

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

73



Enero - Junio 2021



Embajada de Noruega
Ciudad de México

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

*Corrección de estilo: Español: Maylin Cordero Gamboa
Portugués: María Gabriela Sancho Guevara*

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Imprenta Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
El derecho a la alimentación de los pueblos indígenas	13
<i>Silvana Corvalan</i>	
Dignidad humana: ¿Sueño y/o pesadilla?	29
<i>Marcos Geraldo Hernández Ruiz</i>	
Diálogo Judicial Institucional: El Protocolo N.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	63
<i>Haideer Miranda Bonilla</i>	
El control de convencionalidad: un remedio difícil de aplicar	85
<i>Lautaro Ezequiel Pittier</i>	
A suficiente comunicação como garantía processual penal fundamental: breve análise sobre a justa compreensão da acusação no âmbito da proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos	95
<i>Gabriel Felipe Roqueto Rigueti</i>	

Las consecuencias del sexting: una problemática de género para la mujer desde la perspectiva de los derechos humanos	137
---	-----

Mauricio José C. Rosales

Los argumentos de admisibilidad en la Opinión Consultiva OC-17	177
---	-----

Sergio Ruiz Díaz Arce

Presentación

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de gran satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 73, la más reciente de una iniciativa pionera iniciada en 1985, que se ha prolongado durante 36 años. En esta edición hay una serie de artículos acerca de diversas temáticas relativas a los derechos humanos, con cuya publicación esperamos contribuir a ahondar en el debate en este campo y a propiciar el desarrollo de nuevos conocimientos.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición, comenzando con la contribución de Gabriel Felipe Roqueto Rigueti, titulada *A suficiente comunicação como garantia processual penal fundamental: breve análise sobre a justa compreensão da acusação no âmbito da proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. En esta se aborda el derecho al debido proceso consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en el marco de la diversidad humana y la migración en un mundo globalizado. En su análisis, el autor parte de su conceptualización y hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); en relación con su garantía, revisa el Código Procesal Penal de Brasil y algunas disposiciones legales de otros países. Su intención es fundamentar la apreciación relacionada con la insuficiencia del sistema legal para asegurar la protección del derecho a comprender la imputación de la que son objeto todas las personas acusadas penalmente, en particular migrantes o pertenecientes a minorías.

Por su parte, Haideer Miranda Bonilla, autor de *Diálogo judicial institucional: el Protocolo N.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, estudia los aspectos más relevantes del nuevo mecanismo de “diálogo judicial institucional” ofrecido por este instrumento, al que caracteriza como un “reenvío de convencionalidad”. En el artículo se presentan los antecedentes del Protocolo, los sujetos legitimados, el objeto, el procedimiento, los efectos de la decisión y la primera resolución dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 10 de abril de 2019.

En *Dignidad humana: ¿sueño y/o pesadilla?* Marcos Geraldo Hernández Ruiz realiza un análisis jurisprudencial de su objeto de estudio, partiendo de la consideración de que en su significado debe haber una distinción entre su alcance moral, axiológico y aquel que puede prevalecer en la praxis jurídica. Para ello, examina su regulación en la letra de varios instrumentos internacionales de derechos humanos y de algunas constituciones políticas, menciona las diversas formas en las que se recoge este “ideal político-normativo”; ofrece las perspectivas doctrinarias de diferentes estudiosos y sistemas de pensamiento, y discute la manera en que ha sido incorporado a una serie de resoluciones judiciales, de las que incluye las citas literales. Asimismo, presenta las cinco vertientes problemáticas en las que coloca la diversidad de acercamientos jurisprudenciales a dicho ideal, a saber: la lingüística, la axiológica, la lógica, la de calificación normativa y la de aplicación. Dada su multiplicidad de sentidos, Hernández externa una postura crítica respecto del uso de esta categoría por parte de los jueces y juezas –creadores del Derecho–, uso que no expresa claramente sus alcances, lo cual ejemplifica con numerosas citas de fallos judiciales. Finalmente, tras concluir que es un “concepto jurídico indeterminado”,

expone algunas ideas iniciales para configurarlo, en sus distintos planos, en el campo del derecho.

En el artículo *Las consecuencias del sexting: una problemática de género para la mujer desde la perspectiva de los derechos humanos*, Mauricio José C. Rosales realiza una aproximación conceptual y caracteriza este fenómeno desde un enfoque jurídico dogmático, del que hace un recorrido breve en el tiempo. Lo analiza a la luz de lo establecido en la CADH, para dilucidar si es una actividad protegida por dicho instrumento. Dentro de sus características, menciona el consentimiento entre ambas partes, así como la confianza y la creación y envío de contenidos de índole sexual, ya sea sugeridos o explícitos. Vincula esta práctica con los derechos humanos, enfatizando en el derecho a la privacidad, y relaciona la vida privada con la sexualidad, la propia imagen y la inviolabilidad de las comunicaciones, aspectos en los que hace referencia a lo afirmado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Además de identificar algunas consecuencias negativas para las mujeres -como el ciberacoso, la sextorsión y la pornovenganza- las señala como nuevos modos de violencia en su contra, surgidos en el marco del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Dichas consecuencias, afirma, lesionan su derecho a la vida privada en el entorno digital, un asunto del que deben ocuparse la comunidad internacional y los Estados, a fin de adoptar las disposiciones necesarias para su protección y resguardo.

El artículo *El control de convencionalidad: un remedio difícil de aplicar*, de Lautaro Ezequiel Pittier, da cuenta de una investigación desarrollada mediante encuestas al funcionariado público federal, provincial y municipal de los tres poderes del Estado argentino, obligado a ejercer el control de convencionalidad, así como la revisión de jurisprudencia

nacional y provincial en la que este instrumento se aplicó. Con base en los resultados obtenidos, se constató que quienes deben practicar dicho control se resisten a hacerlo. Además, en el personal y autoridades de las instituciones públicas persiste un gran desconocimiento acerca de su contenido, aplicación y quiénes son las personas encargadas de ejercerlo, lo cual, aunado a la escasa oferta educativa al respecto, complica más el panorama. Adicionalmente, en el texto Pittier ofrece algunas precisiones relacionadas con el control de convencionalidad, y describe en grandes líneas el proceso desarrollado en el contexto de la pandemia ocasionada por el nuevo coronavirus.

En su artículo *Los argumentos de admisibilidad en la Opinión Consultiva OC-17*, Sergio Ruiz Díaz Arce aplica la teoría de la argumentación jurídica para ilustrar cómo fundamentó la Corte IDH sus resoluciones en el proceso que dio lugar a la emisión de la Opinión Consultiva OC-17, denominada “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, con la que delimitó los estándares interamericanos en relación con el contenido y alcance de lo establecido en el artículo 19 de la CADH. El autor repasa la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y explica brevemente los conceptos y el modelo de análisis de las decisiones judiciales, con base en lo dicho por Atienza. Asimismo, mediante un diagrama de representación, expone la estructura argumentativa de la opinión consultiva, e identifica los fundamentos en los que se basa tanto lo acordado como lo rechazado, durante el debate que se dio en el tribunal interamericano.

Silvana Corvalan analiza los alcances y el contenido de *El derecho a la alimentación de los pueblos indígenas*, según lo establecido por la Corte IDH en el caso Lhaka Honhat vs. Argentina, fallo en el que por primera vez figura su reconocimiento como un derecho autónomo, a la luz del artículo 26 de la CADH. La autora recoge los antecedentes del

desarrollo jurisprudencial respecto de la protección a la vida digna, las obligaciones estatales en este campo y el vínculo de este derecho con la dimensión cultural de los derechos de los pueblos indígenas.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la producción y difusión de nuestra Revista IIDH, al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes, y a las autoras y autores por sus relevantes contribuciones.

José Thompson J.

Director Ejecutivo, IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Los argumentos de admisibilidad en la Opinión Consultiva OC-17

*Sergio Ruiz Díaz Arce**

Introducción

La protección de los niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) puede ser caracterizada como un proceso marcado por el reconocimiento y la afirmación de derechos, a través de la jurisprudencia y la actuación de los órganos del sistema como garantes de cumplimiento. Si bien la puerta de acceso al SIDH se encuentra establecida en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la falta de precisión en el contenido y alcance de esta norma hizo que la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fuera puesta en movimiento de forma reiterada y, sobre todo, ante las constantes violaciones de derechos humanos por parte de los Estados miembros.

En ese contexto, el tribunal se pronunció por medio de la Opinión Consultiva OC-17, a la que denominó “Condición

* Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Magíster en Derecho por la Universidad de Brasilia. Desarrolla investigación de doctorado en el Programa de Posgraduación en Derecho de la Universidad de Brasilia. Integra el Grupo de Investigación Retórica, Argumentación y Juridicidades -GPRAJ-.

Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, a fin de intentar ofrecer delimitaciones y acuerdos acerca de la norma en cuestión. La OC-17 pasó a constituir un precedente jurídico importante dentro del SIDH, y muy especialmente para los derechos de la niñez, debido a que se refiere de manera específica a la condición jurídica de los niños, niñas y adolescentes dentro del sistema, así como también a la obligación de protección que tienen la familia, la sociedad y el Estado para garantizar el real y efectivo cumplimiento de todos sus derechos. Por medio de la OC-17, además, la Corte IDH utilizó por primera vez su función consultiva para referirse a los derechos de esta población en el SIDH, atendiendo a la solicitud presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Esta función consultiva o no contenciosa de la Corte IDH, la cual no debe ser confundida con su función jurisdiccional o contenciosa¹, se rige por las disposiciones del artículo 64 de la

1 Al respecto, el juez Eduardo Vio Grossi ha manifestado que “la Convención utiliza términos diferentes para referirse a la competencia contenciosa y a la competencia consultiva o no contenciosa de la Corte. No debe ser entendida como casual la distinción que efectúa entre una y otra, así como tampoco la diferencia de los términos que emplea respecto a cada una de ellas, máxime cuando no les asigna a ellos un significado especial”. Vio Grossi, E. “La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2(2), 2018, 200-214, p. 206.

CADH² y de conformidad con su propio reglamento³. Conforme a estas normativas, puede decirse que la función consultiva constituye un medio de consulta al tribunal en relación con la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como también en relación con la compatibilidad entre leyes internas de los Estados y los mencionados instrumentos internacionales⁴. No obstante, a pesar de la amplitud del artículo 64, la propia Corte IDH ha señalado también que esta no puede ser confundida con la ausencia de requisitos de admisibilidad o la inexistencia de límites en la función consultiva que ella tiene⁵. Por

2 El art. 64 de la CADH señala que: “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”. Asimismo, lo expuesto es reiterado en el art. 2 del Estatuto de la Corte IDH: “La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención”. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, vigente a partir del 18 de julio de 1978.

3 Cfr. Corte IDH. 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. Título III “De las opiniones consultivas”.

4 Cfr. Hitters, J. C. “¿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*, 10, 2008, 131-155, p. 150; Nikken, P. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 1999, 161-181, p. 176.

5 Cfr. Corte IDH. *Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la corte (art.*

lo tanto, el trayecto recorrido desde la solicitud hasta la admisión del pedido lleva consigo un proceso de análisis, discusiones y desarrollos argumentativos en el interior del tribunal, a fin de ofrecer una respuesta al pedido formulado.

En este sentido, más allá del impacto y de los efectos producidos por la OC-17 en la jurisprudencia de la Corte IDH desde su publicación⁶, cabe cuestionarse también acerca del proceso de admisión realizado por esta opinión consultiva y, muy especialmente, en relación con los argumentos utilizados por el tribunal durante el proceso de admisibilidad. Por ello, resulta adecuado reconstruir el camino realizado por la OC-17 a través de un análisis de los argumentos de la Corte IDH durante dicho proceso.

En cuanto a la metodología empleada, se recurrió a un diagrama de representación de argumentos basado en la teoría de la argumentación jurídica, a fin de identificar y examinar las premisas que fueron utilizadas por el tribunal, es decir, las razones expuestas, la línea argumentativa y la conclusión obtenida. El objetivo de este trabajo es ilustrar las justificaciones de la Corte IDH en el proceso de admisibilidad de la OC-17.

Esta investigación encuentra fundamento en la necesidad de afianzar los estudios en nuestra disciplina y contribuir con los

64 de la CADH). Opinión Consultiva OC-1 de 24 de setiembre de 1982. Serie A N.º 1, párr. 18.

6 Cfr. Argentieri, C. “La 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.º17?” *American University International Law Review*, 27(3), 2012, 581-610; Beloff, M. *Derechos del niño: su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*. Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 553.

debates acerca de los derechos de la niñez en Latinoamérica, principalmente en lo relacionado con la protección de los niños, niñas y adolescentes dentro del SIDH, a través de la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH. Ello debido a que se considera que las argumentaciones y los acuerdos realizados por este tribunal favorecen el fortalecimiento de los derechos humanos, tanto en el SIDH como dentro de los sistemas nacionales de protección, y colaboran con garantizar el cumplimiento real y efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la región.

1. Acerca del pedido formulado por la CIDH

El lugar de inicio y punto de conexión entre los derechos del niño y el SIDH se encuentra establecido en el artículo 19 de la CADH, la primera norma dentro del sistema que hace referencia específica a los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes, constituyendo así la base del reconocimiento jurídico y protección especializada en la región. El artículo 19 establece que: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. No obstante, el alcance y el contenido de esta norma han planteado también una serie de cuestionamientos relacionados con su interpretación y aplicación. Al respecto, puede mencionarse la falta de claridad o delimitación precisa en torno a los conceptos de “niño” y “medidas de protección”, así como también en relación con la función atribuida a la familia, la sociedad y el Estado como operadores responsables de estas medidas de protección.

Ante esta situación, y en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la CADH, el 30 de marzo de 2001 la CIDH sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva respecto de la

interpretación de los artículos 8 y 25 de la CADH. El pedido tenía como propósito determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación con los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, requirió al tribunal la formulación de criterios generales válidos relativos a la materia dentro del marco de la CADH⁷.

En su pedido, la CIDH sostuvo que:

[E]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por 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 familia⁸.

Asimismo, de acuerdo con la CIDH, en el momento de dictar las medidas especiales de protección consagradas en el artículo 19 las autoridades estatales utilizan las siguientes “premisas interpretativas” que tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de los niños, niñas y adolescentes:

7 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N.º 17, párr. 1.

8 *Ibidem*, párr. 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 proceso⁹.

Por ello, la CIDH solicitó a la Corte IDH pronunciarse específicamente acerca de la compatibilidad de algunas medidas especiales de protección adoptadas por los Estados y su relación con los artículos 8 y 25 de la CADH, tales como:

a) La separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido

9 *Ibidem*, párr. 3.

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 determinación¹⁰.

De esta manera, la Corte IDH, en ejercicio de su función consultiva, pasó a analizar la solicitud formulada por la CIDH, sometiéndola a un examen de admisibilidad con el objetivo de determinar si cumplía con los requisitos para obtener respuesta. A efectos de realizar un análisis de la argumentación del tribunal en relación con el pedido presentado, será utilizado un diagrama de representación de argumentos.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 4.

2. Metodología de análisis

La preocupación por el análisis argumentativo en los tribunales de justicia guarda relación con el requisito de justificar las decisiones judiciales en el contexto de un Estado democrático de derecho¹¹. Ello ha dado como resultado una progresiva relevancia de las teorías de la argumentación jurídica y respecto de la labor que desempeñan los magistrados judiciales. De este modo, el carácter central del argumento se debe, entre otras razones, a la pérdida de legitimidad por la simple autoridad o tradición, siendo entonces la persuasión racional un elemento importante como fuente de legitimidad.

A su vez, la teoría estándar de la argumentación jurídica centra sus estudios en las condiciones de justificación de los argumentos, con pretensiones descriptivas y prescriptivas¹². No obstante, dentro de esta teoría de la argumentación es posible distinguir varias formas de comprensión y estudio, razón por la cual Atienza (2013) identifica algunos elementos que configuran el concepto de argumentación en el derecho¹³. A partir de allí, establece una serie de concepciones para interpretar esos elementos comunes, clasificándolas en formal, material y pragmática¹⁴. Siguiendo estas tres concepciones, dicho

¹¹ Cfr. MacCormick, N. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. (J. Á. Salvador, trad.). Lima, Palestra Editores, 2016.

¹² Cfr. Atienza, M. *Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2005, pp. 6-7.

¹³ Según este autor, los elementos que componen el concepto de argumentación, en un nivel 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 de que hay criterios para evaluar una argumentación.

¹⁴ Conforme Atienza (*ibidem*): “[l]a *concepción formal* ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción

autor considera posible construir una teoría que permita una argumentación más sólida y resistente, contemplando abordajes relativos a la lógica formal, la lógica material y la retórica-dialéctica.

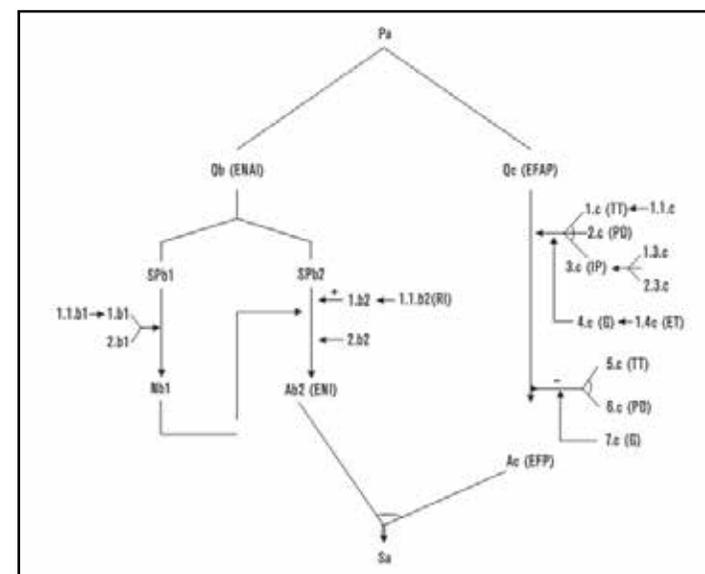
Asimismo, señala que para construir un modelo de análisis de decisiones judiciales se hace necesario responder a las siguientes cuestiones que comúnmente aparecen en el campo del derecho: ¿cómo analizar, cómo evaluar, y cómo argumentar? Según este autor, las dos primeras constituyen operaciones “*ex post*”, o bien con base en una argumentación ya establecida, mientras que la última constituye una operación “*ex ante*”. Sin embargo, esto no significa necesariamente que en las dos primeras operaciones estemos frente a una posición de observador o espectador, ni que en la última sea asumida una posición de participante¹⁵.

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 formales, 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”.

- 15 Al respecto, Atienza explica que no es posible afirmar que “la primera operación (el análisis) consista simplemente en describir, mientras que en las dos siguientes lo que se haría es prescribir: analizar un texto argumentativo supone tomar determinadas decisiones (por ejemplo, entender que hay una determinada premisa implícita); la evaluación requiere un tipo de análisis conceptual que no podría calificarse simplemente de prescriptivo; y «cómo argumentar» es obviamente una pregunta ambigua, que puede entenderse en el sentido de cómo debe argumentarse o en el de cómo se argumenta de hecho”. Atienza, M. *Curso*

Para los fines de esta investigación será considerada apenas la primera operación *ex post*, es decir, ¿cómo analizar las argumentaciones?, para luego realizar el análisis de los argumentos presentados por los jueces de la Corte IDH en el proceso de admisibilidad realizado por la OC-17. Con el objetivo de identificar los argumentos que fueron utilizados por el tribunal¹⁶, como instrumento de análisis se recurrirá al siguiente diagrama de representación propuesto por Atienza:

Gráfico 1
Diagrama de representación de los argumentos



Fuente: Atienza, 2013, p. 427

de argumentación jurídica. Trotta, 2013, pp. 423-424.

- 16 Según Atienza, “[u]na 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” (*ibidem*, p. 425).

De este modo, la argumentación comienza con la formulación de un problema, representado por la letra *P* mayúscula, que posee un contenido proposicional *a*. A partir de allí, el argumento es dividido en dos ramas, lo que significa que la solución del problema depende de dos cuestiones (cada una representada por la letra *Q*, que antecede a la letra proposicional). Así, en el lado izquierdo se tiene una cuestión de tipo interpretativa (*Qb*) y a la derecha, una cuestión de tipo probatoria (*Qc*)¹⁷. Posteriormente, de ambas ramas se desprenden las premisas y sus razones.

Habiendo hecho estas consideraciones en relación con el modelo de análisis, se debe señalar que, para los fines de este trabajo, será considerado únicamente el lado interpretativo (*Qb*) del diagrama de representación, debido a las particularidades del problema en cuestión, el cual carece de elementos probatorios para ser analizados. Conforme a estas precisiones, será elaborado un esquema de representación para delimitar la estructura de admisibilidad de la OC-17.

3. La estructura argumentativa de la OC-17 a partir de su admisibilidad

Como se indicó, el problema planteado en la OC-17 es de carácter interpretativo, por ello, solo el lado izquierdo del diagrama será considerado para el análisis de la decisión. Así, los elementos de esta fueron identificados de la siguiente manera:

17 *Ibidem*.

Tabla 1
Contenido del diagrama de admisibilidad de la OC-17

Elementos	Descripción
Pa ¹⁸	¿Cómo interpretar los artículos 8 y 25 de la CADH, para determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de esta constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación con los niños, niñas y adolescentes?
Qb (ENAI) ¹⁹	¿La Corte IDH está investida de facultades para interpretar por vía consultiva el pedido formulado, conforme dispone el artículo 64 de la CADH?
SPb1 ²⁰	Inadmisibilidad
SPb2 ²¹	Admisibilidad
1. b1 ²²	Constituye una invitación para desarrollar una especulación puramente académica
1.1. b1 ²³	Debilita el nuevo sistema establecido por la CADH
2. b1 ²⁴	El pedido de la CIDH presenta vaguedad y carece de sentido
Nb1	Negación de las razones expuestas por SPb1
1. b2 ²⁵	Necesidad de interpretación para atender a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales
1.1. b2 (RI) ²⁶	Principio de buena fe
2. b2 ²⁷	Abordar la interpretación de un Tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en uno de los Estados miembro del Sistema Interamericano
Ab2 (ENI) ²⁸	La Corte IDH estima que debe examinar los asuntos que le fueron planteados

18 Problema.

19 Cuestión de tipo interpretativo que contiene un enunciado normativo a interpretar (ENAI).

20 Primera suposición.

21 Segunda suposición.

22 Razón 1 de la primera suposición.

23 Razón exclusivamente a favor de 1.b1.

24 Razón 2 de la primera suposición.

25 Razón 1 de la segunda suposición.

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

27 Razón 2 de la segunda suposición.

28 La negación de b1 es también una razón para afirmar la interpretación contraria (b2). Contiene un enunciado normativo interpretado (ENI).

Ante el problema de fondo que suscita la consulta (Pa), la Corte IDH primeramente realiza un examen de admisibilidad del pedido, a fin de determinar su competencia para interpretar por vía consultiva la solicitud formulada por la CIDH (Qb) y, posteriormente, emitir una opinión al respecto, si corresponde. La Corte IDH analiza el pedido conforme al artículo 64.1 de la CADH, referente a la facultad para el ejercicio de su función consultiva, dando así apertura a la exposición de argumentos sobre el asunto planteado. De este modo, el lado izquierdo del diagrama se abre hacia dos ramas para solucionar el problema de interpretación que fue formulado: por un lado, la inadmisibilidad (SPb1) y, por el otro, la admisibilidad (SPb2) del pedido.

Al respecto, y atendiendo a la naturaleza de la decisión que debe ser tomada, es decir, una decisión de carácter meramente interpretativo sin elementos probatorios, el propio tribunal se ha manifestado en otras opiniones consultivas acerca de las diferencias 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 consultiva²⁹.

[...] La labor interpretativa que este Tribunal debe cumplir, en ejercicio de su función consultiva, difiere de su competencia contenciosa en la medida en que no existe un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la

29 Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N.º 16, párr. 47.

Convención, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos³⁰.

Durante el proceso de admisibilidad, algunos aspectos relacionados con esta función consultiva suscitan los primeros cuestionamientos, y es a partir de aquí que los jueces de la Corte IDH exponen sus argumentos hacia dos vertientes opuestas: la admisibilidad y la inadmisibilidad del pedido. Siguiendo el diagrama elaborado, cada una de las proposiciones contiene dos razones, las cuales buscan anteponer la proposición que sustentan y evitar su consecuente negación, debido a que la negación de una de ellas implica la aprobación de la otra.

De este modo, por un lado la admisibilidad funda su primera razón atendiendo a la **evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales**³¹ (1.b2), según había sido señalado en la Opinión Consultiva OC-16³², la cual se encuentra orientada hacia una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales

30 Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A N.º 25, párr.50.

31 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 21.

32 La Corte Internacional de Justicia señala que “[...] 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”. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N.º 16, párr. 113.

de protección. Esta se refiere, además, a la posibilidad de interpretación de normas que no se encuentran en la CADH, sino que descansan en disposiciones generales consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)³³. El énfasis en esta razón es dado a través del **principio de buena fe** (1.1. b2), para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención³⁴, constituyéndose así en una subrazón de la anterior, a la cual se otorga un peso considerable por ser una regla de interpretación.

En esta primera razón a favor de la admisibilidad los jueces señalan que el artículo 19 de la CADH fue concebido porque existía una preocupación para asegurar al niño o niña la debida protección mediante mecanismos estatales orientados a ello. No obstante, consideran que actualmente debe darse una interpretación dinámica de este precepto, que responda a las nuevas circunstancias sobre las cuales debe proyectarse, y que atienda a las necesidades del niño o niña como verdadero sujeto de derecho, y no solo como objeto de protección³⁵. En relación con la protección de los derechos humanos en uno de los Estados miembros del SIDH, es señalado que la competencia consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales”³⁶ referentes a los derechos humanos.

33 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Suscrita el 23 de mayo de 1969, vigente a partir del 27 de enero de 1980.

34 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 21.

35 *Ibidem*, párr. 28.

36 Corte IDH. *Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte...*, párr. 39.

La segunda razón de esta vertiente consiste en **abordar la interpretación de un Tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en uno de los Estados miembros del Sistema Interamericano**³⁷ (2.b2). Es mencionado que dicha proposición se extiende incluso a instrumentos jurídicos que no provengan del sistema regional de protección. Para ello, se realizan justificaciones por medio de varios párrafos de la OC-16³⁸, haciendo especial hincapié en la diferencia existente entre competencia consultiva y contenciosa.

En cuanto a la interpretación de tratados de derechos humanos distintos a la CADH, el pedido de la CIDH, además de solicitar la interpretación del artículo 19 y su relación con los artículos 8 y 25 de la CADH, también requirió a la Corte IDH la formulación de criterios generales válidos sobre la materia. Este último pedido fue entendido como una necesaria interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³⁹, por ser este el instrumento jurídico normativo específico sobre los derechos relativos a la niñez. En consecuencia, además de los artículos de la CADH que fueron citados por la CIDH, se considera necesario incluir a la CDN entre las normas que requieren interpretación. Para ello, y a efectos de incluir este dispositivo jurídico en la consulta, la OC-17 retoma una cuestión que ya había sido resuelta en otro instrumento de la misma naturaleza, la Opinión Consultiva OC-1, la cual otorga a la Corte IDH un doble papel en relación con su función consultiva:

37 *Ibidem*, párr. 21.

38 Cfr. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal...*, párrs. 14, 31, 37, 40, 41 y 48.

39 Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, vigente a partir del 2 de septiembre de 1990.

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; 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 Convención⁴⁰.

En este sentido, se cita como ejemplo el caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, en el que la Corte IDH utilizó el artículo 1 de la CDN para fijar el alcance del concepto de “niño”⁴¹ y, de esta manera, afirmar que el tribunal puede acudir a dicha Convención e incluso a otros instrumentos internacionales en la materia cuando se trata de ejercer su función consultiva⁴². Al respecto, cabe señalar que en el caso citado la Corte IDH ejerció su competencia en el marco de su función jurisdiccional o contenciosa.

Por otro lado, en cuanto a la inadmisibilidad del pedido de opinión consultiva, el juez Oliver Jackman expone que el pedido de la CIDH no cumple con los criterios establecidos en el artículo 64 de la CADH, porque entiende que este **es una invitación para desarrollar una especulación académica** (1. b1), y que el tratamiento consultivo por parte de la Corte IDH traería como

40 Corte IDH. *Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte...*, párr. 19.

41 Cfr. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N.º 63, párr. 188.

42 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 30.

consecuencia el “debilitamiento del sistema establecido por la CADH y posterior distorsión de la jurisdicción contenciosa” (1.1. b1)⁴³.

En este sentido, el juez Jackman se refiere al “amplio alcance” del artículo 64, que también se menciona en los argumentos a favor de la admisibilidad, principalmente en relación con la competencia consultiva, la cual es entendida como un servicio a todos los integrantes del SIDH, sin necesidad de someterse al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza a un proceso contencioso⁴⁴. Sin embargo, el juez Jackman afirma que no se debe olvidar el propósito de las normas internacionales, que consiste en 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 ende, él considera que la Corte IDH, en tanto órgano de justicia, debería rechazar esta invitación, debido a 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 Corte⁴⁵.

43 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, Voto disidente del juez Oliver Jackman, p. 2.

44 *Ibidem*.

45 Corte IDH. *Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte...*, párr. 25.

La segunda razón a favor de esta proposición señala que “el pedido de la CIDH presenta vaguedad y carece de sentido” (2. b1)⁴⁶, esto porque se solicita a la Corte IDH la formulación de criterios generales válidos a partir de una serie de hipótesis o prácticas hipotéticas que no revelan urgencia pública ni complejidad jurídica. Aunque el juez Jackman se limita a desarrollar de forma amplia las razones expuestas, se puede inferir su preocupación acerca de la falta de delimitación precisa entre la competencia consultiva y la competencia contenciosa en el pedido presentado por la CIDH y, por consiguiente, en relación con las formalidades establecidas en el artículo 64 que debía cumplir dicho pedido, relativas a la pregunta y la formulación de criterios generales válidos a partir de una serie de prácticas hipotéticas.

Finalmente, y con un resultado de seis votos contra uno -voto disidente del Juez Jackman-, la Corte IDH decidió que tiene competencia para emitir una opinión consultiva y, por consiguiente, la solicitud de la CIDH debe ser admitida. Así, de acuerdo con el diagrama de representación de argumentos se puede observar que las razones que sustentan la inadmisibilidad del pedido fueron negadas (Nb1) y, en consecuencia, se tiene una respuesta favorable para la proposición que sustenta la admisibilidad del pedido. De esta manera, la Corte IDH resuelve examinar los asuntos que fueron formulados por la CIDH (Ab2), para posteriormente emitir una opinión al respecto.

Esta reconstrucción de la argumentación, partiendo desde la pregunta inicial hasta la conclusión, permite determinar la diferencia entre las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos utilizados en dos posiciones opuestas:

46 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, Voto disidente del juez Oliver Jackman, p. 2.

admisibilidad e inadmisibilidad. En ese sentido, si bien la mayoría de los integrantes del tribunal se adhirió al pedido de la CIDH, resulta conveniente comprender también, de modo más preciso, las premisas y razones que motivaron al juez Oliver Jackman a emitir su voto disidente.

4. Las premisas derrotadas o las razones que fueron negadas

El diagrama de representación utilizado, a diferencia del silogismo jurídico tradicional proporcionado por la lógica demostrativa, incluye no solo las premisas que posteriormente dan lugar a la conclusión, sino también aquellas que fueron negadas. Con ello, se demuestra el sentido pragmático que tiene la argumentación, al permitir identificar todas las razones que se encuentran en el discurso hasta llegar a la conclusión. De esta manera, en un contexto democrático de diálogo, resulta adecuado analizar y entender, además de la posición vencedora, las premisas derrotadas, o bien, la posición minoritaria del tribunal en el caso estudiado, a fin de elucidar los motivos que llevaron al voto disidente.

De acuerdo con el diagrama elaborado, los argumentos contenidos en el voto del juez Jackman revelan una preocupación acerca de los aspectos formales del pedido presentado por la CIDH. Al respecto, cabe mencionar lo referido por la Corte IDH en relación con los supuestos que, de verificarse, podrían negar un pedido de opinión consultiva:

- a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso; b) no debe utilizarse como un mecanismo

para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia, y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales⁴⁷.

De este modo, y como fue previamente observado, el pedido de la CIDH consta de dos partes, una relacionada con la interpretación de artículos de la CADH y otra relativa a la formulación de criterios generales válidos. Para ello, la CIDH planteó “cinco prácticas hipotéticas” con el propósito de que la Corte IDH se pronuncie acerca de la compatibilidad de estas con la CADH⁴⁸. Prácticas que, a su vez, están basadas en la existencia de una serie de “premisas interpretativas” que los tribunales nacionales de justicia aplican en el momento de dictar medidas especiales de protección. No obstante, a partir de esta distinción, y de acuerdo con las premisas del voto disidente, es posible realizar el siguiente cuestionamiento: ¿puede la Corte IDH, en su función consultiva, determinar la compatibilidad de normas de la CADH con prácticas hipotéticas, para luego formular criterios o lineamientos generales válidos?

Atendiendo a las cuestiones formales señaladas en este voto, el artículo 64 de la CADH señala que el pedido de opinión consultiva debe versar sobre preguntas específicas, en relación

47 Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano...*, párr. 46.

48 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 18.

con las cuales se pretende obtener una opinión. De la misma manera, el Reglamento de la Corte IDH, en su artículo 71.1, correspondiente a las opiniones consultivas, expresa:

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 (destacado por el autor).

En cuanto a la compatibilidad de normas de la CADH con una serie de prácticas hipotéticas provenientes, a su vez, de premisas interpretativas, el juez Jackman entiende que dichas premisas hipotéticas no pueden ser objeto de análisis porque estas no son normas por interpretar. En este sentido, se puede inferir una falta de delimitación precisa en el primer pedido formulado, debido al planteamiento de una pregunta que contiene una serie de supuestos fácticos, así como la inexistencia de una pregunta en el segundo pedido. Acerca de este último, además, considera que no resultaría adecuado que un órgano de justicia dicte lineamientos generales válidos a partir de dichos supuestos, atendiendo a las características de la función consultiva de la Corte IDH.

Asimismo, y según las razones del juez Jackman, puede plantearse otro cuestionamiento, ¿el pedido de la CIDH es de aplicación previsible a situaciones concretas que justifiquen la necesidad de una opinión consultiva? En el pedido se mencionan premisas interpretativas, o bien prácticas hipotéticas que describen el funcionamiento de los tribunales nacionales de justicia para la aplicación de medidas especiales de protección, las cuales debilitan las garantías judiciales de los niños, niñas

y adolescentes, según la CIDH. No obstante, estas premisas no constituyen situaciones concretas, sino una descripción de situaciones o supuestos hipotéticos para ilustrar la realidad de los niños, niñas y adolescentes ante los tribunales nacionales de justicia. Por lo tanto, la falta de delimitación normativa en las premisas mencionadas -por ejemplo, ¿cuáles son los artículos de la CDN a partir de los cuales se construyeron esas premisas interpretativas?- hubiera sido más adecuada en el planteamiento del problema, debido a que se está apelando a la competencia consultiva de la Corte IDH para la interpretación de tratados de derechos humanos. Al respecto, señalan Ventura y Zovatto “[...] 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” (1989, p. 165)⁴⁹.

Un último cuestionamiento, relacionado con la solicitud de lineamientos generales válidos, podría ser el siguiente: ¿las prácticas hipotéticas citadas revelan urgencia pública y complejidad jurídica? Para el juez Jackman la respuesta fue negativa, y subrayó que estas son una invitación a desarrollar una especulación puramente académica. Al respecto, no considero que el juez Jackman se haya mostrado ajeno al problema de fondo planteado por la CIDH, o que la situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la región no constituya urgencia pública que merezca ser tratada. Sin embargo, la forma en que fue planteado el pedido para dar cuenta del problema, es decir, por medio de la vía consultiva de la Corte IDH, no fue la más adecuada, según este juez.

49 Ventura, M., Zovatto G. D. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza y principios, 1982-1987*. IIDH; Civitas, 1989.

Igualmente, las prácticas hipotéticas que fueron descritas no revelan complejidad jurídica porque no son normas a ser interpretadas, sino supuestos fácticos sobre los cuales se solicita una interpretación para la posterior formulación de criterios generales válidos. En este sentido, puede decirse que para el juez Jackman no existe una complejidad jurídica, sino más bien un problema surgido a partir de una serie de hechos expuestos por medio de esas prácticas hipotéticas. Del mismo modo, las premisas interpretativas que menciona la CIDH en su pedido de consulta son una serie de enunciados normativos interpretados a partir de hechos supuestos, sobre los cuales solicita una interpretación. Y, por ello, emitir una opinión acerca de estos supuestos colocaría a la Corte IDH como un tribunal de alzada, situación que no cabría dentro de su competencia consultiva y la dejaría más próxima a su competencia contenciosa.

Por lo tanto, el problema que presenta el pedido de la CIDH, según el juez Jackman, es la forma confusa en que fue planteado, es decir, por medio de una pregunta imprecisa sustentada en una serie situaciones hipotéticas provenientes de premisas interpretativas. Por tal motivo, en el voto disidente se destaca que el tribunal, en uso de su función consultiva, no está llamado a resolver cuestiones de hecho, sino a emitir su opinión acerca de la interpretación de normas o tratados concernientes a la protección de los derechos humanos⁵⁰. Por otro lado, si bien la CIDH se refiere a la existencia de una serie de premisas interpretativas -enunciados normativos interpretados-, considero que a partir de ellas es posible obtener las normas que fueron interpretadas hasta llegar a dichas premisas. De esta manera, en el siguiente cuadro se puede observar las premisas presentadas por la CIDH,

50 Cfr. Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (arts.4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983. Serie A N.º 3, párr. 32.

junto con las normas contenidas en la CADH y la CDN que hacen referencia a estas:

Tabla 2
Las premisas de la CIDH y su relación con las normas del SIDH

ENI Premisas interpretativas	Normas del SIDH	
	CADH	CDN
a. Los menores de edad son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y, por consiguiente, su participación por sí mismos o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.	Art. 25: <i>Protección judicial</i>	Art. 12: <i>Opinión del niño</i> Art. 2: <i>No discriminación</i>
b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo que, al tomar decisiones basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.		Art. 3: <i>Interés superior del niño</i>
c. Las condiciones del entorno familiar del niño o niña (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, niña 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: <i>Garantías judiciales</i>	Art. 9: <i>Separación de los padres</i> Art. 40: <i>Administración de la justicia de menores</i>
d. La consideración de que la persona menor de edad está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de ciertas medidas, normalmente reservadas como sanción ante figuras delictivas aplicables solo en condiciones de debido proceso.	Art. 7: <i>Derechos a la libertad personal</i>	Art. 37: <i>Tortura y privación de libertad</i>

A partir de la tabla, es posible identificar las premisas normativas de la CADH que fueron utilizadas para construir

los enunciados normativos interpretados por la CIDH, que también guardan relación con otros artículos de la CDN. En este sentido, al incluir dichas “premisas interpretativas”, la CIDH pasó a ilustrar el funcionamiento de las instituciones de justicia de acuerdo con enunciados normativos ya interpretados, dejando en un segundo lugar las normas que deberían ser objeto de interpretación por parte de la Corte IDH. Por consiguiente, considero que la presentación de estas prácticas hipotéticas en el pedido de consulta, fundadas en premisas interpretativas, pudo haber sido uno de los motivos más importantes para que el juez Jackman manifestara su oposición al pedido de la CIDH.

Consideraciones finales

La reconstrucción del camino realizado por la OC-17 durante el proceso de admisibilidad ha permitido identificar las argumentaciones de la Corte IDH, tanto a favor como en contra, en relación con el pedido formulado por la CIDH. Para ello, fue utilizado un diagrama de representación que permitió ilustrar el desarrollo argumentativo de la Corte IDH, desde el problema hasta la conclusión. Asimismo, durante el análisis de los argumentos fue posible determinar la línea argumentativa de ambas posiciones -admisibilidad e inadmisibilidad- en referencia a la solicitud presentada y a los criterios tomados en cuenta para el examen de admisibilidad.

La mayoría de las personas integrantes del tribunal se mostró favorable a la admisibilidad del pedido, al señalar que se debe atender a la evolución de los tiempos y a las condiciones de vida actuales. Por lo tanto, se orientó hacia una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección, incluso aquellos que no provienen del SIDH. Para ello, y a efectos de incluir a la CDN en el pedido de consulta, la posición

mayoritaria del tribunal señaló que es necesario abordar la interpretación de un Tratado siempre que esté directamente implicada en la protección de los derechos humanos.

Por otro lado, el voto disidente del juez Jackman, en contra de la admisibilidad, consideró que el pedido de la CIDH es una invitación para desarrollar una especulación académica, y que su admisibilidad traería como consecuencia el debilitamiento del sistema establecido por la CADH y la posterior distorsión de la jurisdicción contenciosa. Igualmente, señaló que el pedido de la CIDH presenta vaguedad y carece de sentido. En este voto se hace énfasis en las diferencias entre la competencia contenciosa y la competencia consultiva de la Corte IDH, principalmente en relación con el alcance, requisitos y características de esta segunda función. De ahí que es posible inferir una preocupación relacionada con la falta de delimitación clara entre competencia consultiva y competencia contenciosa en el pedido de la CIDH, y, por consiguiente, en relación con las formalidades que debía cumplir dicho pedido, establecidas en el artículo 64 de la CADH y relativas a la pregunta y a la formulación de criterios generales válidos a partir de una serie de prácticas hipotéticas.

Puede decirse que el análisis de los argumentos de admisibilidad en la OC-17 revela un proceso de diálogo por medio de dos líneas argumentativas opuestas, a fin de ofrecer una respuesta al pedido formulado por la CIDH e ilustrar las justificaciones del tribunal. El examen de las argumentaciones puede constituir un importante objeto de estudio, ya sea para acompañar el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con temas de derechos humanos, o bien para auxiliar en el abordaje del litigio estratégico. Asimismo, esta reconstrucción de los argumentos contribuye al fortalecimiento del SIDH, generando mayores espacios de debate y permitiendo afianzar nuestros estudios acerca de los derechos de la niñez en la región.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Asamblea General
(Composición 2021)

Presidencia Honoraria
Thomas Buergenthal
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Wendy Singh
Vicepresidenta

Carlos M. Ayala Corao
Lloyd G. Barnett
Eduardo Bertoni
Allan Brewer-Carías
Antonio A. Cançado Trindade
Santiago A. Cantón
Douglass Cassel
Margaret Crahan

Robert K. Goldman
María Elena Martínez Salgueiro
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Carlos Portales
Víctor Manuel Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabián Salvioli
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leao

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

**Comisión Interamericana
de Derechos Humanos**

Antonia Urrejola Noguera
Julissa Mantilla Falcón
Flávia Piovesan
Margarette May Macaulay
Esmeralda Arosemena de Troitiño
Joel Hernández García
Edgar Stuardo Ralón Orellana

**Corte Interamericana
de Derechos Humanos**

Elizabeth Odio Benito
Leoncio Patrício Pazmiño Freire
Eduardo Vio Grossi
Humberto Antonio Sierra Porto
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eugenio Raúl Zaffaroni
Ricardo Pérez Manrique

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos