

Los dilemas y las ambigüedades en los efectos de la Opinión Consultiva 17*

Dilemmas and ambiguities in the effects of the Advisory Opinion 17

SERGIO DANIEL RUIZ DÍAZ ARCE¹

Resumen: Este trabajo examina la eficacia de los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17, en cuanto a la protección de la infancia y las medidas de protección aplicadas por los Estados. El objetivo es analizar e ilustrar los efectos de 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 niños, niñas y adolescentes en la región. Para ello, se mide el impacto jurisprudencial y el alcance de los temas desarrollados por los jueces en las decisiones posteriores a esta opinión consultiva.

Palabras clave: derechos del niño; protección estatal; Corte Interamericana de Derechos Humanos; jurisprudencia.

* Este artículo es una reformulación de parte de la investigación denominada “La protección de la infancia en los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, presentada por el autor para optar al título de Magíster en Derecho, Universidad de Brasíla, 2018.

¹ Magíster en Derecho por la Universidad de Brasilia. Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Actualmente, desarrolla investigación de Doctorado en el Programa de Pos-Graduación en Derecho de la Universidad de Brasilia, en la línea de investigación Constitución y Democracia. Integra el grupo de investigación Retórica, Argumentación y Juridicidades.

Abstract: The paper examines the effectiveness of the arguments of the Inter-American Court of Human Rights in the Advisory Opinion 17, regarding the protection of children and the protection measures applied by the States. The objective is to analyze and to illustrate the effects of the justification on state limits with respect to protection measures, and to clearly determine the role of the State as guarantor of rights to ensure the well-being of children in the region. The paper thus assesses the impact of the Advisory Opinion on the case law of the Court and scope of the topics dealt with by judges in subsequent decisions.

Keywords: rights of the child; state protection; Inter-American Court of Human Rights; jurisprudence.

Recibido: 19.7.2019 Aceptado: 19.12.2019

Sumario

1. **Introducción**
2. **Protección e intervención estatal**
3. **Límites a las intervenciones paternalistas**
4. **Medidas de protección**
5. **Casos contenciosos en la jurisprudencia de la Corte IDH**
6. **Consideraciones finales**

1. Introducción

Si bien la conquista de derechos para el mundo de la infancia comienza a adquirir forma y mayor fuerza a partir de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) en 1989, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) también ha tenido un papel importante en la afirmación de esos derechos, principalmente por medio de sus fallos y decisiones que ratifican los postulados de la CDN y buscan garantizar el cumplimiento de los mismos en los diferentes países de la región.

El 30 de marzo de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) —en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)— sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la CADH, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación a los niños, niñas y adolescentes (NNA). Así, en uso de sus atribuciones, el 28 de agosto de 2002 la Corte IDH se pronunció por medio de la Opinión Consultiva 17 (OC-17) a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

Debido a que dicha opinión consultiva constituye una interpretación calificada en materia de derechos sobre la infancia, es necesario medir sus efectos dentro del sistema interamericano. Para los fines de este trabajo, se realiza una división a partir de los efectos de la OC-17, de modo de establecer una diferenciación meramente didáctica y determinar sus alcances y consecuencias. En primer lugar, se examinarán los “efectos internos”; este análisis se centra en los ejes temáticos abordados por los jueces Sergio García Ramírez y Antônio Cançado Trindade: la protección e intervención estatal, los límites a las medidas paternalistas y los tipos de medidas de protección señalados por la Corte. En segundo lugar, se estudiarán los “efectos externos”: la incidencia de la opinión consultiva en la jurisprudencia de la Corte IDH, a través de su uso en los casos contenciosos.

Teniendo en cuenta estos dos enfoques, puede obtenerse 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 y su contribución al sistema de protección integral.

2. Protección e intervención estatal

De acuerdo con Nino (1989) existen tres principios morales de cuya combinación resultan los DDHH: inviolabilidad, autonomía y dignidad. El principio de autonomía de la persona, cuando se refiere a los límites para la interferencia estatal, se opone a la idea de perfeccionismo, 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, 2006, 414).

Si bien la intervención estatal en la vida de los NNA puede ser concebida a partir de la protección que el Estado les debe brindar, el interrogante que surge es cómo el Estado debe intervenir para proteger a las personas menores de edad. De acuerdo con la Corte IDH, la idea de protección para la infancia en Latinoamérica puede ser caracterizada a partir de dos modelos en tensión, que según la denominación del juez García Ramírez son el “tutelar” y el “garantista”; en los términos de Emilio García Méndez (1994), serían el modelo de situación irregular y el modelo de protección integral, respectivamente.

Según el juez, el primero tiene por objetivo brindar a las personas menores de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y la protección que requieren; mientras que el segundo se preocupa por el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación del menor como sujeto y no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías (OC-17, voto concurrente

de García Ramírez, párr. 22). Con una propuesta superadora —a la que se denominó de “síntesis dialéctica”—, el juez García Ramírez intenta explicar la innecesaria polarización de modelos, a la que llama de “falso dilema”, para rescatar la idea de “tutela” y conciliar ambos modelos, señalando que esta fue mal entendida o mal interpretada, debido a su “extraordinaria flexibilidad” para determinar la injerencia del Estado (ibídem, párr. 17). Asimismo, reconoce que dicha flexibilidad produjo 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 lo indica en su cita al profesor Eugenio R. Zaffaroni:

[E]l 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. (ibídem, 22 apud Zaffaroni, 1984, 94).

En la misma línea argumentativa, el juez Cañado Trindade coincide en la innecesaria adopción del modelo de protección integral, y plantea la idea de protección de 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 y otras instituciones. Este 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 sujeto de derechos. Enseguida, desarrolla un concepto de protección a partir de la idea de obligación, para afirmar que la patria potestad eventualmente asumida por el Estado tiene como función proteger los intereses del

niño y 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. Al respecto, se podría considerar que Cançado Trindade, debido a sus reiteradas manifestaciones sobre el derecho de petición individual y 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 juez, todo el nuevo *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos 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 es señalado como el 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 (ibídem, voto concurrente del juez 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.

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 conferir una dimensión más amplia al contenido del artículo 19 del mismo cuerpo legal. En concordancia con 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 (1989, 48), es si la noción de derechos humanos incluye o no alguna especificación acerca de los responsables de la “preservación y expansión de tales derechos”. Para este autor, la discordancia acerca de los reclamos de la protección no ocurre sobre aspectos esenciales de la noción de derechos humanos, sino sobre rasgos contextuales o conversacionales del tipo de discurso en el que se suele apelar a tales derechos. 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. Esta segunda hipótesis es tal vez la que se viene dando de manera más común en la región, y es la que motivó la consulta de la CIDH para reclamar sobre el tipo de protección que el Estado debe brindar a los NNA, además de determinar cuáles son los límites para la actuación estatal.

3. 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 de Atienza en torno a los fines del paternalismo jurídico. Atienza (1988, 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, 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*.

Se colige 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 componen 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 de los NNA, autorizando de esta manera la intervención del Estado ante situaciones de urgencia. Afirma 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, caso en el que 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 (OC-17, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 31). No obstante, aclara que dicha actuación es ejercida por el Estado cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de sus derechos, 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 ellos (ibídem, 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 mencionen los límites a ser observados cuando se aplican estos

deberes de protección inmediata, teniendo en cuenta 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 sustentan 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*. El uso de las medidas cautelares, según el artículo 5 del Reglamento de la CIDH, se relaciona con situaciones de gravedad y de urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas, y pueden 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 un adolescente debido a una situación de peligro inminente o un aumento de la vulnerabilidad. Sin embargo, no todos los NNA se encuentran de forma exclusiva y constante en esas situaciones; es más, al igual que en 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 infancia, sino más bien como 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 entender hasta dónde llega el poder del Estado.

En resumen, las obligaciones de protección que señala García Ramírez no contribuyen para delimitar la actuación estatal en la vida de los NNA, ni justifican algún tipo de paternalismo para la infancia; por el contrario, el juez utiliza como punto de comparación las medidas cautelares para adultos, cuya condición de vulnerabilidad, aunque en situaciones específicas, no puede ser equiparada a la de un niño o un adolescente.

Sobre los límites, el juez Cançado Trindade considera que son inherentes a la propia personalidad jurídica de los NNA, y que toda persona humana está dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal —incluso en el caso de los NNA, cuya capacidad jurídica para el ejercicio de derechos es relativa—. Para el juez, 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, por lo que se trata así de 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 DDHH sugeridos por Nino, los cuales también descansan en un pensamiento liberal de vertiente kantiana. Sin embargo, el juez Cançado Trindade no elabora una justificación ante la cuestión de límites al poder estatal, optando por permanecer en una teoría iusnaturalista de “comunidad internacional” que apela al derecho de petición individual internacional (calificado como cláusula pétrea). Por tanto, es notorio que su preocupación no está en fijar en límites al Estado, 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 a un Estado que se presenta como espectador neutral. De ello se puede presumir que ese Estado tiene

por objetivo “obtener un bien”, el cual se concretaría a través del derecho de petición individual. Sin embargo, resulta curioso que el ejercicio de este derecho sea mencionado en su instancia final —la jurisdicción internacional—, como “la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional”, cuando la consulta tenía por objeto los límites en las jurisdicciones estatales, o sea en el ámbito nacional.

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), se produce un quiebre dentro del pensamiento liberal. Al respecto, Nino (1989) distingue dos corrientes. Por un lado, el liberalismo conservador que concibe los derechos básicos sustancialmente como derechos negativos, o sea, como 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 entiende la idea de un Estado gendarme concentrado en los derechos y las garantías de los NNA sin establecer cómo se debe producir la intervención estatal y cuáles son los límites que deben ser observados. Por otro lado, la otra corriente —defendida por Nino— es la de un liberalismo justificado, que entiende los derechos básicos como derechos activos que incluyen obligaciones de conducta activa, propugnando un Estado comprometido con la promoción de la autonomía de aquellos cuya capacidad para elegir y materializar planes de vida se encuentre más restringida, como los NNA.

Por lo tanto, la simple enunciación de los tres principios morales de derechos humanos no resuelve todos los problemas sociales; de ahí la necesidad de definir el alcance de los derechos y la solución en caso de conflictos entre ellos. Así, y de acuerdo con Nino, es a través de un Estado liberal igualitario que 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. Medidas de protección

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 mencionado pueden estar dirigidas a evitar un daño o a obtener un bien. En cuanto al tipo, Atienza (1988, 206) considera que no implica apenas una “intervención coactiva”; por ejemplo, existen casos de paternalismo —jurídico y moral— en que ello no se da, como 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, deben ser matizados y limitados. En este sentido, propone que: a) la imposición de medidas paternalistas no tenga una justificación general para toda la infancia; b) su contenido deba ser necesariamente limitado, por lo que es indispensable recurrir al concepto de intereses justificados a partir de necesidades básicas y en especial las 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 posibles para los individuos.

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 estas deben ser cuidadosamente deslindadas 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 es 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, 1990), que ha servido como 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: a) por acción u omisión de la sociedad o el Estado; b) por falta, omisión o abuso de los padres o el responsable; y c) en razón de su conducta. Asimismo, en consonancia con otros países que han realizado una adecuación sustancial de su orden jurídico interno de acuerdo a la CDN, esta distinción es manifiestamente clara dentro de las normativas nacionales.

Tabla 1 – Tipos de medidas de protección según las hipótesis identificadas

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)

Lastimosamente, la opinión consultiva enfoca su preocupación en la primera hipótesis, dando como resultado una concepción desvirtuada sobre el concepto de protección en sí, que se ve asociada a la idea de “delincuencia juvenil” —lo cual, 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 interpretativas². En este sentido, puede parecer peculiar 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 esta 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”³ con los artículos 8 y 25 de la CADH. Aquí se da

² “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” (OC-17, párr. 31).

³ “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 configuren 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

una confusión, porque solo una de las citadas medidas especiales (la del inciso B) constituye una medida de protección; las demás podrían ser consideradas premisas, como las expuestas anteriormente. Por lo tanto, se tiene un doble infortunio: una reducción de la pregunta y una confusión sobre el concepto de medidas de protección para la infancia. Esto ocasionó el exceso de premisas fácticas en el planteamiento del problema, teniendo en cuenta que el objeto de una opinión consultiva es realizar una interpretación normativa calificada y no analizar situaciones de hecho.

Con una pregunta desvirtuada y prácticamente reducida a medidas de protección para adolescentes infractores, las respuestas de la Corte IDH en la opinión consultiva reflejaron una ambigüedad en los temas abordados y una constante remisión a instrumentos internacionales de protección. Esta reafirmación de estándares 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, 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 es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño; la adopción de reglas y de medidas específicas en relación a ellos, requiere un trato diferente en función de sus condiciones especiales, orientado 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

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” (OC-17, párr. 4).

básicas, sean éstas primarias o secundarias, y gozan del respeto de sus deseos legítimos” (Garzón Valdés, 1994, 741).

Por otro lado, la confusión sobre el tipo de medidas es clara en la respuesta número seis de la OC-17, debido a 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 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 su finalidad. No obstante, haciendo una distinción entre ambos tipos de medidas dentro de las trece respuestas ofrecidas en la opinión consultiva, se entiende 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 familia, 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 temporaria. En cuanto 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 las respuestas 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 apreciar 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 las 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 medidas. 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 derechos económicos, sociales y culturales establecidos en diversos instrumentos internacionales. Finalmente, se señala que los deberes para los Estados, conforme a los artículos 19 y 17 en relación con el artículo 1.1 de la CADH, se tratan de 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 interindividuales 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.

5. Casos contenciosos en la jurisprudencia de la Corte IDH

Si bien no existe unanimidad sobre los efectos y los alcances de las opiniones consultivas de la Corte IDH, 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” (OC-27, párr. 26). Por tal motivo, más allá de esa 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.

Luego de revisar las decisiones la Corte IDH, fueron identificados veintiocho casos contenciosos en materia de infancia entre los años 2003 y 2014 en los que se hace remisión directa a la OC-17. Así, los temas (variables) más recurrentes por los jueces en sus distintas decisiones fueron clasificados de la siguiente manera:

Tabla 2 – Relación entre variable y frecuencia en casos contenciosos de la Corte IDH

Variable	Frecuencia por caso
Familia	12
Participación	3
Interés superior del niño	20
Principio de contradictorio	1
Concepto de niño	6
Deberes del Estado	2
Obligaciones positivas de protección	6
Principio de igualdad	12
Condiciones de vida y educación	3
Competencia de la Corte IDH	5
Los niños como titulares de derechos	1

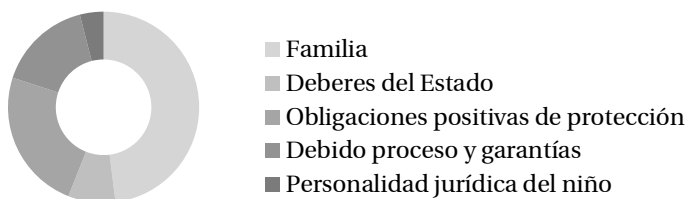
Debido proceso y garantías	4
Personalidad jurídica del niño	1

Puede apreciarse, así, que el interés superior del niño 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. Aunque el concepto de interés superior del niño está principalmente marcado por remisiones a otros instrumentos internacionales de protección, 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 del ser humano es importante para establecer una relación con la CADH y los principios fundamentales de derechos humanos, 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 el centro de la cuestión, y que 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 NNA parecen quedar libradas a la buena voluntad de los sujetos llamados a protegerlos (familia y Estado). Por otro lado, aunque dicho principio estaría fundado en las características propias de los niños, parece haber más preocupación por el desarrollo del “futuro adulto”, porque no se orienta a dar respuesta a situaciones presentes, sino a formular enunciados ideales. Otro punto peculiar se da cuando la Corte IDH menciona que para asegurar este principio es necesaria la protección de los NNA, pero para ello realiza una comparación confusa e inadecuada entre “cuidados especiales” y “medidas especiales de protección”. Los primeros, expresados en el preámbulo de la CDN, hacen 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 medidas de

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

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

Figura 1 – Variables relacionadas a la protección



En la OC-17, la familia es considerada como núcleo central de protección, teniendo como función la adopción de medidas especiales para la protección de los NNA, la cual es compartida junto al Estado, la comunidad y la sociedad, en consonancia con el artículo 16 del Protocolo de San Salvador. Entre las numerosas remisiones a otros instrumentos normativos sobre el concepto de familia que realiza el tribunal, una que se destaca tiene que ver con el alcance de dicha institución propuesto 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 un sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Otro subtema que es frecuentemente mencionado en los casos contenciosos es la separación excepcional del niño de su familia, la cual debe estar debidamente justificada y ser preferentemente temporaria, conforme a las Reglas de Beijing (17, 18 y 46).

Otro 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 (que dispongan de personal adecuado experiencia probada en este género de tareas, instalaciones suficientes y medios idóneos). En cuanto a las obligaciones positivas de protección, se entienden como una 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: la primera porque se considera que a través de la educación es posible superar gradualmente el estado de vulnerabilidad de los NNA; la segunda 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.

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 sus derechos 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 no disponen de plena capacidad jurídica, 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.

6. Consideraciones finales

Más allá de las debilidades e incertidumbres internas de la OC-17, su impacto en el sistema interamericano es una cuestión innegable. Esto es claro en el uso que la Corte IDH le ha dado para sustentar sus propias decisiones en casos contenciosos que afectan a los NNA, y que ha quedado demostrado mediante la remisión a variables provenientes de la OC-17. Además, si bien es cierto que el número de casos contenciosos identificados es considerable, es importante tener en cuenta que 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 podría 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. Es posible apreciar una ambigüedad de conceptos que son esenciales para poder avanzar en la protección de la infancia. Esto se ve reflejado especialmente en una indeterminación sobre la idea de paternalismo jurídico justificado y sobre 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 social e histórico latinoamericano: ¿cómo proteger a los NNA de los abusos que pueda 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 de la infancia, estableciendo un manto de penumbra sobre el concepto de protección integral y obligaciones estatales.

Referencias

- Atienza, M. (1988). *Discutamos sobre paternalismo*. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 5, pp. 203-214.
- Archard, D., Macleod, C. (2002). *The moral and political status of children*. Oxford: Oxford University Press.
- Brasil. (1990). Estatuto da criança e do adolescente: lei n. 8.069. Recuperado de:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de:
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). *Condición jurídica y derechos humanos del niño: Opinión Consultiva OC-17*. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Reglamento_CorteIDH.pdf
- Garzón Valdés, E. (1988). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 5, pp. 155-173.
- Naciones Unidas. (1985). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Recuperado de: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TraInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2018.pdf>
- Naciones Unidas. (1989). Convención de los Derechos del Niño. Recuperado de: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- Nino, C. (1989). Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Astrea.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José). Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Paraguay. (2001). Código de la niñez y la adolescencia: Ley 1680/01. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Adopcion_Paraguay.pdf

Referencias jurisprudenciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Bulacio Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de marzo de 2005.

- Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005.
- Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130.
- 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, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006.
- Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211.
- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010.
- 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, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212
- 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. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221
- Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242
- Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259
- 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).