceso de reproducción de las estructuras sociales por su condición de agente primario, porque es:

[...] el campo doméstico, donde el niño nace, el espacio donde comienza la labor de socialización que tiende a favorecer la transformación de la libido original, es decir, de los afectos socializados en el campo doméstico, sede de un complejo proceso de socialización de lo sexual y sexualización de lo social. [...] (BOURDIEU, 2001, p. 201).

Este proceso de “socialización” sobre la infancia es el inicio de la reproducción para el mantenimiento de la dominación, como un juego de construcción de individuos para sostener a las instituciones y al grupo de poder; motivo por el cual el niño “[...] es un ser condenado a ser definido en su verdad por la percepción de los demás [...]” (BOURDIEU, 2001, p. 201-202). El método empleado para esta alineación absoluta es la acción pedagógica, que necesita ser superada para dar paso al nuevo paradigma, a través de una verdadera pedagogía¹³² que sirva para contrarrestar aquellas empleadas por el grupo dominante.

4.3.2 La autonomía progresiva: el camino hacia la ciudadanía

El camino de la infancia en la sociedad democrática puede ser caracterizado por una lucha contra la negación de su condición de persona. La exclusión de los NNA en el pacto social se hace visible en la imposibilidad para el ejercicio de sus derechos ciudadanos, que garantiza a todos los seres humanos el acceso a los derechos civiles y de libertad. En este sentido, la lucha por la igualdad de derechos está fundada en el reconocimiento de su diferencia como grupo social dentro de la sociedad¹³³.

Sobre la concepción de ciudadanía, Alessandro Baratta señala como:

[El] estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y en los otros entes políticos territoriales. En su forma integral ella supone la vigencia, de derecho y de hecho, de principios y normas constitucionales propias del Estado social y democrático de derecho, y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracterizan esta forma de Estado, incluyendo aquellos políticos y de participación política (BARATTA, 1998, p. 30).

¹³² Propuestas de pedagogía orientadas a la superación de un enfoque estrictamente tutelar y de dominación adulta pueden ser encontrado en los trabajos de autores como Paulo Freire (1993) y Antônio Carlos Gomes da Costa (1995, 1998).

¹³³ Al respecto, la CDN en el párrafo 1° de su preámbulo señala: “[...] Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...]”

La CDN, ha sido el instrumento jurídico generador de este cambio de paradigma que comenzó a colocar a la infancia dentro de la sociedad, lugar del que había sido históricamente excluido. Este instrumento universal, se estructura a partir de algunos principios como: Interés Superior del Niño, No discriminación, Protección Integral, Participación, y Autonomía Progresiva; que se encuentran explícitos en los primeros artículos del citado ordenamiento legal. Estos principios, son proposiciones que describen derechos tales como: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, participación, entre otras; cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Según Dworkin (1984, p. 76), la característica principal de estos estándares jurídicos, que aquí se denominan principios, es que cuentan con una dimensión de peso o importancia de los cuales carecen las normas.

Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. (DWORKIN, 1984, p. 72).

En este sentido, la CDN representa un nuevo paradigma en relación a los derechos de los NNA frente al Estado y las instituciones, estableciendo una inserción de los primeros en las estructuras y procedimientos de los asuntos públicos. Así, este instrumento actúa como ordenador de las relaciones entre los NNA, el Estado y la familia. Para alcanzar este cometido, los principios mencionados más arriba actúan como reguladores de esta relación; tres de esos principios son los que introducen propiamente ese cambio de paradigma estableciendo un límite a las decisiones que los adultos toman sobre los niños: Interés Superior del Niño, Protección Integral y Autonomía Progresiva.

Así, la CDN está profundamente ligada a la doctrina de Derechos Humanos, que no diferencia sujetos entre sí, sino expone los atributos positivos comunes y esenciales de toda persona, declarando sus derechos fundamentales que deben ser reconocidos por su simple condición de persona, es decir, por el solo hecho de existir, sin considerar la edad, el sexo u alguna condición específica. En este sentido, la concepción del niño como sujeto de derecho supone la idea de igualdad jurídica, es decir, todas las personas son destinatarias de normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos; esto implica igualdad de derechos ante la ley. Sin embargo, aquí tenemos además un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supra-protección o protección complementaria, que se desprende de la necesidad de una protección integral conforme los principios fundamentales de la materia. De esta forma, el niño

deja de ser objeto de protección y se convierte en sujeto de derecho. A partir de este nuevo paradigma, surge la paradoja de que si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, los ordenamientos jurídicos internos no le adjudican una autonomía plena, debido a consideraciones de “hecho”, relacionadas a su madurez, y “jurídicas”, referidas a la construcción jurídica tradicional de los NNA como personas dependientes de otros sujetos adultos (padres, tutores, Estado).

El artículo quinto de la Convención considera y propone un modo de resolver esta situación fáctica y normativa, al disponer que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de la “evolución de sus facultades”, y que a los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir orientación y dirección apropiada para que los NNA ejerzan sus derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. De la misma manera, este principio hace referencia a cómo un ciudadano empieza a ejercer sus derechos de manera gradual, de acuerdo a la evolución de sus facultades. En este sentido, no estamos hablando de un grupo de personas ajenas al concepto de ciudadanía por la simple negación de derechos civiles y políticos, sino que nos encontramos ante un nuevo sujeto de derecho que comienza a poner en ejercicio los derechos que le fueron reconocidos por su condición de persona humana. Al respecto, el art. 12 de la CDN contempla que:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Es decir, los principios fundamentales sobre los derechos de la infancia no desconocen que los NNA no siempre puedan ejercer por sí mismos sus derechos; pero en contraposición, considera que es el Estado quien debe crear las condiciones necesarias para que los mismos alcancen su grado máximo de autodeterminación. De este modo, la CDN sostiene que el Estado debe impartir dirección y orientación apropiada para que los NNA ejerzan sus derechos, esto implica, reconocer que los mismos forman parte de la sociedad y que el ejercicio de la ciudadanía no se limita a esa falta total de autodeterminación, sino que esa autonomía se irá transformando de acuerdo a la etapa evolutiva en la que se encuentren. De lo contrario, otorgarles autonomía sin considerar sus posibilidades evolutivas implicaría dejarlos en un estado de desprotección.

En suma, el principio de autonomía revela que son los NNA quienes deben ejercer sus derechos de acuerdo a su edad y grado de madurez con el debido acompañamiento de los adultos

(familia-Estado). Es decir, la toma de decisiones sobre la vida de los NNA deberá variar gradualmente de acuerdo a la evolución de las facultades de los mismos. Entonces, a medida que los NNA adquieren mayor autonomía, menor es la intensidad de la participación de un tercero para el ejercicio de sus derechos. Ahora bien, el camino de la infancia hacia la ciudadanía es un proceso lleno de limitaciones y dificultades establecida desde las normas positivas nacionales que pese a estar basadas e inspiradas en principios universalmente reconocidos y aceptados, dentro de los ordenamientos internos han dado cabida a una serie de interpretaciones restrictivas para negar el reconocimiento de los NNA como ciudadanos libres.

Los principios tienen una dimensión que faltan en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, esa parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene. Las normas no tienen esta dimensión. (DWORKIN, 1984, p. 77-78).

Y es precisamente sobre esta libertad, principio fundamental de la condición humana y base de las constituciones contemporáneas de nuestra región, que la Convención se sirve para reconocer al niño todos los derechos cuyo ejercicio constituye la condición para el ejercicio de sus derechos políticos y de participación, al igual que el de las personas adultas.

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (CDN: Preámbulo párrafo 3, 1989)

La forma en que está construida la ciudadanía del niño en el sistema de la CDN es lo que lo diferencia con el adulto; esto, debido a su condición especial de persona en fase de desarrollo que descansa en la protección y cuidado que merecen los mismos. Esta diferencia, interpretada en “falta de madurez física y mental” es la comúnmente utilizada por los ordenamientos positivos para fundamentar la negación de ciudadanía del niño. Mediante esta concepción, dentro de un Estado democrático, se genera una restricción a la participación de estos nuevos sujetos de derecho, en lugar de existir una participación diferenciada para evitar la exclusión de grupos en la sociedad. Sobre el desarrollo de la democracia en las sociedades

occidentales, explica Baratta (1998) que la misma puede ser considerada como un “pacto de exclusión”, porque en la realidad, a pesar de la trascendencia de los principios universales inherentes a la condición humana que se enuncian en los ordenamientos jurídicos, la misma ha constituido un pacto entre individuos del género masculino, adultos, blancos y propietarios, para excluir del ejercicio de la ciudadanía en el Estado a mujeres, niños, personas negras, indígenas y desposeídas. Esto ha dado como resultado que el pacto social dentro de las sociedades occidentales, esté fuertemente marcado por la lucha de los excluidos, quienes buscan lograr su integración en la sociedad y adquirir el estatus de ciudadanía para convertirse en personas sujetos de derecho que viven en un Estado democrático.

En este sentido, la norma se aleja del principio y crea una categoría de ciudadanos con un grado mayor de participación y otra con un menor grado de participación. La superación del concepto de libertad sobre aquella base limitada establecida por las normas se hace necesaria para eliminar la asimetría existente entre los NNA y los adultos. La ciudadanía es expresión de libertad, que lleva implícito el derecho a ser escuchado y la participación en los asuntos que nos involucra. Entonces, un camino para alcanzar la ciudadanía puede ser considerada a partir del artículo 12 de la CDN, fundada en la autonomía progresiva del niño, que indica hacia donde ir para poder avanzar hacia la igualdad de derechos y una sociedad más democrática.

CONSIDERACIONES FINALES

Cuando el Principito decidió subir a una montaña muy alta, pensó que desde allí divisaría de una vez todo el planeta y a todos los hombres, sin embargo, al llegar a la cúspide apenas consiguió ver picos rocosos bien afilados. Luego, como se sentía solo allá arriba, éste comenzó a saludar y hacer preguntas para intentar establecer algún tipo de diálogo, pero sólo el eco respondía a su llamado. Entonces, se dijo a sí mismo: “¡Qué planeta tan extraño! Es todo seco, todo puntiagudo y todo salado. Y a los hombres les falta imaginación, sólo repiten lo que se les dice”.

Teniendo en cuenta las complejidades que presenta un diálogo, inclusive desde la presentación de la pregunta debido a los códigos y los “ritos” existentes entre los adultos, me propuse al inicio de este trabajo diseñar los delineamientos básicos del mismo a través de un dibujo teórico-metodológico. Esto, para poder dar cuenta del análisis y evaluación de los argumentos contenidos en la OC-17, lo que posteriormente me permitió medir los efectos de esta opinión consultiva en el sistema interamericano de justicia. En este sentido, a partir de los elementos estudiados, puedo comenzar sosteniendo que la pregunta formulada por la CIDH, a pesar de contener ciertas imprecisiones de forma e incluso dudas sobre el contenido, era suficientemente clara para entender y responder el tema principal en cuestión: la protección de los NNA y la función del Estado. Sin embargo, parece ser que los malentendidos se apoderaron de los razonamientos de la OC-17, ya que estos en vez de disiparse fueron afianzándose. En consecuencia, se dio lugar a una serie de interpretaciones y especulaciones sobre conceptos y doctrinas, que llevaron a generar mayores interrogantes sobre la concepción de protección para la infancia y restringir la especialidad de la materia.

Ahora bien, como ya fue mencionado, la OC-17 pudo haber sido un importante marco de referencia para resolver muchas otras preguntas, además de la formulada por la CIDH. No obstante, esta optó por reafirmar (repetir incansablemente) o simplemente condensar en ella varios otros instrumentos de DDHH. Es decir, la Corte IDH no avanzó sobre la problemática planteada y las opiniones del tribunal se limitaron a realizar constantes remisiones hacia otras normas del sistema interamericano. En otras palabras, dejó de lado su función consultiva, que consistía en ofrecer una opinión calificada que arroje algún tipo de luz sobre la oscuridad normativa que le fue presentada. Por otro lado, si bien es cierto que esta función consultiva aún posee efectos jurídicos controversiales, quedó demostrada que la misma tiene relevancia

significativa dentro del sistema interamericano, cuyo ejercicio corresponde únicamente a la Corte IDH por mandato de la propia CADH. Así también, el tribunal redujo las cuestiones planteadas por la CIDH a un abordaje hacia otras ramas del Derecho, particularmente el Derecho Penal y el Derecho Internacional (e inclusive el Derecho Natural); que si bien es cierto, también forman parte del ámbito de protección para la infancia, el campo de estudio donde se plantea la esencia del problema se llama Derechos de la Niñez y la Adolescencia, o bien, Derechos de la Infancia. Sobre el mismo, considero importante referirse sobre este grupo de derechos específicos porque:

- Son el resultado de una larga lucha para su reconocimiento jurídico.
- Cuentan con principios rectores que le son propios, debido a su especialidad: Interés Superior del Niño, No Discriminación, Supervivencia y Desarrollo, y Participación.
- Corresponden a un grupo determinado de personas que fueron históricamente excluidos del pacto social.
- Sus detentores, son personas en etapa de crecimiento, por lo que el ejercicio pleno de esos derechos depende de la protección garantizada que se les brinde (familia, sociedad y Estado).

En cuanto a los argumentos expuestos por la Corte IDH en la OC-17, estos no abordan de manera clara y estricta la cuestión relacionada a los límites estatales y las medidas de protección para la infancia; por lo tanto, encontrar una justificación sobre la misma resultó una tarea de búsqueda constante. De la misma manera, tanto en el análisis como en la evaluación, la transición inacabada de paradigmas se muestra presente a través de los dilemas y las ambigüedades en la concepción de protección. Es decir, por un lado, la negación del dilema existente entre las doctrinas de protección por parte de ambos jueces, para hacerlas convivir en un mismo sistema, incluso la propuesta de hallar una “síntesis dialéctica” entre ellas. Y por el otro lado, las ambigüedades que esto ocasiona tanto en la definición de conceptos como: inmadurez, vulnerabilidad, protección, medidas de protección, entre otras; así como en el funcionamiento de las instituciones del Estado, debido a la interrogante sobre el tipo de paternalismo que éste ejerce sobre los NNA.

A lo largo de este trabajo, varias conclusiones fueron obtenidas, las cuales dieron origen al último capítulo que trata acerca de los efectos de la OC-17, constituyendo el punto culminante de los razonamientos desarrollados en esta investigación. De este modo, el mismo terminó asumiendo la función de traer a discusión los principales conceptos elaborados en la OC-17 y

medir los efectos internos y externos del mismo, para ilustrar los resultados de este trabajo. En resumen, se puede decir que:

1. El Estado en su rol de garante de protección aparece como un benefactor de buena voluntad. Por consiguiente, sus obligaciones de protección no están expuestas de manera clara.
2. El paternalismo jurídico ejercido sobre la infancia no está debidamente justificado, por eso los límites al poder estatal no son lo suficientemente claros.
3. La función de protección que tiene el Estado está principalmente orientada a proteger a la sociedad, por eso cuando se abordan temas relacionados a la aplicación de medidas, estas acaban reduciéndose a la cuestión penal.

Por último, aunque son varios los campos de estudio que desarrollan conocimientos acerca del desarrollo de la infancia, estas muchas veces no configuran un espacio interdisciplinario para construir un escenario de discusión en búsqueda de objetivos comunes. Si bien, la tentativa de este trabajo en aproximar a estos otros campos al Derecho fue apenas para comprender el contexto social de la problemática, la propuesta es seguir avanzando hasta poder encontrar caminos más estrechos (no en línea recta) que nos lleven hacia una misma dirección y permitan desarrollar un enfoque teórico latinoamericano sobre la infancia. En este sentido, fue posible extraer algunos presupuestos que caracterizan a la materia en nuestra región:

1. Los NNA son personas inmaduras y vulnerables. En este sentido, la protección de los mismos se justifica en el acceso a los DESC.
2. Los niños son sujetos de derecho con limitaciones arbitrariamente impuestas por la familia, la sociedad y el Estado.
3. Los NNA son vistos como propiedad de los adultos, principalmente de la familia quien debido a su responsabilidad primaria se atribuye derechos sobre los mismos. Por lo tanto, la relación adultez-infancia es una relación de dominación y reproducción.
4. El proyecto de vida de los NNA está condicionado y limitado por el proyecto de vida de los adultos (familia), el cual está orientado al mantenimiento de la moral social, fuertemente ligado a un modelo de vida cristiano.
5. Existe una necesidad de construir una concepción protección para la infancia que sea apropiada al contexto histórico, social y cultural; y que no se vea restringido al ámbito meramente jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; SAN MIGUEL, Francisco J. Laporta. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

AGUILAR, Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, Santiago de Chile, vol. 6, no 1, p. 223-247, 2008. Disponible en: < <http://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf> >. Acceso en: 30 oct. 2017.

ARGENTIARI, Constanza. **Interpretación del Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Fueron superados los estándares establecidos en la Opinión Consultiva N° 17?** American University International Law Review, vol. 27, no 3, p. 5, 2012.

AÑÓN, María José. CS Nino y los derechos morales. **Anuario de Filosofía del Derecho**, Valencia, no 11, p. 211, 1994.

ARCHARD, David; MACLEOD, Colin Murray (Ed.). **The moral and political status of children**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ARIÉS, Philippe. **El Niño en el Antiguo Régimen Familiar**. Madrid: Editorial Taurus, 1987.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derechos. Teoría de la Argumentación Jurídica**. Ciudad de México: UNAM, 2005.

_____. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____. El derecho como argumentación. **Isegoría: Revista de filosofía moral y política**, Madrid, vol. 21, p. 37-47, 1999.

ÁVILA, Ramiro; CORREDORES, María. **Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral**. Ecuador: V&M Gráficas, 2010.

BARATTA, Alessandro. La niñez como arqueología del futuro. **Justicia y derechos del niño**, 2007, Santiago de Chile, no 9, p. 7-15. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf>. Acceso en: 16 ago. 2017.

_____. Democracia y derechos del niño. **Justicia y derechos del niño**, 2007, Santiago de Chile, no 9, p. 17-25. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf>. Acceso en: 16 ago. 2017.

BARQUET, Paula; CILLERO, Miguel; VERNAZZA, Lucía. **Aportes para la cobertura periodística sobre la rebaja de la edad de imputabilidad**. Montevideo: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF, 2014. Disponible en:

<<https://www.unicef.org/uruguay/spanish/unicef-edad-imputabilidad.pdf>>. Acceso en: 18 oct. 2017.

BELOFF, Mary. Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006). **Justicia y Derechos del niño**, Santiago de Chile, no 8, p. 9-49, 2006. Disponible en:< <https://www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf> >. Acceso en: 17 ago. 2017.

_____. **Los derechos del niño en el sistema interamericano**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009A.

_____. Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina. **Justicia y Derechos del Niño**, Santiago de Chile, nro. 11, págs. 55/81, 2009B.

BENGOETXEA, Joxerramón. Una defensa del consecuencialismo en el Derecho. **Telos**, vol. II, nro. 2, p. 31-68, 1993.

_____. Razonamiento jurídico y post-positivismo: la contribución de Neil MacCormick. **Anuario de filosofía del derecho**, Universidad del País Vasco, p. 267-287, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1992.

_____. **Razones prácticas, sobre la teoría de la acción**. Traducido por Thomas Kauf. Barcelona: Anagrama, 1997.

_____. **Meditações Pascalianas**. Traducido por Sergio Miceli. Río de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

_____. **El sentido práctico**. Traducido por Ariel Dillon. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2007.

_____; PASSERON, J.C. **La Reproducción, Elementos para una teoría del sistema de enseñanza**. Madrid: Editorial Popular, 1996.

_____; WACQUANT, L.J. **Una invitación a la Sociología Reflexiva**. Traducido por Ariel Dillon. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2005.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e legislação correlata**. 9. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010. 207 p. – (Série legislação; n. 83).

BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro. **Manual internacional de derechos humanos**. Caracas: Editorial Jurídica venezolana, 1990.

BUSTELO GRAFFIGNA, Eduardo. Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano. **Salud colectiva**, Lanús, vol. 8, no 3, p. 287-298, 2012.

CANO, Eleonora; KAWON, Jéssica. Artículo 19 Derechos del Niño. In: Alonso Regueira, Enrique M. (Org.), **Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino**. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 319-331.

CASAS, Ferrán. **Infancia: perspectivas psicosociales**. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. Infancia y representaciones sociales. **Política y sociedad**, Cataluña, vol. 43, n. 1, p. 27-42, 2006.

CILLERO, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. **Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño—OEA**, vol. 234, p. 1-13, 1997.

CONDE, Gustavo Daniel. La familia y la protección de la infancia. Las necesidades y los deseos, del individualismo a la autonomía. **Ponencia presentada en X Jornadas de Psicología Universitaria. Memoria y Transformación Social: el conocimiento en la frontera**. Montevideo, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la corte (art. 64 de la CADH)**. Opinión Consultiva OC-1 del 24 de setiembre de 1982. Solicitada por el Perú.

_____. **El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75 de la CADH)**. Opinión Consultiva OC-2 del 24 de setiembre de 1982. Solicitada por la CIDH.

_____. **Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 de la CADH)**. Opinión Consultiva OC-3 del 8 de setiembre de 1983. Solicitada por la CIDH.

_____. **Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la CADH)**. Opinión Consultiva OC-9 del 6 de octubre de 1987. Solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

_____. **Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la CADH**. Opinión Consultiva OC-10 del 14 de julio de 1989. Solicitada por el gobierno de la República de Colombia.

_____. **Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la CADH)**. Opinión Consultiva OC-14 del 9 de diciembre de 1994. Solicitada por la CIDH.

_____. **Informes de la CIDH (art. 51 de la CADH)**. Opinión Consultiva OC-15 de 14 de noviembre de 1997. Solicitada por el Estado de Chile.

_____. **El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal**. Opinión Consultiva OC-16 de 1 de octubre de 1999. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

_____. **Condición jurídica y derechos humanos del niño.** Opinión Consultiva OC-17 de 02 de 28 de agosto de, 2002. Solicitada por la CIDH.

_____. **Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

_____. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. N° 5: Niños y Niñas.** Elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de Claudio Nash y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca. Costa Rica, 2015. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf>>. Acceso en: 22 jul. 2016.

_____. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.** Opinión Consultiva OC-24 de 24 de noviembre de 2017. Solicitada por la República de Costa Rica.

CUNNINGHAM, Hugh. **The Invention of Childhood.** London: BBC Books, 2006.

DÁVILA, Paulí; NAYA, Luis María. La protección de la infancia en situaciones de riesgo en América Latina a través de los códigos de la niñez. **Pedagogía Social. Revista Interuniversitaria**, Sevilla, no 19, p. 99-112, 2012.

DE SAINT-EXUPÉRY, Antoine. **El principito.** Barcelona: Salamandra, 2003.

DIETERICH STEFFAN, Heinz. **Nueva guía para la investigación científica.** Lima: Asociación Civil Universidad de Ciencias y Humanidades, Fondo Editorial, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

FREIRE, Paulo. **Pedagogía de la esperanza. Un reencuentro con la Pedagogía del oprimido.** Buenos Aires: Editorial Siglo Veintiuno editores, 2002.

GARAVITO, César A. Rodríguez (ed.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI.** Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; CARRANZA, Elías. **Infancia, adolescencia y control social en América Latina.** Buenos Aires: Depalma, 1990.

_____; _____. **Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina.** Buenos Aires: Galerna, 1992.

_____. **Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral.** Santa Fe: Forum Pacis, 1994

_____. **Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral.** 2ª ed. Ibagué: Forum Pacis, 1997a.

_____. Cidadania da Criança: A Revolução Francesa com 200 anos de atraso. In inscrita. **Revista do Conselho Federal do Serviço Social**. Rio de Janeiro, 1997b.

_____. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, Anhanguera, no 8, p. 1-22, 2015.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, no 5, p. 155-173, 1988.

_____. Desde la modesta propuesta de “Swift” hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, no 15-16, p. 731-743, 1994.

GOMES DA COSTA, Antônio Carlos. Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente. In: Emilio García Méndez; Carranza (org.). **Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina**. Buenos Aires: Galerna, 1992.

_____; GARCÍA MENDEZ, Emilio. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Pedagogía de la presencia**. Buenos Aires: Losada, 1995.

_____. Pedagogía y Justicia. In: Emilio García Méndez, Mary Beloff (comps.) **Infancia, ley y democracia en América Latina**, págs., 1998, p. 61-62.

GONZALEZ CONTRÓ, Mónica. Paternalismo justificado y derechos del niño. **Revista Isonomía**, Ciudad de México, nro. 25, p. 103-135, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **La inclusión del otro. Estudios sobre teoría política**. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, 1998.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Ciudad de México, vol. 10, p. 131-156, 2008.

HERNÁNDEZ-BLASI, Carlos; BERING, Jesse M.; BJORKLUND, David F. Psicología Evolucionista del Desarrollo: contemplando la ontogénesis humana desde los ojos del evolucionismo. **Infancia y aprendizaje**, Florida, vol. 26, no 3, p. 267-285, 2003.

JARAMILLO, Leonor. Concepción de infancia. **Zona Próxima**. Barranquilla, n. 8, 2008.

LARA CHAGOYÁN, Roberto. El principio de universalidad en el razonamiento jurídico. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, vol. 57, no 247, p. 221-247, 2007.

LEOPOLD, Sandra. **Los laberintos de la infancia. Discursos, representaciones y crítica.** Montevideo: Ediciones universitarias, unidad de comunicación de la Universidad de la República, 2014.

DE MAUSE, Lloyd. **Historia de la infancia.** Madrid: Alianza Universidad, 1982.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales.** Tercera edición. Caracas: Editorial Jurídica venezolana, 1999.

KUHN, Thomas S. **La estructura de las Revoluciones Científicas.** Traducido por Agustín Contin. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MACCORMICK, Neil. Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos. **Anuario de Filosofía del Derecho**, Edimburgo, vol. 5, p. 293-306, 1988.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e Estado de direito.** Trad. Conrado Hübner Mendes. Río de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Argumentación e interpretación en el Derecho. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, no 33, p. 65-78, 2010.

MACLNTYRE, Alasdair. **Is patriotism a virtue?** Kansas: University of Kansas, Department of Philosophy, 1984.

MALEM, Jorge F; NINO. In memoriam. Carlos Santiago Nino (Apuntes bio-bibliográficos). **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Barcelona, no 3, p. 17-75, 1994.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; DE JESUS, Ricardo Antônio Rezende. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Novos Estudos Jurídicos**, Fundação Universidade do Vale do Itajaí, vol. 16, no 2, p. 207-221, 2011.

NACIONES UNIDAS. **Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).** San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> . Acceso en: 17 jul. 2016.

_____. **Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.** Viena, 23 de mayo de 1969.

_____. **Los derechos del niño (art. 24): 07/04/89. CCPR Observación General 17.**

_____. **Convención sobre los derechos del niño. Aprobada el 20 de noviembre de 1989.** Madrid: Nuevo siglo, 2006, p. 52.

NINO, Carlos Santiago. Liberalismo versus comunitarismo. **I Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, pág. 363, 1988.

_____. **El constructivismo ético.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989A.

_____. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación.** Segunda edición. Buenos Aires: Astrea, 1989B.

_____. **Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho.** Barcelona: Ariel, 1994.

_____. Sobre los derechos morales. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, no 7, pág. 311-325, 1990.

_____. Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derechos**, Alicante, no 10, pág. 261, 1993.

_____. **Introducción al análisis del derecho.** Buenos Aires: Astrea, 1980.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José):** San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

_____. **Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Protocolo de Buenos Aires).** Buenos Aires, Argentina del 27 de febrero de 1967.

PARAGUAY. **Código de la niñez y la adolescencia y leyes complementarias de Paraguay: Ley 1680/01.** 5ta. Edición. Asunción: UNICEF Paraguay, 2005, p. 122.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ROESLER, Claudia Rosane; BONAT, Debora. Decidir e argumentar: racionalidade discursiva e a função central do argumento. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, vol. 61, no 3, p. 213-231, 2016.

PEDERNERA, Luis. A veinte años de su ratificación: Lecturas críticas sobre la Convención sobre los Derechos del Niño. **Trabajo presentado en las IX Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Sociales, UdelaR, Montevideo**, 2010, p. 13-15.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de la argumentación.** Madrid: Gredos, 1989.

PIEDRAHITA, María Victoria Alzate. El “Descubrimiento” de la Infancia (I): Historia de un Sentimiento. **Revista Electrónica de Educación y Psicología.** Bogotá, vol. 1, n. 1, 2004.

POPPER, Karl R. **La sociedad abierta y sus enemigos.** Barcelona: Editorial Paidós, 1991.

PRINCIPE, Gabrielle. Evolutionary Psychology through a Developmental Lens. IN: What is wrong (& Right) about Evolutionary Psychology? **TEVOL online magazine**. The evolution institute: Florida, p. 18-23, 2015.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. Traducido por Sergio Rene Madero Báez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

REICHENBACH, Hans. **The rise of scientific philosophy**. London: University of California Press, 1973.

ROESLER, Claudia Rosane; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI nº 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, Fundação Universidade do Vale do Itajaí, vol. 19, no 3, p. 663-694, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emilio**. Madrid: Edaf, 1982.

SAGÜÉS, Néstor, “Nuevamente sobre el valor, para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, **JA**, 1999-II-364.

SALVIOLI, Fabián. La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marco legal y desarrollo jurisprudencial. **Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade**, 2004, vol. 3.

SAMPIERI HERNÁNDEZ, R.; FERNÁNDEZ COLLADO, C.; BAPTISTA, M. d. **Metodología de la investigación (quinta edición ed.)**. México DF: Mc Graw Hill, 2010.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ULLMANN, Heidi; MALDONADO VALERA, Carlos; RICO, María Nieves. **La evolución de las estructuras familiares en América Latina, 1990-2010: Los retos de la pobreza, la vulnerabilidad y el cuidado**. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el marco del Proyecto CEPAL-UNICEF (UNI/12/001): Santiago de Chile, 2014. Disponible en: <https://www.unicef.org/lac/S2014182_es.pdf>

UNICEF. **¿Qué es la protección integral?** Buenos Aires, 1994.

_____. **“Migración e Infancia”**. Oficina Regional para América latina y el Caribe Unidad de Políticas Públicas: Panamá, 2006. Disponible en: <https://www.unicef.org/lac/migracion_e_infancia.pdf>. Acceso en: 19 jun. 2016.

VENTURA ROBLES, Manuel E.; ZOVATTO G, Daniel. **La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Naturaleza y Principios 1982-1987**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Editorial Civitas SA, 1989.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964.

WITKER, Jorge. **Cómo elaborar una tesis en Derecho. Pautas Metodológicas y Técnicas para el Estudiante o Investigador del Derecho.** Primera Edición. Reimpresión de Gráficas Rogar. Madrid: Editorial Civitas, SA, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: documentos y cuestionarios elaborados para el seminario de San José, Costa Rica, 11 al 15 de julio de 1983. Primer informe.** Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 84.

ZERMATTEN, Jean. **El Interés Superior del Niño: Del análisis literal al alcance filosófico.** Institut international des droits de l'enfant: Institut universitaire Kurt Bösch, 2003.

Referencias jurisprudenciales

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)” vs. Guatemala.** Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

_____. **Caso Bulacio Vs. Argentina.** Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú.** Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador.** Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (Excepciones Preliminares).

_____. **Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay.** Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

_____. **Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia.** Sentencia de 15 septiembre de 2005.

_____. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.** Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.** Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

_____. **Caso Servellón García y Otros vs. Honduras.** Sentencia de 21 de septiembre de 2006.

_____. **Caso Vargas Areco vs. Paraguay.** Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

_____. **Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia.** Sentencia de 1 de julio de 2006.

_____. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.** Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.** Sentencia de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.)

_____. **Caso de la masacre de las dos erres vs. Guatemala.** Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso González y Otras (“Campo algodonero”) vs. México.** Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

_____. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.** Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas).

_____. **Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México.** Sentencia de 31 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

_____. **Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala.** Sentencia de 25 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso Contreras y Otros vs. El Salvador.** Sentencia de 31 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso familia Barrios vs. Venezuela.** Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso Gelman vs. Uruguay.** Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones).

_____. **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.** Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso Forneron e Hija vs. Argentina.** Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia.** Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones).

_____. **Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El salvador.** Sentencia de 25 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

_____. **Caso Mendoza y Otros vs. Argentina.** Sentencia de 14 de mayo de 2013 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones).

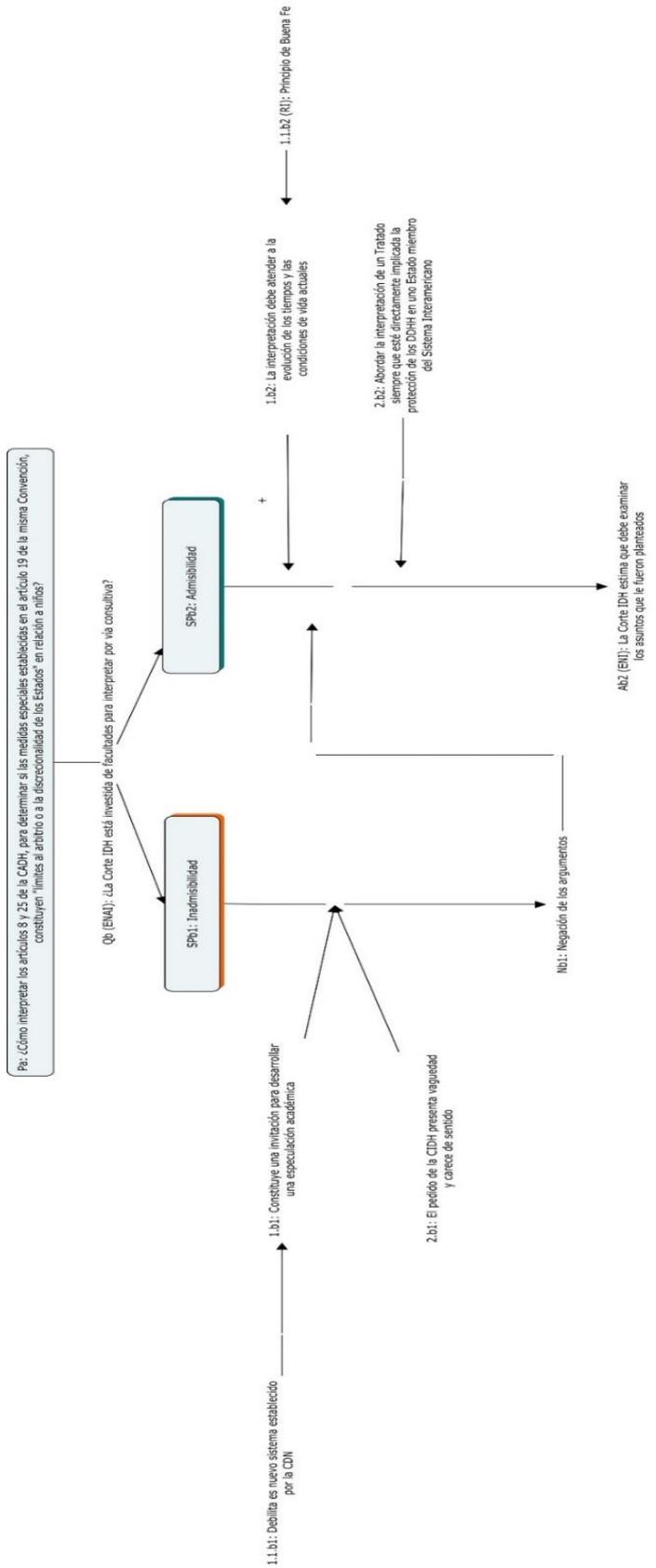
_____. **Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia.** Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____. **Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia.** Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

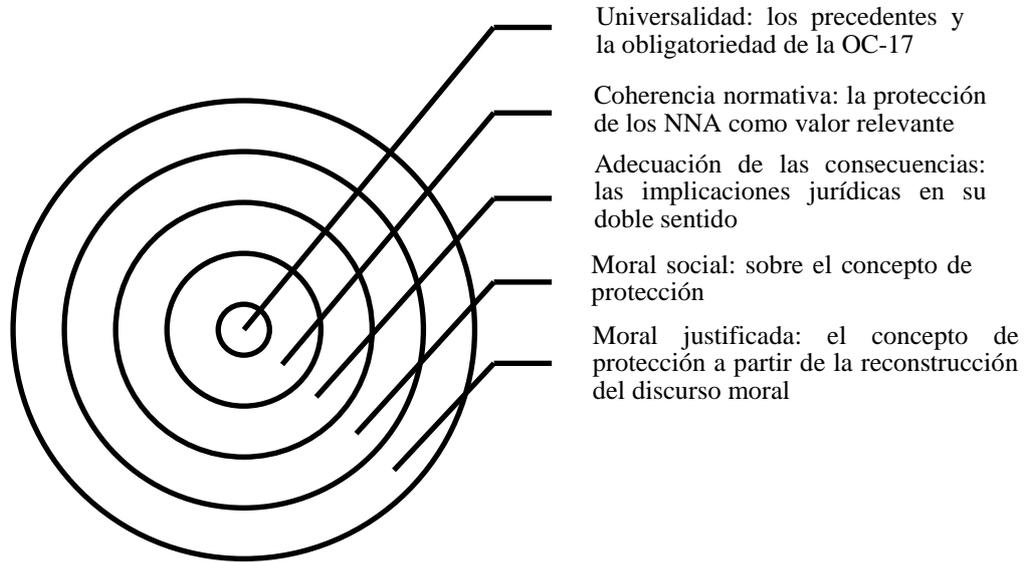
_____. **Caso Rochac Hernández y Otros vs. El Salvador.** Sentencia de 14 de octubre de 2014 (fondo, reparaciones y costas).

_____. **Caso Veliz Franco y Otros vs. Guatemala.** Sentencia de 19 de mayo de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

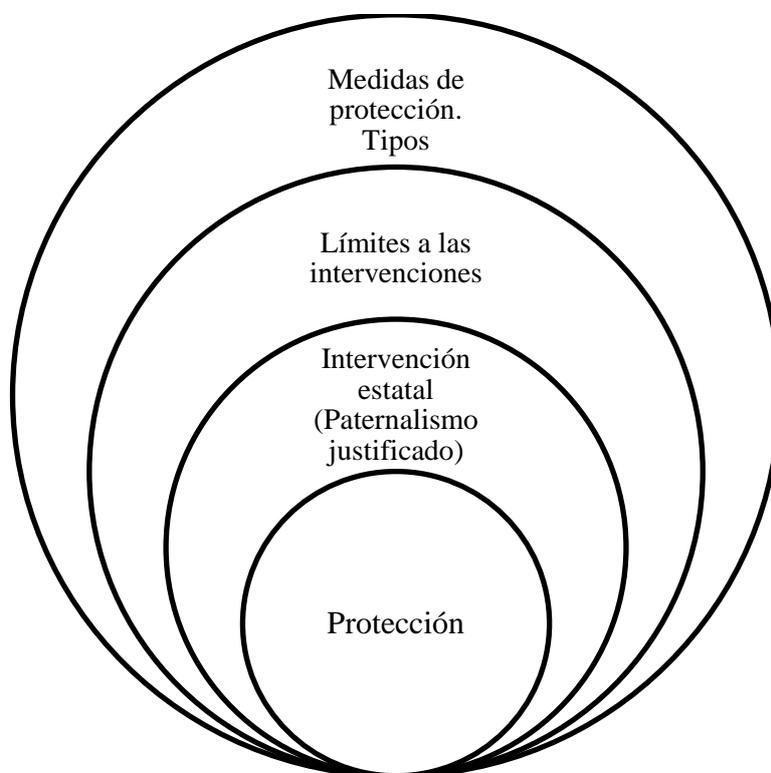
Apéndice A – Diagrama de representación como modelo de análisis



Fuente: elaboración propia.

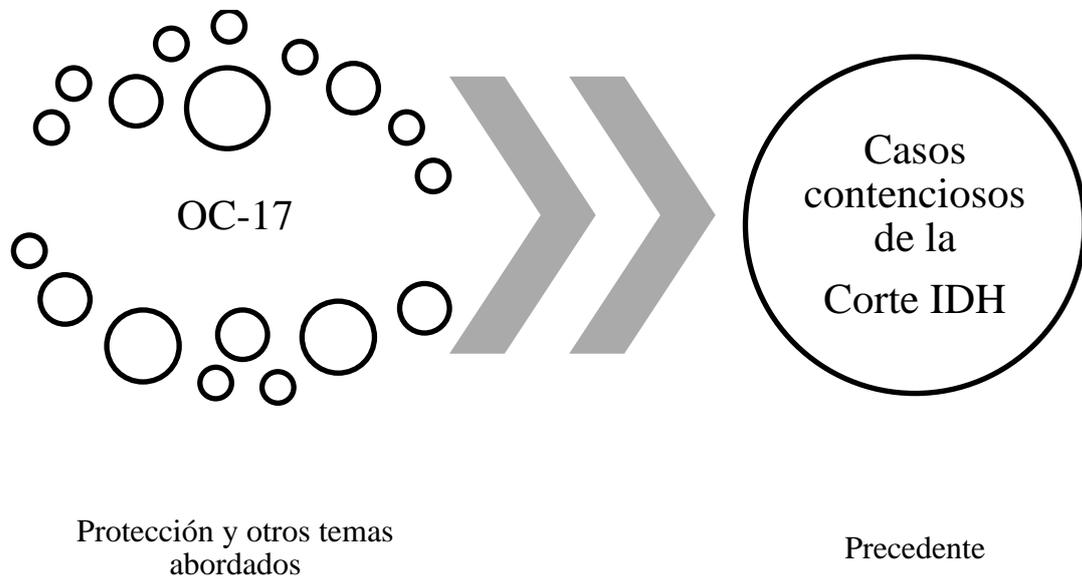
Apéndice B – Criterios de evaluación de los argumentos en la OC-17

Fuente: elaboración propia.

Apéndice C - Efectos internos de la OC-17

Fuente: elaboración propia.

Apéndice D - Efectos externos de la OC-17



Fuente: elaboración propia.