



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

TESE DE DOUTORADO

**La estructura tónica de los derechos del niño en la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Doutorando: Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Rosane Roesler

Brasília
Fevereiro, 2022

Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce

**La estructura tónica de los derechos del niño en la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB), como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia.

Orientadora: Profa. Dra. Claudia Rosane Roesler

Brasília

Fevereiro, 2022

Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce

**La estructura tónica de los derechos del niño en la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Brasília, 22 de fevereiro de 2022.

Tese apresentada a seguinte Banca Examinadora:

Profa. Dra. Claudia Rosane Roesler
Orientadora | Presidenta da Banca
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília

Profa. Dra. Mary Ana Beloff
Examinadora
Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires

Profa. Dra. Ana Maria D'Ávila Lopes
Examinadora
Faculdade de Direito – Universidade de Fortaleza

Profa. Dra. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
Examinadora
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Isaac Costa Reis
Examinador
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília

**Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

RR9341 Ruiz Díaz Arce, Sergio
La estructura tópica de los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos / Sergio Ruiz Díaz Arce; orientador Claudia Roesler. -- Brasília, 2022.
197 p.

Tese (Doutorado - Doutorado em Direito) --
Universidade de Brasília, 2022.

1. Direitos da criança. 2. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. 3. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4. Tópica jurídica. 5. Jurisprudência. I. Roesler, Claudia, orient. II. Título.

En memoria de mi papá

A mi mamá

*A los niños, niñas y adolescentes,
víctimas de violaciones de derechos humanos en Latinoamérica*

AGRADECIMIENTOS

Esta travesía que comenzó hace seis años aquí en Brasília no podría haber llegado muy lejos sin la ayuda de quienes me acompañaron y alentaron a seguir adelante, principalmente, durante estos últimos años marcados por un contexto de pandemia cargado de dificultades, miedos y tristezas.

A Dios, por llenar mi vida de bendiciones y oportunidades.

A mi familia, por creer y confiar siempre en mí. De modo muy especial a mi papá, quién nos dejó hace apenas algunos meses y desde entonces nos acompaña desde algún otro lugar.

A la Universidad de Brasilia (UnB) por recibirme como alumno y brindarme la posibilidad de continuar mis estudios de posgraduación, especialmente, a la Facultad de Derecho de la UnB, lugar que ha sido como una casa para mí. De igual modo, agradezco al programa de becas de la Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) que me permitió desarrollar este trabajo de investigación.

A mi querida orientadora, la profesora Claudia Roesler, quien siempre supo interpretar, comprender y organizar mis ideas, mis silencios y mis dudas. Afortunadamente, las imprecisiones y los límites del lenguaje nunca fueron una dificultad para establecer un diálogo comunicativo abierto, fluido y sincero. Si bien las dudas aún persisten, y espero que continúen así, creo que la única certeza que tengo en este momento es que este trabajo no hubiera sido posible sin su generosa y comprometida orientación a lo largo de estos años. Para ella mi respeto y admiración.

A los profesores y profesoras del Programa de Pós-Graduação em Direito de la UnB, en especial a: Isaac Costa Reis, Inez Lopes Matos Carneiro de Farias y Guilherme Scotti Rodrigues. Asimismo, a los profesores y profesoras del Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares (CEAM) y del Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais - Estudos Comparados sobre as Américas do Departamento de Estudos Latino-Americanos (ELA), ambos de la UnB, especialmente a: Lucia Helena Pulino, Raphael Lana Seabra y Pedro Demo. A cada uno y cada una, por las disciplinas impartidas, las oportunidades de aprendizaje constante, y por hacer de las salas de aula un lugar de resistencia, de reflexiones y debates sobre problemáticas sociales y jurídicas.

A Elton, por la convivencia diaria en Brasília, para enfrentar los días de sequía y vibrar con los días de lluvia. Gracias por acompañar de cerca el desarrollo de esta investigación con tanta gentileza, inteligencia y generosidad.

A mis colegas, amigas y amigos del Grupo de Pesquisa em Retórica, Argumentação e Juridicidades (GPRAJ), por permitirme formar parte de un espacio de discusión e intercambio de ideas tan enriquecedor y lleno de aprendizaje.

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

“El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que [t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999.

RESUMEN

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. La puerta de acceso para los derechos del niño en el SIDH se encuentra establecida en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que a su vez se refiere a las medidas de protección para este grupo de personas — respuesta del ordenamiento jurídico interamericano—. Sin embargo, 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 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, a fin de ofrecer algunas delimitaciones y acuerdos sobre las denominadas medidas de protección, las cuales fueron desarrollándose en las decisiones posteriores de este Tribunal. Por tal motivo, el análisis de la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH sobre los derechos del niño se constituye en objeto de estudio de esta investigación.

El presente trabajo se propone delimitar el contenido y alcance de las medidas de protección referidas en el artículo 19 de la CADH, desde una perspectiva funcional y conforme a los problemas que afectan derechos del niño, a través de las argumentaciones producidas en las sentencias de los casos contenciosos. De este modo será posible organizar los argumentos de la Corte IDH sobre la materia desde el problema central —la situación de vulnerabilidad absoluta— y dentro de un campo de estudio especializado. Para ello, son analizadas las decisiones del Tribunal en un periodo de tiempo que considera a la OC-17 como punto de partida, para luego identificar y caracterizar los tópicos especiales de esta disciplina dentro de un sistema que contemple el desarrollo argumentativo de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos del niño.

Metodológicamente, para una caracterización y aproximación de la problemática que afecta a los derechos del niño en el ámbito del SIDH, se realiza una revisión bibliográfica sobre la materia acompañada de una descripción y clasificación del conjunto de decisiones de la Corte IDH entre los años 2003 y 2021. A partir de este recorte se lleva a cabo una investigación básica o fundamental en el campo del derecho, a los efectos de organizar y comprender la problemática en torno de nuestra disciplina conforme un círculo de problemas y un catálogo de tópicos. Este trabajo se sirve de los aportes de la teoría de la argumentación jurídica y, muy especialmente, de las contribuciones del filósofo y jurista Theodor Viehweg en torno a la filosofía del derecho como investigación básica, la tópica jurídica y su relación con la dogmática y la cetética, en este caso aquella producida en la jurisprudencia de este Tribunal.

Como resultado, el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos del niño permite observar el movimiento dogmático-cetético de nuestra disciplina mediante las argumentaciones producidas en un periodo de tiempo determinado, así como también, su constante relación con el problema central. Por consiguiente, se sostiene que el contenido y alcance funcional de las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la CADH se halla constituido por una serie de tópicos especiales que son propios de la disciplina e, igualmente, que los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH poseen una estructura tópica.

Palabras claves: Derechos del niño. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tópica jurídica. Jurisprudencia.

RESUMO

A proteção de crianças e adolescentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) pode ser caracterizada como um processo marcado pelo reconhecimento e afirmação de direitos, por meio da jurisprudência e da atuação dos órgãos do sistema como asseguradores de proteção. A porta de acesso aos direitos da criança no SIDH encontra-se estabelecida no artigo 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), que por sua vez se refere às medidas de proteção para este grupo de pessoas —resposta do ordenamento jurídico interamericano—. No entanto, a imprecisão no conteúdo e alcance desta norma fez com que a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) fosse acionada reiteradamente e, sobretudo, perante as constantes violações de direitos humanos por parte dos Estados membros. Nesse contexto, o Tribunal se pronunciou por meio da Opinião Consultiva OC-17 “Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança”, a fim de oferecer algumas delimitações e acordos sobre as denominadas medidas de proteção, as quais foram desenvolvidas nas decisões posteriores deste Tribunal. Por esse motivo, a análise da jurisprudência contenciosa da Corte IDH sobre os direitos da criança constitui-se como objeto de estudo desta pesquisa.

O presente trabalho se propõe a delimitar o conteúdo e o alcance das medidas de proteção a que se refere o artigo 19 da CADH, a partir de uma perspectiva funcional e de acordo com as problemáticas que afetam os direitos da criança, por meio dos argumentos produzidos nas decisões dos casos contenciosos. Desta forma, será possível organizar a argumentação da Corte Interamericana sobre a matéria a partir do problema central —a situação de vulnerabilidade absoluta— e dentro de um campo de estudo especializado. Para isso, as decisões do Tribunal são analisadas em um período de tempo que considera a OC-17 como ponto de partida, para assim identificar e caracterizar os tópicos especiais desta disciplina dentro de um sistema que contemple o desenvolvimento argumentativo da jurisprudência da Corte IDH sobre os direitos da criança.

Metodologicamente, para uma caracterização e aproximação da problemática que afeta os direitos da criança no âmbito do SIDH, é realizada uma revisão bibliográfica sobre a matéria acompanhada de uma descrição e classificação do conjunto de decisões da Corte Interamericana entre os anos 2003 e 2021. A partir desse recorte, é realizada uma pesquisa básica ou fundamental no campo do direito, a fim de organizar e compreender os problemas em torno de nossa disciplina de acordo com um círculo de problemas e um catálogo de tópicos. Este trabalho serve-se dos aportes da teoria da argumentação jurídica e, muito especialmente, das contribuições do filósofo e jurista Theodor Viehweg sobre a filosofia do direito como pesquisa básica, a tópica jurídica e sua relação com a dogmática e a cetética, neste caso aquela produzida na jurisprudência deste Tribunal.

Como resultado, a análise da jurisprudência da Corte IDH sobre os direitos da criança nos permite observar o movimento dogmático-cetético de nossa disciplina por meio dos argumentos produzidos em um determinado período de tempo, assim como também, sua constante relação com o problema central. Consequentemente, argumenta-se que o conteúdo e alcance funcional das medidas de proteção a que se refere o artigo 19 da CADH é composto por uma série de tópicos especiais que são específicos da disciplina e, igualmente, que os direitos da criança na jurisprudência da Corte Interamericana têm uma estrutura tópica.

Palavras chaves: Direitos da criança. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tópica jurídica. Jurisprudência.

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS Y TABLAS

Figura 1 - Espectro de alcance del artículo 19 de la CADH	39
Figura 2 - Representación de un sistema de estructura tópica	75
Figura 3 - Catálogo de tópicos especiales sobre derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH	116
Figura 4 - Representación de un sistema tópico-argumentativo en materia de Derechos del Niño	176
Gráfico 1 - Distribución de casos sobre violación del artículo 19 de la CADH (1999-2021).42	
Gráfico 2 - Relación del artículo 19 con otros artículos de la CADH.....	44
Gráfico 3 - Frecuencia de casos en la forma de aplicación del artículo 19 de la CADH	45
Gráfico 5 - Datos sobre opiniones consultivas de la Corte IDH.....	84
Gráfico 6 - Sentencias de la Corte IDH por Estado (1979-2021).....	86
Gráfico 7 - Citaciones a la OC-17 en los casos contenciosos (2002-2021)	92
Gráfico 8 - Distribución de casos que afectan derechos del niño por país (1999-2021).....	94
Gráfico 9 - Distribución de premisas en las sentencias de casos contenciosos de la Corte IDH (2003-2021)	102
Gráfico 10 - Distribución de tópicos según el círculo de problemas.....	170
Tabla 1 - Sentencias de la Corte IDH sobre casos que afectan derechos del niño (1999-2021)	93
Tabla 2 - Casos que afectan derechos del niño y su remisión a la OC-17 (2003-2020).....	95
Tabla 3 - Frecuencia de premisas provenientes de la OC-17 en las sentencias de los casos contenciosos de la Corte IDH (2003-2020).....	101
Tabla 4 - Círculo de problemas de la disciplina	110
Tabla 5 - Instrumento para el análisis del catálogo de <i>topoi</i>	115
Tabla 7 - Tópicos en la jurisprudencia y su relación con el catálogo de problemas propuesto	138
Tabla 8 - Estructura de un sistema con doble funcionalidad.....	166

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
Cfr.	Confrontar/confróntese
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comité	Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DESCA	Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
OC-17	Opinión Consultiva N° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
<i>op. cit</i>	<i>opus citatum</i>
párr.	párrafo
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
vs.	versus

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	14	
1 Objeto, problema, objetivos, hipótesis y justificación.....	17	
2 Metodología, límites y estructura de la investigación	21	
CAPÍTULO I		
LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS		25
1.1 Ambigüedad en la denominación	27	
1.2 Adecuación normativa.....	32	
1.3 La responsabilidad del Estado en la protección de derechos.....	39	
1.4 El contenido genérico y abstracto de los derechos del niño	46	
CAPÍTULO II		
LA ESTRUCTURA DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA TÓPICA		49
2.1 Dogmática jurídica, teoría del derecho y filosofía del derecho	50	
2.2 La investigación de base o fundamental en el campo del derecho	53	
2.3 La tópica en el derecho	57	
2.3.1 Acerca de la noción de topos.....	60	
2.3.2 La tópica en el contexto de la jurisprudencia	64	
2.3.3 Tópica y método	67	
2.4 Función y estructura del sistema jurídico	72	
2.5 Investigación de base y tópica jurídica.....	77	
CAPÍTULO III		
LOS TÓPICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH		82
3.1 Punto de partida: Opinión Consultiva OC-17.....	86	
3.2 El contenido de las premisas y el círculo de problemas que afectan derechos del niño ..	102	
3.3 El círculo de problemas que afectan derechos del niño.....	110	
3.4 La función tópica de las premisas en materia de derechos del niño.....	113	

CAPÍTULO IV

TÓPICOS ESPECIALES EN DERECHOS DEL NIÑO	117
4.1 Contenido y orientación de los lugares comunes en la disciplina.....	118
4.1.1 Interés superior del niño.....	118
4.1.2 Medidas especiales de protección.....	124
4.1.3 Protección del núcleo familiar.....	127
4.1.3 Igualdad fundada en la especialidad.....	129
4.2 Uso de <i>topoi</i> en el abordaje de problemas.....	132
4.3 Consensos argumentativos establecidos a partir de los tópicos.....	146

CAPÍTULO V

UN SISTEMA ORIENTADO HACIA LOS PROBLEMAS QUE AFECTAN DERECHOS DEL NIÑO	152
5.1 Tipos de argumentación según su función.....	154
5.2 Tratamiento de problemas en un sistema con doble funcionalidad.....	164
5.3 La estructura tópica de nuestra disciplina jurídica especializada.....	174
CONCLUSIÓN	179
REFERENCIAS	185

INTRODUCCIÓN

Al referirse al “enigma de la infancia”, Larrosa (2000) señala que el nacimiento de un niño es un evento absolutamente nuevo, que disuelve la solidez del mundo adulto y suspende la certeza que los adultos tienen de sí mismo. Dicho evento no es un momento que puede situarse dentro de una cronología, sino más bien, un evento que interrumpe la cronología toda. En el campo del derecho, la relación niño-adulto se encuentra enmarcada por la situación de vulnerabilidad absoluta en que se encuentra este grupo de personas, así como también, por la responsabilidad de protección hacia los mismos atribuida a la familia, la sociedad y el Estado. Por ello se considera que esta relación debe ser construida dentro de un proceso de diálogo constante, como en un esquema de preguntas y respuestas, que permita el desarrollo y efectivo cumplimiento de los derechos del niño, especialmente, en contextos tan dinámicos y con problemas cada vez más complejos.

El debate acerca de la problemática que afecta a los derechos del niño en América Latina puede ser considerado como un tema relativamente reciente, generalmente sensible, susceptible de críticas e incluso de negaciones. Igualmente, si bien existe un amplio reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, la noción de protección hacia los mismos y los mecanismos de protección adoptados por los Estados continúan generando una serie de problemas y dificultades que son comunes en distintos países de la región. Algunas de estas situaciones que afectan a los derechos humanos de los niños han requerido inclusive la búsqueda de justicia en instancias internacionales, siendo una de ellas el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Este sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos fue creado por los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para velar por la protección y garantía de los derechos humanos en el continente. Dentro de este sistema, la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 junto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, constituyen los

principales instrumentos jurídicos que consagran los derechos y definen las obligaciones de los Estados. El SIDH cuenta además con dos órganos destinados a velar por el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Los derechos del niño¹ —de la niña y del (la) adolescente— forman parte de este sistema regional de protección, y por consiguiente, el respeto y la garantía de todos sus derechos humanos sin discriminación étnica, racial, política, social, económica o de cualquier otra índole son amparadas dentro del SIDH. Este reconocimiento se encuentra en los dos principales instrumentos jurídicos que componen el sistema, así como también, en los demás tratados y leyes regionales dirigidas a niños, niñas y adolescentes². Sin embargo, es el artículo 19 de la CADH, denominado “Derechos del Niño”, la norma que hace referencia de modo específico a la protección especial de derechos de este grupo de personas.

Todos estos instrumentos normativos del sistema regional junto a los instrumentos normativos provenientes del Sistema Universal de Derechos Humanos, componen el denominado amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño en el SIDH. Dicha estructura normativa de protección fue manifestada por la Corte IDH en la paradigmática sentencia del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”. Este había sido el primer caso en que el Tribunal, en ejercicio de su función jurisdiccional o contenciosa, realizó una interpretación del artículo 19 de la CADH refiriéndose de forma específica a los derechos del niño en el SIDH. A partir de esta sentencia el Tribunal comenzó a ampliar el marco

¹ Debo referir aquí que utilizaré la denominación “derechos del niño” para designar al conjunto de derechos que posee la población de personas menores de dieciocho años de edad, es decir, niños, niñas y adolescentes. Al respecto, es relevante recordar que, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 1: “[...] se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH (1999, párr. 188) desde la sentencia del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”.

² Cfr. OEA. **Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores**, adoptada en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en La Paz (Bolivia) el 24 de mayo de 1984, que entró en vigencia el 26 de mayo de 1988, de conformidad con el art. 26. *Idem.* **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)**, adoptado por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988, art. 16, que entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999. *Idem.* **Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias**, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989, que entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999. *Idem.* **Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores**, aprobada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989, que entró en vigencia el 04 de noviembre de 1994. *Idem.* **Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores**, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en México el 18 de marzo de 1994, que entró en vigencia el 15 de agosto de 1997, de conformidad con el art. 33. *Idem.* **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)**, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 09 de junio de 1994, que entró en vigencia el 05 de marzo de 1995, de conformidad con el art. 21.

jurídico de protección de los derechos humanos del niño, atendiendo a la necesidad de especialización en el abordaje de los derechos del niño dentro del sistema y conforme a las particularidades de cada caso. Desde entonces, la estructura jurídica normativa de los derechos del niño en el SIDH no se reduce apenas a la norma citada, sino que abarca a otras normas de la CADH y a un extenso catálogo normativo de derechos humanos que se encuentran contenidos en su amplio *corpus juris* de protección.

Pero además de su jurisprudencia contenciosa, la Corte IDH también se ha pronunciado sobre los derechos del niño en ejercicio de su función consultiva. La primera vez lo hizo en el año 2002 a pedido de la CIDH en la Opinión Consultiva N° 17 (OC-17) a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. En esta decisión la Corte IDH emitió una opinión calificada sobre los derechos del niño, en la cual es afirmada la condición de sujeto de derechos de los mismos, el derecho de los niños a su protección especial, la especialidad de sus derechos, la adopción de medidas especiales de protección por parte del Estado, el ejercicio de derechos por parte de sus titulares, entre otras. Posteriormente, en el año 2014 a solicitud de los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay fue emitida la Opinión Consultiva N° 21 denominada “Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional”, relativa la protección de la niñez migrante en la región. De esta manera, el desarrollo de los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH puede ser observado tanto en su función jurisdiccional como en su función consultiva, es decir, a través de las sentencias de los casos contenciosos y mediante las opiniones consultivas.

El lugar de inicio y punto de conexión entre los derechos del niño y el SIDH se encuentra establecido por el artículo 19 de la CADH. Dicha norma hace referencia específica a los derechos del niño, siendo por tanto, la puerta de acceso al SIDH o la base del reconocimiento jurídico y de protección especializada para garantizar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en la región. El mencionado artículo señala 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”. En consecuencia, las violaciones de derechos humanos contra los niños, niñas y adolescentes, derivan de la ausencia o incumplimiento de las medidas de protección por parte del Estado.

No obstante, el carácter amplio e indeterminado de la norma en cuestión ha suscitado dudas y dificultades en torno a su alcance, contenido y aplicación. A modo ejemplo se puede mencionar, la falta de delimitación precisa en torno de los conceptos de “niño” y “medidas de protección”, o sobre la función atribuida a la familia, la sociedad y el Estado, como garantes responsables de estas medidas de protección. Por otro lado, este carácter impreciso y abstracto

también ha posibilitado que el Tribunal pueda abordar una amplia gama de problemas que afectan a los derechos del niño dentro del SIDH, e inclusive, desarrollar de forma constante y conforme cada situación particular el contenido de los conceptos señalados. Ahora bien, entre las dificultades y posibilidades surgidas a partir de esta norma, ha sido la jurisprudencia de la Corte IDH la encargada de ofrecer respuestas y proporcionar cierto contenido a la misma mediante el análisis de los problemas suscitados en cada caso concreto.

1. Objeto, problema, objetivos, hipótesis y justificación

Aunque la sentencia del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” constituye el primer precedente jurisprudencial de la Corte IDH en cual se establecieron los primeros acuerdos argumentativos en la materia, es en la OC-17 donde el Tribunal se propone como gran desafío abordar de modo amplio la problemática que afecta a los derechos del niño a través de la interpretación del artículo 19 de la CADH. En dicha opinión consultiva, la pregunta formulada por la CIDH tenía como objetivo llenar de contenido el artículo 19 de la CADH, debido que la norma en cuestión se refiere a los derechos del niño y sus medidas de protección de un modo bastante amplio y genérico.

Sin embargo, las respuestas ofrecidas por el Tribunal se caracterizaron, principalmente, por una remisión constante a normas internacionales de derechos humanos, la ausencia de definiciones precisas en conceptos claves, y el desarrollo de temas diversos que no estaban directamente vinculadas a la consulta presentada por la CIDH. Por consiguiente, la estructura de las respuestas que fue elaborada por el Tribunal no estaba orientada a delimitar, precisar o inclusive reducir el amplio espectro de la norma más importante sobre derechos del niño en el SIDH, sino más bien, a intentar organizar el contenido de la materia. De esta manera, la OC-17 como precedente jurisprudencial puede ser concebida como un instrumento para la organización y delimitación de los derechos del niño en el ámbito del SIDH, que proporciona herramientas para edificar una estructura en el campo del derecho y no necesariamente para ofrecer un contenido preciso a la norma fundamental. Podría entonces ser comprendido como un elemento fundacional o punto de partida, con pretensión de consolidar el inicio de un proceso de construcción en un campo especializado del derecho, y para el desarrollo argumentativo en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Ahora bien, más allá de las debilidades que pueden ser observadas en esta opinión consultiva, inclusive aspectos formales durante el examen de admisibilidad del pedido, el impacto producido por la OC-17 en la jurisprudencia de la Corte IDH y dentro del SIDH resulta

innegable³. Es posible concluir entonces que, ante las limitaciones en proveer de contenido preciso y determinado al artículo 19 de la CADH, la OC-17 optó por reconocer el amplio alcance y significado de esta norma sin establecer definiciones o delimitaciones demasiado estrechas sobre su contenido, quedando así supeditada al abordaje del problema en cada caso particular.

Por consiguiente, el desarrollo argumentativo del Tribunal en las sentencias de sus casos contenciosos pasa a adquirir una especial relevancia en la jurisprudencia de nuestra materia para la delimitación del contenido de la norma, pero sobre todo, para establecer la funcionalidad de las medidas de protección a las que esta se refiere, debido que la norma en cuestión constituye la respuesta del SIDH, o bien, del ordenamiento jurídico interamericano para la protección de los derechos del niño. Por tanto, la justificación de los argumentos por parte de la Corte IDH ante los problemas relacionados a derechos del niño se torna una tarea imprescindible para obtener conclusiones en cada caso particular. Cabe por tanto, el **análisis de la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH sobre derechos del niño**, con posterioridad a los acuerdos argumentativos establecidos en la OC-17, como objeto de esta investigación⁴.

El análisis de las sentencias en los casos contenciosos permitirá observar el desarrollo argumentativo del Tribunal en relación a la protección de los derechos del niño en un período de tiempo de aproximadamente veinte años. En consecuencia, resulta adecuado cuestionarnos como problema de investigación acerca del contenido y alcance funcional de las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la CADH, conforme el desarrollo argumentativo de la Corte IDH. Asimismo, y para la comprensión adecuada de este conjunto de argumentaciones producidas por el Tribunal sobre un fenómeno jurídico particular, denominado derechos del niño, se requiere además indagar acerca de una estructura en el campo del derecho que otorgue forma y sentido a esta área especializada de la misma dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH. Para guiar este problema se plantea la siguiente interrogante: ¿qué son las medidas de protección establecidas para los niños, niñas y adolescentes a partir de las argumentaciones producidas por la Corte IDH?

³ Cfr. RUIZ DÍAZ ARCE, Sergio. **La protección de la infancia en los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: análisis, evaluación y efectos de la Opinión Consultiva 17**. Orientadora: ROESLER, Claudia. 2018. 176f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

⁴ Según Dieterich (2008, p. 58) “[...] el objeto de investigación es una parcela (un aspecto) de la realidad, en la cual se concentra nuestro interés de conocimiento y que no puede explicarse en forma inmediata o sin utilización de la teoría. [...]”. Así también, conforme Witker (1991, p. 43), el objeto de la investigación “[...] está constituido por aquella parcela de la realidad jurídica sobre la cual concentramos nuestra atención para describir, comparar, analizar, proyectar o detectar la evolución de una institución o problema jurídico específico. [...]”, la cual está presente dentro de amplios y complejos campos del derecho, pero que necesariamente también precisa de una delimitación.

En cuanto al recorte temporal establecido a partir de la OC-17, este obedece principalmente al modo en que este precedente jurídico fue construido y no únicamente en cuanto al contenido ofrecido. Si bien resulta evidente las reiteradas remisiones a normas internacionales de derechos humanos, la ausencia de definiciones en conceptos claves, y el desarrollo de temas diversos que no estaban directamente vinculadas al pedido de la consulta; también es posible identificar en ella, una serie de premisas y acuerdos argumentativos relevantes para la materia que fueron indicados por el Tribunal.

En cuanto a estas premisas provenientes de la OC-17, las mismas se caracterizaron desde su aparición por constituirse en lugares comunes para la interpretación del artículo 19 de la CADH en relación al contenido de las medidas de protección. Por ello, estas han sido utilizadas de manera frecuente en las sentencias de los casos contenciosos, como elementos de respuesta en el abordaje de problemas que afectan a la materia y para justificar las decisiones del Tribunal.

En consecuencia, estos tópicos o lugares comunes —ampliados y revisados a lo largo del tiempo— han servido para la elaboración de acuerdos argumentativos específicos de la disciplina, y por consiguiente, para el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos del niño. En este sentido, es levantado como hipótesis de trabajo⁵ que, el contenido y alcance funcional de las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la CADH se halla constituido por una serie de tópicos especiales que son propios de la disciplina, e igualmente que, los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH poseen una estructura tópica.

En cuanto a la noción de *topoi* o tópicos, que serán debidamente delimitados a lo largo de la investigación, son considerados los aportes del filósofo y jurista Theodor Viehweg acerca de su comprensión y estudio en torno de la “ciencia del derecho”, principalmente, a través de su obra “Tópica y Jurisprudencia”. Entre las posibilidades que ofrece este modo de pensar el derecho y para los fines de esta investigación, se destaca, principalmente, la centralidad en el problema para la elaboración de argumentos a partir de la funcionalidad de los puntos de partida, y a los efectos de delimitar y estructurar un campo especializado del derecho.

Por tal motivo, el análisis de las argumentaciones de la Corte IDH ocupa un lugar central en esta investigación, tanto para la determinación y el abordaje de la problemática que afecta a

⁵ De acuerdo con Sampieri (2010, p. 370), el papel que desempeñan las hipótesis en el proceso de investigación cualitativa es distinta de aquella que desempeñan en una investigación cuantitativa, por eso resulta más adecuado referirse a hipótesis de trabajo, debido que estas “[...] se modifican sobre la base de los razonamientos del investigador y, desde luego, no se prueban estadísticamente”, y señala que, “[l]as **hipótesis de trabajo** cualitativas son pues, generales o amplias, emergentes, flexibles y contextuales, se adaptan a los datos y avatares del curso de la investigación”.

los derechos del niño en el SIDH, como así también, de la función que desempeñan los *topoi* dentro de la jurisprudencia de este campo especializado del derecho. En cuanto al uso atribuido a los tópicos especiales en los casos particulares en su relación con el problema, estos permitirán guiarnos hacia el diseño de una estructura que facilite la comprensión y estudio de los derechos del niño en la jurisprudencia del Tribunal.

Se plantea como objetivos de esta investigación: delimitar el contenido y alcance de las medidas de protección referidas en el artículo 19 de la CADH, desde una perspectiva funcional y conforme la problemática de los derechos del niño dada en las argumentaciones producidas en las sentencias de los casos contenciosos; y posteriormente, organizar los argumentos de la Corte IDH sobre la materia según el problema central y dentro de un campo de estudio especializado. Para ello será necesario: analizar las decisiones del Tribunal en un periodo de tiempo que considera a la OC-17 como punto de partida, para luego identificar y caracterizar los tópicos especiales de nuestra disciplina dentro de un sistema que contemple el desarrollo argumentativo de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos del niño.

El contenido de las medidas de protección es un tema central para los derechos del niño en el SIDH, debido que esta constituye la respuesta del ordenamiento jurídico ante las violaciones de derechos humanos cometidas contra un grupo específico de personas en situación de vulnerabilidad. En este sentido, la identificación de los destinatarios de estas medidas de protección, pero sobre todo, la situación en que estos se encuentran o el contexto problemático que les afecta, requiere de un examen particular de los casos que determine la función que desempeñan estas medidas.

Este modo de comprender el contenido de las medidas de protección en su relación con el problema y el sujeto protegido centra su interés en una construcción pragmática⁶ de la respuesta ofrecida por el derecho, a partir de su desarrollo en el discurso jurídico. Este enfoque deja en un segundo plano la búsqueda o elaboración de conceptos semánticos demasiado fijos, estrechos y de corto alcance, que a su vez limitan el espectro de alcance de las medidas de protección en un contexto marcado por el dinámico perfeccionamiento de los tipos de problemas.

Igualmente, abordar el contenido de estas medidas a partir de su funcionalidad ante el problema, posibilita además cuestionarnos acerca de la fundamentación jurídica del artículo 19

⁶ En cuanto a la noción de pragmática, esta se refiere en cuanto a la función que desempeña en el discurso o situación comunicativa, e igualmente para su distinción de las funciones semántica y sintáctica del lenguaje. Cfr. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 101.

de la CADH en cada caso particular, a través de una serie de argumentaciones elaboradas por el Tribunal. En consecuencia, la delimitación de una estructura argumentativa para nuestra disciplina, a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, favorecerá al desarrollo dinámico, reflexivo y organizado de un campo de estudio especializado en el área del derecho.

Esta investigación encuentra fundamento en la necesidad de afianzar el campo de estudio de nuestra disciplina jurídica especializada y contribuir a los debates acerca de los derechos del niño en Latinoamérica, principalmente, a través del análisis de las decisiones producidas por la Corte IDH. Sobre este último, porque se considera que los acuerdos y las argumentaciones de este Tribunal favorecen al fortalecimiento de los derechos humanos, tanto en el SIDH como en los sistemas nacionales de protección, y para garantizar el real y efectivo cumplimiento de los derechos del niño en la región.

De este modo, un análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos del niño a partir de los aportes de la tónica jurídica es considerado para el desarrollo de esta investigación. En cuanto a uso de la noción “tónica jurídica”, cuya expresión no es unívoca, la perspectiva empleada será detallada a continuación y a lo largo de esta investigación.

2 Metodología, límites y estructura de la investigación

Para una caracterización y aproximación de la problemática que afecta a los derechos del niño en el ámbito del SIDH se propone, preliminarmente, una revisión bibliográfica sobre la materia acompañada de una descripción del conjunto de decisiones de la Corte IDH sobre la misma. En ese contexto, fueron considerados los siguientes nudos críticos para el abordaje de los derechos humanos del niño: ambigüedad en la denominación, adecuación normativa y responsabilidad del Estado. Del análisis de cada uno de estos aspectos será posible comenzar a delinear el problema central de esta disciplina especializada en relación a la respuesta ofrecida a la misma en el marco del SIDH.

A partir de esta descripción y análisis de cuestiones se propone llevar a cabo una investigación básica o fundamental en el campo del derecho, a los efectos de organizar y estructurar la problemática en torno de nuestra disciplina. Este tipo de investigación comprende, un análisis sobre el ámbito del conocimiento de la materia, es decir, acerca de la actividad intelectual especial del fenómeno estudiado, así como también, de su estructura en cuanto al contenido y la forma. Sobre este modo de investigación en la ciencia del derecho o jurisprudencia en su amplio sentido, son considerados los aportes del jurista y filósofo alemán Theodor Viehweg. Según este autor, el ámbito del conocimiento es comprendido como un esquema de preguntas y respuestas en que se puede otorgar mayor importancia a una u otra,

mediante el uso de *topoi* o lugares comunes. El énfasis en el lado de las preguntas o de las respuestas guarda relación con las formas de pensar que este autor se propone, conforme una distinción entre dogmática y cetética. Asimismo, el ámbito del conocimiento puede presentarse como ámbito de la investigación o como ámbito de la dogmática. Para los fines de esta investigación, dicha distinción será entendida como una forma de investigación filosófica o investigación fundamental.

En este contexto, el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos del niño, como objeto de esta investigación, permitirá observar el movimiento dogmático-cetético producido en nuestra disciplina mediante las argumentaciones del Tribunal. Esta actividad, realizada en el discurso jurídico, auxiliará a la descripción del desarrollo operacional o funcional del contenido de las medidas de protección en cada caso particular. Para ello, la tónica como técnica de pensamiento problemático, constituirá el medio de estudio empleado para el descubrimiento y examen de los *topoi* utilizados por el Tribunal en su jurisprudencia contenciosa posterior a la OC-17 sobre los problemas o situaciones que afectan derechos del niño.

En esta investigación serán considerados como tópicos aquellos lugares utilizados por la Corte IDH para ofrecer respuestas a un determinado conjunto de problemas en una disciplina específica. Por tanto, estos pueden ser entendidos como: aquellos lugares que son propios de la disciplina específica, aquellos que pueden ayudar a obtener conclusiones dentro de un círculo específico de problemas, aquellos que sirven como punto de partida para auxiliar en discusiones propias de la materia o guiar hacia una respuesta, y aquellos que gozan de una amplia aceptación debido a que son resultado de una práctica argumentativa consensual.

Para identificar los tópicos en las sentencias de los casos contenciosos de la Corte IDH, fue establecido un recorte temporal a partir de la OC-17, por las consideraciones anteriormente expuestas. La técnica de recolección de datos consistió en una búsqueda en la base de datos de la Corte IDH entre los años 2002 y 2021, a fin de identificar todos los casos que abordan cuestiones que afectan derechos del niño en ese periodo de tiempo. Una vez elaborado el catálogo de tópicos especiales de nuestra disciplina, los *topoi* fueron examinados para determinar su funcionalidad en relación a los problemas suscitados en los casos particulares, debido al carácter ambiguo, abstracto e indeterminado de los mismos. Por último, las argumentaciones producidas, tanto desde un enfoque dogmático como desde un enfoque cetético, son comprendidas dentro de una estructura tónica que contempla el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH en este campo especializado del derecho.

Para la obtención de los datos contenidos en el conjunto de sentencias seleccionadas y de acuerdo a los objetivos propuestos, fueron utilizadas una serie de tablas o cuadros de análisis para la identificación y medición de distintos tipos de variables, así como el uso de gráficos estadísticos para determinar la frecuencia de algunas de ellas. Estos instrumentos de análisis auxiliaron además en la construcción de un catálogo de *topoi*, a ilustrar la funcionalidad de los mismos en su relación con un conjunto de problemas propuestos, y a establecer distinciones entre los tipos de argumentos producidos por el Tribunal.

En cuanto a los límites, es importante señalar que el uso de la tópica en esta investigación, y por tanto, las conclusiones obtenidas a partir de su estudio no tienen una pretensión apodíctica, demostrativa, o inclusive prescriptiva. Es decir, estas corresponden al análisis de los argumentos dados por la Corte IDH en una serie de casos seleccionados, dentro de un determinado ordenamiento jurídico, y a partir de un círculo de problemas específicos que afectan a una disciplina especializada del derecho⁷.

También resulta adecuado advertir que el presente trabajo se sitúa en el campo del derecho y no se trata de una investigación de carácter interdisciplinar, aunque la misma pueda proporcionar herramientas para llevar adelante ese tipo de estudio. Del mismo modo, si bien esta investigación no realiza un análisis exhaustivo sobre el contenido de cada una de las sentencias de la Corte IDH (análisis de casos), esto no impide que la misma pueda brindar contribuciones para realizar dicha actividad.

Asimismo, la selección de tópicos y el círculo de problemas propuestos, forman parte de una investigación que se encuentra en permanente movimiento, y por tanto, en constante diálogo y revisión con el desarrollo de las argumentaciones que son producidas por el Tribunal. El uso de la tópica para el desarrollo de esta investigación guarda relación con la necesidad de identificar y estructurar los problemas en torno a los derechos del niño dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, así como también, de catalogar los lugares comunes de nuestra disciplina dentro del SIDH. Todo ello a fin de caracterizar de forma más adecuada el objeto de estudio de nuestra disciplina, en un momento histórico determinado, y para auxiliar en las discusiones en torno de la misma. Este último se considera además como una actividad propicia dentro de un sistema democrático de derecho, porque posibilita un constante movimiento de pensamientos, el cual puede ser traducido también como una estrecha relación dogmática-cetética.

⁷ De acuerdo con Viehweg (2007, p. 39), haciendo referencia al uso de la tópica como técnica para lo dialéctico, señala que “el derecho se ocupa, no de la justicia general, sino de la justicia particular, de acuerdo con la cual el juez despliega su prudencia en orden a la solución de problemas concretos”.

En consecuencia, el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una actividad necesaria para delimitar el contenido y alcance funcional de las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la CADH —respuesta del ordenamiento jurídico interamericano—, conforme el desarrollo argumentativo del Tribunal a partir de la problemática central que afecta a este campo especializado del derecho —la situación de vulnerabilidad absoluta de los niños, niñas y adolescentes—. En ese contexto, se infiere que las medidas de protección están constituidas por una serie de tópicos especiales, propios de la disciplina, que favorecen el movimiento argumentativo en relación a un círculo de problemas. Por consiguiente, y atendiendo a la función que desempeñan estas argumentaciones, se considera que los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH poseen una estructura tópica.

De esta manera, y para llevar adelante los objetivos propuestos, el análisis realizado en esta investigación fue organizado en cinco capítulos. En el primer capítulo se delimita y presenta la problemática en torno a los derechos del niño en el ámbito del SIDH, a partir de algunos nudos considerados críticos en el abordaje de los derechos humanos. En el capítulo dos se propone una estructura para el campo del derecho y su relación con la tónica jurídica, según las contribuciones del jurista y filósofo Theodor Viehweg. A partir de ello, en el capítulo tres se organiza la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH desde la OC-17, para luego elaborar un catálogo de tópicos especiales conforme un círculo de problemas devenidos del problema central. En el capítulo cuatro es determinada la funcionalidad de los tópicos en cada caso particular y según la clasificación de problemas propuestos, para luego señalar las conclusiones obtenidas por el Tribunal mediante dicho catálogo. Y por último, en el capítulo cinco se propone un sistema de estructura tónica para nuestra disciplina, de acuerdo al tipo de argumentación producida por Corte IDH y a los efectos de comprender y organizar este campo especializado del derecho.

CAPÍTULO I

LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El reconocimiento de los derechos humanos constituye un acuerdo de amplia aceptación dentro de la comunidad internacional que ha generado —en cierta medida— un trabajo coordinado y comprometido entre diferentes actores, principalmente, debido a los múltiples escenarios y contextos en que se producen las vulneraciones de derechos fundamentales. De esta manera, el derecho internacional de los derechos humanos proporciona un “marco conceptual que es aceptado por la comunidad internacional y que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo” (ABRAMOVICH, 2006, p. 36), aunque esta a su vez requiera de una constante revisión y actualización de su contenido atendiendo al desarrollo dinámico de las distintas problemáticas y del escenario en que estas se desenvuelven. Al respecto, de acuerdo con Carvalho Netto y Scotti (2012, p. 41) “[l]os derechos fundamentales, tal como los entendemos hoy, son el resultado de un proceso histórico tremendamente rico y complejo, de una historia, a un solo tiempo, universal, pero siempre individualizada; común, pero siempre plural” (*traducción nuestra*)⁸.

A los efectos de ofrecer una comprensión didáctica sobre los derechos humanos, generalmente son propuestas una serie de dimensiones —histórica, ética, política y jurídica— para llevar adelante un estudio sobre el tema. De este modo, ante una problemática específica suscitada en el interior de este campo, puede realizarse un análisis de la misma tomando en consideración uno o algunos de los aspectos mencionados conforme los intereses y límites propuestos. Así también, es posible desarrollar el problema desde una perspectiva integral que

⁸ En el original: “Os direitos fundamentais, tal como os entendemos hoje, são o resultado de um processo histórico tremendamente rico e complexo, de uma história a um só tempo, universal, mas sempre individualizada; comum, mas sempre plural” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 41).

responda desde a una pluralidad de dimensiones y que atienda los objetivos de la interdisciplinariedad que trae consigo este campo de estudio.

Se tiene entonces una primera dimensión —histórica— que trata sobre el reconocimiento de derechos a lo largo del tiempo, la cual puede ser entendida como el producto de la regulación de relaciones sociales que posteriormente dieron lugar a las denominadas tres generaciones de derechos: derechos de libertad (derechos civiles y políticos), derechos de igualdad (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales), y derechos de los pueblos (derechos colectivos o de solidaridad)⁹. Dicha regulación de la realidad social ha estado marcada por un proceso de disputas, reclamos y reivindicaciones sobre violaciones sistemáticas de derechos para lograr condiciones de vida digna, ya sea en lo económico, social, cultural o ambiental. Esta regulación es comúnmente relacionada a un sistema de valores éticos dentro de la sociedad que propugna un ideal de justicia en su amplio sentido y condena de forma crítica realidades que considera injustas —dimensión ética—.

Este conjunto de imperativos éticos o morales son trasladados a una tercera dimensión —jurídica— para su estudio y análisis¹⁰, que a pesar de las perspectivas teóricas que pueden ser adoptadas, jusnaturalismo, positivismo, vertiente socio-histórica¹¹, plantea una serie de cuestiones comunes en torno de la norma jurídica, relacionadas a su positivización, naturaleza, características, límites, conflicto entre normas, jerarquía e inclusive del ordenamiento jurídico que la compone. No obstante, el reconocimiento de los derechos fundamentales no se agota con la conquista de su carácter normativo porque este también requiere de un constante ejercicio de afirmación y educación en derechos humanos¹². En consecuencia adquiere relevancia una cuarta dimensión —política—, dada a través de los mecanismos estatales de respuesta, ante las situaciones injustas que acontecen a diario o ante nuevas situaciones injustas que necesitan de derechos a ser conquistados.

Teniendo en cuenta las dimensiones señaladas resulta posible identificar algunos nudos críticos para el abordaje de los derechos humanos, entendido en su amplio sentido, y de esta manera profundizar en su comprensión y estudio. Al respecto, considero que algunos de los principales problemas que permean en el campo de los derechos humanos pueden ser

⁹ Para un análisis exhaustivo sobre la evolución histórica de los derechos humanos, véase: FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de. **Direitos humanos e comércio internacional**. Orientador: MAGALHÃES, José Carlos de. 2006. 368f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

¹⁰ NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

¹¹ Cfr. JUANICHE, Ana; GONZÁLEZ, María Luisa. Los derechos humanos desde los distintos paradigmas. **Si decimos Derechos Humanos...**, Montevideo, n. 2, 2007.

¹² Cfr. PÉREZ AGUIRRE, Luis. Si digo educar para los derechos humanos. **DEHUIDELA - Derechos Humanos IDELA**, n. 15, p. 49-56, 1998.

clasificados en los siguientes tres grupos: ambigüedad en la denominación, adecuación normativa y responsabilidad del Estado.

Si bien el análisis de cada uno de los mismos puede adquirir diferentes aristas o direcciones, conforme la disciplina específica que la aborda —historia, derecho, sociología, psicología, entre otras— y el contexto en que se suscita el problema de interés, para los fines de la presente investigación se pretende caracterizar y analizar brevemente cada uno de los nudos críticos propuestos con especial énfasis en los derechos humanos de los niños, desde una perspectiva jurídica y a partir del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH.

1.1 Ambigüedad en la denominación

La ambigüedad en torno a la denominación de los derechos humanos descansa en su carácter general y abstracto. Dicha indeterminación puede ser vista como un inconveniente, debido a la dificultad que genera al momento de intentar ofrecer un significado unívoco o preciso sobre el mismo. Sin embargo, también puede afirmarse que ha sido esta condición la que le ha brindado su alto grado de diálogo y aceptación en la comunidad internacional, o bien, que su carácter ambiguo ha permitido un amplio desarrollo frente a los diversos tipos de problema que le son planteados, aunque esto a veces requiera de una mayor labor interpretativa por parte de los operadores de justicia. Es decir, la ambigüedad del término la torna flexible a las diversas situaciones y contextos culturales que necesita hacer frente, aunque dichas características también han resultado apropiadas para establecer consensos ampliamente aceptados sobre una generalidad de temas que componen a los derechos humanos. Este consenso puede ser explicado por medio de un imperativo moral, por el resultado de reivindicaciones históricas ante el Estado, así como también, por el resultado de un largo y constante proceso de diálogo entre diferentes actores.

Al respecto, Habermas (2010, p. 108-109) presenta algunos argumentos para sostener que el concepto de dignidad humana es el que ha articulado ese consenso, y que de ella se nutren los derechos humanos fundamentales, citando la expresión: “*everyone could agree that human dignity was central, but not why or how*”. Por otro lado, Salgueiro Martínez (2008, p. 6) afirma que:

Los derechos humanos deben entenderse de una manera mucho más amplia e integral, porque además son un fenómeno en constante construcción y evolución. No se pueden delimitar únicamente a un conjunto de derechos determinados, sino a una idea más comprensiva de fenómenos sociales y políticos, ya que su reconocimiento parte de verdaderas “conquistas” logradas

por la persona humana frente al poder del Estado, cualquiera sea su forma de manifestación”.

De este modo, la búsqueda por la fundamentación teórica detrás del concepto de derechos humanos es objeto de estudio de varias ciencias sociales, tales como la filosofía, la historia, la sociología, el derecho, entre otras, lo cual refuerza su carácter interdisciplinario. En cuanto a las características de los derechos humanos, estas parecen coincidir —aunque no de forma unánime— en los siguientes aspectos: inherentes o innatos al ser humano, universales, inalienables, inviolables, imprescriptibles, irrenunciables, indivisibles, progresivos¹³. A partir de ello puede afirmarse que, toda persona humana sin discriminación alguna es portadora de derechos humanos, es decir, son personas sujetos de derechos.

Aunque los enfoques de cada disciplina no necesariamente deban ser concebidos de forma excluyente o aislada entre ellas, debido que están conectados entre sí, resulta bastante adecuado determinar los alcances que cada una de estas disciplinas posee en relación a los derechos humanos y sobre una problemática específica. Es decir, para los fines de su estudio por disciplina y a los efectos de fortalecer la interdisciplinariedad resulta necesario que cada una de ellas determine las características, condiciones, problemas y objeto particular de interés en su respectivo campo de estudio.

En el campo del derecho, el reconocimiento de la titularidad de derechos, ya sea en instrumentos jurídicos nacionales o internacionales, no ha significado un cambio inmediato en la condición jurídica de aquellas personas que forman parte de determinados grupos sociales históricamente excluidos. Tal es el caso de los niños, niñas y adolescentes, cuyo proceso histórico de inclusión social está caracterizado por la lucha contra la negación de su condición de persona y fundada en el reconocimiento de su diferencia. Según Giorgi (2012, p. 204), esta situación fue históricamente estructurada a partir de tres elementos centrales: “la indefensión propia del infante, la necesidad de disciplinamientos y la asimetría de poder”. Así, la exclusión de los mismos en el pacto social se hace visible en la imposibilidad para el ejercicio de sus derechos ciudadanos, que garantiza a todos los seres humanos el acceso a los derechos civiles y de libertad, según lo establecido en las declaraciones de derechos humanos.

Sobre este asunto, la Corte IDH (2002) se pronunció en la OC-17:

El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el

¹³ Cfr. MAGENDZO KOLSTREIN, Abraham; PAVÉZ BRAVO, Jorge Manuel. **Educación en Derechos Humanos**: una propuesta para educar desde la perspectiva controversial. Ciudad de México: Comisión de DDHH del Distrito Federal, 2015.

imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v.g., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño, estipulado en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la cual, a su vez, ha fomentado una visión holística e integral de los derechos humanos (Voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 53).

En este precedente jurídico la respuesta de la Corte IDH se encamina a estructurar el contenido ambiguo de la materia y contribuir a la construcción de consensos en torno de los problemas que afectan a los derechos del niño en el marco del SIDH, adquiriendo luego un mayor desarrollo en la jurisprudencia contenciosa del Tribunal. Por ello, resulta necesario que los derechos del niño como disciplina especializada en el campo del derecho continúe cuestionándose sobre los problemas particulares que afectan a este grupo de personas. Es decir, una disciplina que se pregunte acerca de la situación de los niños como sujetos de derecho, sobre las características especiales de sus portadores, los problemas para el reconocimiento y garantía de esos derechos, y otros asuntos que puedan contribuir al desarrollo de la materia y no se restrinjan apenas a una cuestión meramente regulativa o legislativa.

En el SIDH ha sido la Corte IDH la que ha abordado algunas de estas problemáticas a través de su jurisprudencia, a fin de desarrollar el contenido de conceptos ambiguos o problemáticos, o bien, precisar el contenido y alcance de las normas mediante la interpretación. Así por ejemplo, en cuanto a la denominación del sujeto protegido, si bien las normas que integran el SIDH no ofrecen una definición precisa sobre el concepto “niño”, la Corte IDH por medio de su jurisprudencia consideró necesario incluir un instrumento ajeno al SIDH para delimitar el contenido del mismo. De acuerdo con la Corte IDH (1999, párr. 188):

El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como “niño”. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad [...]

De esta manera el Tribunal, desde la sentencia del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” pasó a adoptar la definición de niño contenida en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), instrumento normativo del Sistema Universal de Derechos Humanos, y con ello además las limitaciones que trae consigo dicha delimitación conceptual. Sobre este último, según Beloff (2013, p. 85-86), la definición de la CDN plantea dificultades tales como: “¿cuándo se comienza a ser niño?” y “¿cuándo un adolescente se convierte en adulto?”.

Igualmente, la norma de la CDN reduce la definición de “niño” a la edad del sujeto protegido, sin considerar las condiciones particulares de cada niño, niña o adolescente, así como las diferentes situaciones en que se pueden encontrar. Al respecto, en el caso “Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela”, la Corte IDH (2014b, párr. 173) señaló que el concepto de niño conforme a la edad, adquiere algunas variantes debido a los problemas que se pueden suscitar en cada caso:

En este sentido, la Corte considera que **en caso de ser necesario requerir identificar y determinar la edad de una persona, especialmente un posible menor de edad, el Estado, a través de sus autoridades competentes en la materia, debe realizar de oficio las acciones pertinentes para acreditar fehaciente la minoría de edad, a través de una evaluación con criterios científicos**, teniendo en cuenta la apariencia física (características somáticas y morfológicas) y la madurez psicológica, realizada de forma segura, respetuosa y con consideraciones de género e impactos diferenciados. En caso que no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, se debe otorgar “al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal” (destacado agregado).

Además de la definición del concepto de “niño” adoptada en la OC-17, el Tribunal fue llamado a responder otra cuestión similar, esta vez en torno al alcance y relación entre los términos “niño” y “menor”, tal vez debido al contexto histórico que se vivía en la región durante el proceso de adopción de las nuevas leyes para las personas menores de edad y la “carga negativa” que podría traer consigo la expresión “menor”¹⁴. Al respecto, la Corte IDH (2002, párr. 40) sostuvo que:

La Corte no entrará a considerar en este momento las implicaciones de las diversas expresiones con que se designa a los integrantes de la población menor de 18 años. En algunos de los planteamientos formulados por los participantes en el procedimiento correspondiente a esta Opinión, se hizo notar la diferencia que existe entre el niño y el menor de edad, desde ciertas perspectivas. Para los fines que persigue esta Opinión Consultiva, es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años (destacado agregado).

De esta manera se tiene una situación en que el Tribunal decidió adoptar una definición un poco más precisa, a partir de un instrumento jurídico especializado en materia de derecho del niño, para intentar superar la ambigüedad de un concepto —niño— a pesar de las

¹⁴ Cfr. GIORGI, Víctor. Entre el control tutelar y la producción de ciudadanía. Aportes de la Psicología Comunitaria a las políticas de infancia. In: SÁNCHEZ, A.; ALFARA, J.; ZAMBRANO, A. (org.). **Psicología comunitaria y políticas sociales: reflexiones y experiencias**. Buenos Aires: Paidós, 2012, p. 201-225; BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. In: GARCÍA MÉNDEZ, E.; BELOFF, M. (org.). **Infancia, Ley y Democracia en América Latina: análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)**. Bogotá: Temis-Depalma, 1998, p. 21-40.

dificultades que traía consigo. Así como también, una situación en que el Tribunal optó por dejar de lado una cuestión relacionada a la distinción semántica de términos o expresiones — niño y menor— frecuentemente utilizados para designar a un grupo de personas.

Por otro lado, además de la denominación para el sujeto protegido, otra cuestión que suscita dificultades devenidas de la ambigüedad en materia de derechos de niño guarda relación con las características especiales de sus portadores, específicamente, para el ejercicio de derechos por parte de las personas menores de edad. Al respecto, la Corte IDH (2011a, párr. 129) determinó en la sentencia del caso “Gelman vs. Uruguay” que:

[...] En el caso de los niños y niñas, **si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal**, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad (destacado agregado).

De modo similar fue expresado por la Corte IDH (2012a, párr. 68) en la sentencia el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, y agregó que:

Evidentemente, **hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño**. Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia realizada según lo dispuesto en la mencionada Resolución [...] se tuvo en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad y, por tanto, podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una (destacado agregado).

Conforme estos casos, puede ser inferido que la autonomía progresiva para el ejercicio de derechos es considerada en función de la edad y el grado de madurez de los titulares de derechos. Es decir, el ejercicio progresivo de derechos según la evolución de sus facultades implica que los niños, niñas y adolescentes adquieren capacidad para ejercer sus derechos a medida que se desarrollan. Por ello, el Tribunal considera necesario analizar cada caso particular para determinar el nivel de desarrollo de los mismos. Igualmente, este desarrollo está íntimamente ligado a la madurez y el aprendizaje, a través del cual los niños adquieren progresivamente conocimientos, habilidades y comprensión de sus derechos, cuya responsabilidad corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado, a fin de cuidar y orientar constantemente a los mismos para que puedan ejercer sus derechos de forma plena¹⁵.

¹⁵ Cfr. RUIZ DÍAZ ARCE, Sergio. O exercício progressivo dos direitos da criança: as premissas da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob a perspectiva dos acordos argumentativos propostos por Perelman e Olbrechts-Tyteca. **Revista Mural Internacional**, v. 11, e48101, 2020.

Según el Tribunal, dentro de un proceso judicial el ejercicio de derechos implica considerar la participación de las niñas, niños y adolescentes en todas las situaciones en las que sus derechos se vean afectados, además de velar por su interés superior. Al respecto, la Corte IDH (2012c, párr. 230) sostuvo en el caso “Furlan y Familiares vs. Argentina” que:

[...] Igualmente, el Tribunal recuerda que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad.

En este sentido, la ambigüedad o la indeterminación de conceptos relevantes en materia de derechos humanos de los niños dentro del SIDH ha desplegado un esfuerzo interpretativo de las normas que componen el SIDH por parte del Tribunal, así como la integración de instrumentos jurídicos normativos de otros sistemas de derechos humanos para intentar ofrecer respuestas a los problemas planteados en los casos contenciosos. No obstante, resulta importante destacar que las respuestas dadas ante la ambigüedad de conceptos se caracterizan por ser temporales, incompletas, flexibles, y por ello, susceptibles a nuevas interpretaciones y redefiniciones de conceptos conforme a las situaciones concretas que se presentan en cada caso. Por tanto, la ambigüedad de las normas de derechos humanos, indeterminadas en abstracto, permite que los conceptos específicos puedan ser constantemente actualizados, revisados y adaptables por medio de situaciones o problemas concretos en la cuales se tornan determinables.

1.2 Adecuación normativa

Aunque la ambigüedad en la noción de derechos humanos no ha representado inconvenientes, a *prima facie*, para su incorporación a las legislaciones nacionales, se ha convertido en cambio en un enorme desafío para la reestructuración de los sistemas nacionales de protección en derechos humanos. Este diseño requiere, entre otros aspectos, una adecuación de toda la infraestructura del Estado que incluya a las instituciones, los tipos de servicios ofrecidos y los agentes públicos encargados de administrarlos. Estos escenarios se tornan aún más complejos cuando se trata de derechos humanos de grupos en situación de especial vulnerabilidad, tales como: comunidades indígenas, comunidades afrodescendientes,

comunidad LGBTQIA+, mujeres, personas con discapacidad, personas migrantes, niñez y adolescencia, entre otras.

En cuanto a la regulación de los derechos del niño en el Sistema Universal de Derechos Humanos, esta tiene como principales antecedentes a la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924)¹⁶, algunos instrumentos aprobados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁷, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)¹⁸, la Declaración de los Derechos del Niño (1959)¹⁹, la CDN (1989) y sus tres protocolos facultativos: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²⁰; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados²¹ y; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones²². Por su parte, en el SIDH, si bien no se cuenta con un instrumento específico en materia de derechos del niño, es mencionado en la

¹⁶ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño**, adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. Posteriormente, esta declaración pasa a ser incluida dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Res. 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

¹⁷ Se destacan principalmente: Convenio por el que se fija la Edad Mínima de Admisión de los Niños a los Trabajos Industriales (1919); Convenio sobre el Trabajo Nocturno de los Menores en Industrias (1919); Convenio relativo al Empleo de las Mujeres Antes y Después del Parto (1919); Convenio sobre la Edad Mínima en el Trabajo Marítimo (1920); Convenio relativo al Examen Médico Obligatorio de los Menores Empleados a bordo de los buques (1922); Convenio por el que se fija la Edad Mínima de Admisión de los Niños al Trabajo Marítimo (1936). Posteriormente, es aprobado el Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo (1973), y en el año 2000 el Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su eliminación.

¹⁸ Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 217 (III) de 10 de diciembre de 1948, señala en su artículo 25.2: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. En el ámbito de la Naciones Unidas se tiene además, la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado (1974) y la Declaración sobre los Principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986).

¹⁹ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Declaración de los Derechos del Niño**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.

²⁰ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía**, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 54/263 el 25 de mayo de 2000. Este Protocolo entró en vigor el 18 de enero de 2002.

²¹ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados**, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 54/263 el 25 de mayo de 2000. Este Protocolo entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

²² Cfr. NACIONES UNIDAS. **Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones**, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 66/168 el 27 de enero de 2012. Este Protocolo entró en vigor el 14 de abril de 2014.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)²³, y principalmente, en la CADH (1969) en su artículo 19²⁴.

No obstante, cabe destacar que ningún instrumento jurídico ha tenido el alcance y la trascendencia de la CDN, aprobada apenas a finales de los años noventa. Este último tal vez haya sido uno de los motivos por los cuales en Latinoamérica se ha sostenido que con el advenimiento de la CDN y su incorporación a las legislaciones nacionales se ha producido “[...] una transición del sistema tutelar represivo al de responsabilidad garantista en relación con los niños y adolescentes” (CAMPOS GARCÍA, 2009, p. 352). La misma es entendida por buena parte de la literatura regional como un “cambio de paradigma” o la adopción de un nuevo paradigma —doctrina de la protección integral—, la cual se presenta en contraposición al antiguo paradigma o doctrina de la situación irregular²⁵. Para esta última, “el menor no era (y no es) otra cosa que un niño o una niña que se encuentra en una situación irregular que amerita la intervención estatal para brindarle una protección que se desliza rápidamente al control social” (GIORGI, 2012, p. 205). Asimismo, “este sistema considera a los niños y adolescentes como objeto de tutela, no así como sujetos de derechos, lo que relativiza la vigencia de los derechos, pues no se contemplaba que éstos fueran aplicables a este grupo de personas” (CAMPOS GARCÍA, 2009, p. 356).

²³ Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, señala en sus artículos VII: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”; y XXX: “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”.

²⁴ Al respecto, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, reza en su artículo 16: “Derecho de la Niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

²⁵ Cfr. GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; GARCÍA MENDEZ, Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, Londrina, n. 8, 2013, p. 1-22, 2013; GARCÍA CAMPOS, Shirley. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. **Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, v. 50, p. 351-377, 2009; LOPES, Ana Maria D’Ávila; FREIRE, J. L. Os avanços da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos após a opinião consultiva n. 17/2002. In: SILVEIRA, V.; DIAS, J.; LOPES, A. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 297-311; GIORGI, Víctor. Entre el control tutelar y la producción de ciudadanía. Aportes de la Psicología Comunitaria a las políticas de infancia. In: SÁNCHEZ, A.; ALFARA, J.; ZAMBRANO, A. (org.). **Psicología comunitaria y políticas sociales: reflexiones y experiencias**. Buenos Aires: Paidós, 2012, p. 201-225; GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. ¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina. In: PÉREZ CONTRERAS, M.; MACÍAS VÁZQUEZ, M. (org.). **Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes. Colección Publicación electrónica**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 35-48.

Sin embargo, Beloff (2018) considera que esta “traducción latinoamericana” consistió apenas en caracterizar a la CDN como una ruptura radical con toda norma o práctica anterior a la misma, y por tanto, se centró en la realización reformas legales con el objetivo obtener cambios sociales para la infancia. Al respecto, dicha traducción implicó:

a) por un lado, que se presentara a la Convención sobre los Derechos del Niño en confrontación absoluta con cualquier ley, concepción o experiencia anterior referida a la protección de los niños, característica que llamaré “falacia de la ruptura”; b) por otro lado, implicó que se redujera la discusión respecto de la implementación del Derecho internacional de los derechos humanos (sobre todo, de la Convención sobre los Derechos del Niño): b') a una cuestión de reformas legales, lo que condujo a soslayar los aspectos referidos a las transformaciones institucionales, económicas, sociales, etcétera, necesarias para implementar debidamente un tratado y para lograr los cambios esperados (aspecto que llamaré “reduccionismo legal”); y b") a concentrar las discusiones sobre los derechos del niño en los temas relacionados con la justicia juvenil, lo que reprodujo la lógica del pensamiento penal que siempre presenta al cambio legal como una solución mágica para enfrentar serios problemas sociales (aspectos que denominaré “reduccionismo penal”) (BELOFF, 2018, p. 52).

Ahora bien, más allá de la tensión entre los denominados “paradigmas”²⁶ —cambio, transición o ruptura— o del uso dado a este concepto en la región, inclusive para su abordaje desde un punto de vista didáctico, puede afirmarse que el impacto de la CDN en la región ha representado un acontecimiento histórico, social y jurídico innegable. En consecuencia, este conjunto de normas proveniente del sistema universal de derechos humanos consiguió que tanto el SIDH como los ordenamientos jurídicos nacionales adoptaran un discurso común acerca de los derechos humanos del niño. Entre ellas, a no establecer diferencias en la condición de persona sujeto de derechos que poseen los adultos y los nuevos sujetos de derechos, suponiendo así una idea de igualdad jurídica. Es decir, todas las personas son destinatarias de normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos, lo que también implica igualdad de derechos ante la ley. En ese sentido la Corte IDH (2002, párr. 54) señaló que:

[l]os niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Por tal motivo, y como una manera de armonizar todos los instrumentos jurídicos de protección de los derechos del niño en el ámbito interamericano, la Corte IDH ha afirmado reiteradamente que, tanto la CADH, la CDN y los demás instrumentos de protección de

²⁶ Cfr. KUHN, Thomas. **La estructura de las Revoluciones Científicas**. Traducción: Agustín Contin. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004. Título original: *The structure of scientific revolutions*, 1962.

derechos humanos de los niños forman parte de un *corpus juris* internacional de protección especial que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la CADH. En la sentencia del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, donde la Corte IDH (1999, párr. 194) interpretó por primera vez el artículo 19 de la CADH, había señalado que:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana²⁷.

De este modo, el Tribunal por medio de su jurisprudencia ha ido consolidando a lo largo de los años este denominado amplio *corpus juris* de derechos humanos del niño, a fin de garantizar la protección de los mismos y delimitar la responsabilidad de los Estados por las violaciones cometidas contra estos²⁸. Asimismo, la noción de *corpus juris* es utilizado por el Tribunal para precisar el alcance de las medidas de protección a las que se hace referencia en el artículo 19 de la CADH, atendiendo a la interpretación dinámica que debe darse a esta norma, es decir, “que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (CORTE IDH, 2002, párr 28).

La idea del *corpus juris* ha sido también utilizada para incorporar los principios generales de la CDN en el SIDH, y por consiguiente en las decisiones del Tribunal. Al respecto, la Corte IDH (2014, párr. 69) ha señalado que:

Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

²⁷ En ese mismo sentido la Corte IDH (2002, párr. 24) se refirió en la OC-17, así como varias de sus sentencias posteriores. Cfr. CORTE IDH. **Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004 (b). Serie C No. 110, párr. 166 y 167; *Idem*. **Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010 (a). Serie C No. 212, párr. 165; *Idem*. **Caso Fornerón e Hija vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 (b). Serie C No. 242, párr. 137; *Idem*. **Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (f). Serie C No. 250, párr. 142.

²⁸ Cfr. CORTE IDH. **Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 18.

Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal ha recurrido a varios otros instrumentos de protección de los derechos humanos para incorporar a su jurisprudencia, como por ejemplo: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)²⁹, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)³⁰, Regla de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad³¹, y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)³² en relación a la justicia penal en niños y adolescentes; Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales³³, Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra para la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional³⁴, en relación a la protección de niños en el marco de un conflicto armado; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)³⁵ y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)³⁶, en relación a la violencia de género; Convención para Reducir los Casos de Apatridia³⁷, para la protección de la población migrante; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad³⁸, y

²⁹ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)**, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

³⁰ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)**, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

³¹ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad**, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

³² Cfr. NACIONES UNIDAS. **Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)**, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

³³ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales**, 1977.

³⁴ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional**, 1977.

³⁵ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)**. Adoptada por la Resolución n. 34/180 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979; entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

³⁶ Cfr. OEA. **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)**. Adoptada el 9 de junio de 1994; entrada en vigor el 5 de marzo de 1995.

³⁷ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Convención para Reducir los Casos de Apatridia**. Adoptada por una Conferencia de Ministros Plenipotenciarios el 30 de agosto de 1961, en cumplimiento de la Resolución 896 (IX) de la Asamblea General de la ONU, de 4 de diciembre de 1954. Entró en vigor el 13 de diciembre de 1975.

³⁸ Cfr. OEA. **Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad**. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999. Entrada en vigor el 14 de septiembre de 2001.

la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁹, para la protección de las personas con discapacidad, entre otros⁴⁰.

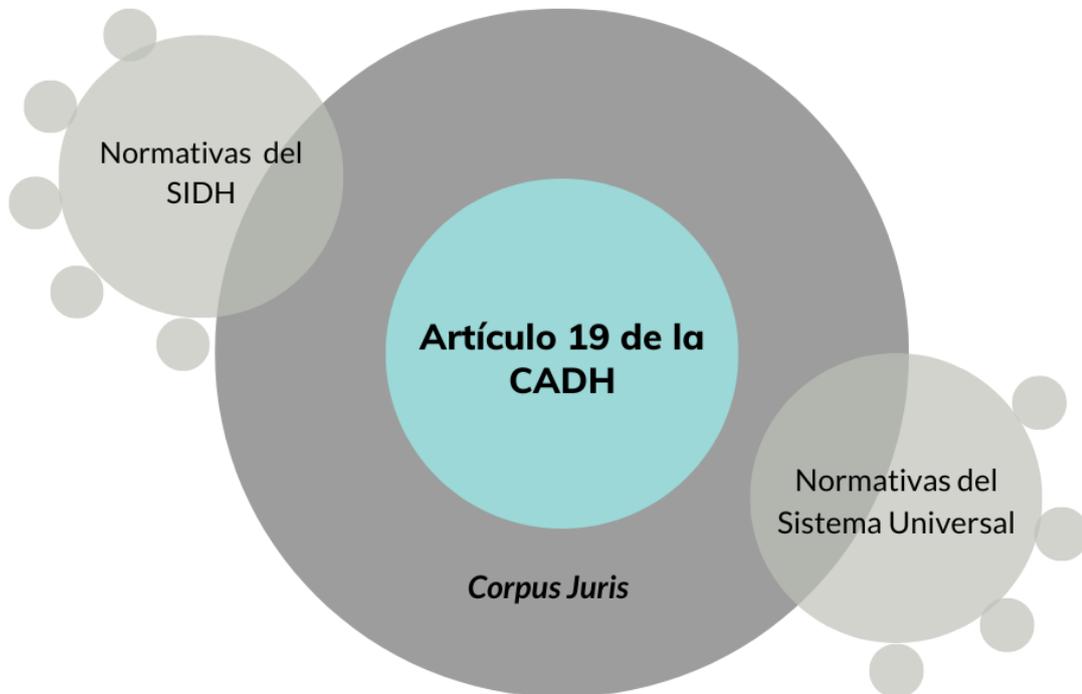
Además, son incluidos dentro de este cuerpo normativo de derechos humanos las interpretaciones que realiza el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre los instrumentos normativos del sistema universal, cuyas Observaciones Generales son frecuentemente utilizadas en la jurisprudencia de la Corte IDH, así como también, las interpretaciones de esta última y de la CIDH en el ámbito del SIDH.

De todo lo anterior, es posible inferir como la Corte IDH ha ido configurando a través de su jurisprudencia un *corpus juris* de protección específico para los derechos del niño dentro del SIDH, que incluye un amplio conjunto de normas, tanto del sistema universal como del sistema interamericano, a los efectos de abordar una amplia gama de problemas específicos para garantizar la protección de la niñez y la adolescencia en la región. En este sentido, la adecuación normativa realizada por el Tribunal para el desarrollo de un amplio *corpus juris* de protección, a partir del artículo 19 de la CADH como norma central, ha permitido un mayor despliegue de cada uno de los derechos del niño y en consecuencia un abordaje más adecuado de los problemas que se presentan en los casos concretos. Es decir, la construcción del *corpus juris* de los derechos del niño dentro del SIDH a partir del amplio espectro del artículo 19 se produce dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, donde continúa desarrollándose de forma dinámica y permaneciendo abierta ante nuevas situaciones.

³⁹ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para la protección de las personas con discapacidad**. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 61/106 de 13 de diciembre de 2006. Entrada en vigencia el 3 de mayo de 2008.

⁴⁰ Cfr. NACIONES UNIDAS. **Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85, 3 de diciembre de 1986; OEA. **Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores**, adoptada en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en La Paz (Bolivia) el 24 de mayo de 1984. Esta Convención entró en vigor el 26 de mayo de 1988; OEA. **Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias**, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989. Esta Convención entró en vigor el 3 de junio de 1996; OEA. Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, adoptado por la Asamblea General el 29 de mayo de 1993; OEA. **Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores**, aprobada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989. Esta Convención entró en vigor el 4 de noviembre de 1994; OEA. **Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores**, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en México el 18 de marzo de 1994. Esta Convención entró en vigor el 15 de agosto de 1997.

Figura 1 - Espectro de alcance del artículo 19 de la CADH



Fuente: elaboración del autor

1.3 La responsabilidad del Estado en la protección de derechos

El tercer nudo crítico hace referencia al rol del Estado en la protección de los derechos humanos, que a su vez guarda estrecha ligación con el aspecto anteriormente descrito. De este modo, además de la adecuación normativa y los desafíos para la construcción de un sistema de protección de derechos humanos, a ella se suma la responsabilidad del Estado ante violaciones de derechos humanos que afectan a niños, niñas y adolescentes. A partir de allí, se indagará brevemente sobre la relación del Estado con este grupo de personas —reconocimiento de derechos y límites de la responsabilidad estatal ante la situación de vulnerabilidad absoluta—, para luego identificar los casos de violación de derechos humanos contra los mismos.

En ese contexto, un aspecto que puede ser mencionado es la disociación existente entre el derecho y la realidad social de los niños, niñas y adolescentes en la región, cuyo reconocimiento jurídico como sujeto de derecho no ha sido acompañado por una transformación en el rol del Estado. Es decir, el conjunto de normas de protección de derechos humanos no han sido correctamente adecuados para construir sistemas nacionales de protección que garanticen

el efectivo cumplimiento de derechos, como por ejemplo, a través de la elaboración e implementación de políticas públicas para mejorar las condiciones vida de los mismos, o de mecanismos institucionales más efectivos mejorar el sistema de justicia penal para personas menores de dieciocho años. En este sentido, Habermas (2010, p. 120) se refiere a la utopía realista de los derechos humanos:

La tensión entre idea y realidad, que con la positivación de los derechos humanos irrumpe en la misma realidad, nos sitúa hoy frente al desafío de pensar y actuar de forma realista sin traicionar el impulso utópico. Esta ambivalencia nos lleva con demasiada facilidad a la tentación, bien de tomar partido de manera idealista, pero sin comprometerse, por los desbordantes contenidos morales, bien de adoptar la pose cínica de los llamados “realistas”.

Es decir, no basta con limitarse simplemente a enunciar las bondades que conlleva alcanzar la felicidad en nuestras sociedades democráticas, sino que se requiere además, llevar adelante procesos de construcción hacia sociedades más justas, por medio del compromiso mutuo entre los Estados y sus instituciones. Puede decirse entonces que, el Estado como garante de derechos humanos debe asumir un rol protagónico para lograr la efectividad de los derechos humanos.

Como fue mencionado anteriormente, en el SIDH la función de protección que tiene el Estado para garantizar los derechos del niño se encuentra consagrada en el artículo 19 de la CADH —respuesta del ordenamiento jurídico interamericano—, que constituye a su vez el punto de tensión en esta relación. La misma puede ser caracterizada por la situación de radical vulnerabilidad o vulnerabilidad absoluta en que se encuentra el sujeto protegido, cuya respuesta debe ser dada por la necesidad imperiosa de adoptar medidas de protección por parte del Estado, colocando a este último como garante de carácter reforzado para tomar una serie de medidas distintas dirigidas a este grupo de personas⁴¹.

De acuerdo con Garzón Valdés (1994, p. 737-738):

Existen vulnerabilidades absolutas y relativas: en las relativas, quien se encuentra en situación de vulnerabilidad puede, si se eliminan condiciones marco de explotación o discriminación, adquirir y conservar los bienes que le importan. La o las personas vulnerables reclaman en estos casos la eliminación de la opresión. Su incapacidad es relativa.

En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda. Por ello es que los casos de vulnerabilidad absoluta son los casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los

⁴¹ Cfr. ORTEGA SORIANO, Ricardo. **Estándares para niñas, niños y adolescentes**. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no sólo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas.

Pero, a diferencia de otras incapacidades básicas, la de los niños es naturalmente superable con el mero transcurso del tiempo: cuando se deja de ser niño se puede pasar a la condición de capaz básico o de incapaz relativo. Hasta qué punto ello puede lograrse depende, en no poca medida, de la forma como hayan sido atendidas sus necesidades durante un determinado período de sus vidas.

Por tanto, el paternalismo jurídico ejercido sobre la infancia y los límites al poder estatal, necesitan ser debidamente delimitados y justificados, así como también, las medidas de protección a ser aplicadas a fin de evitar que el Estado, responsable de garantizar los derechos del niño, cometa violaciones de derechos humanos contra los mismos⁴². Si bien varias premisas pueden ser consideradas para llevar adelante un análisis más profundo en cuanto a la responsabilidad del Estado con los derechos del niño, la cual no depende exclusivamente de las reformas legales que puedan ser adoptadas, para los fines de esta investigación resulta adecuado ilustrar a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH las violaciones de derechos humanos cometidas contra las personas menores de edad en el marco del SIDH. Esto porque se considera que las respuestas de la Corte IDH ante casos de vulneraciones de derechos a niños, niñas y adolescentes han permitido elaborar una estructura jurisprudencial sobre derechos del niño dentro del SIDH.

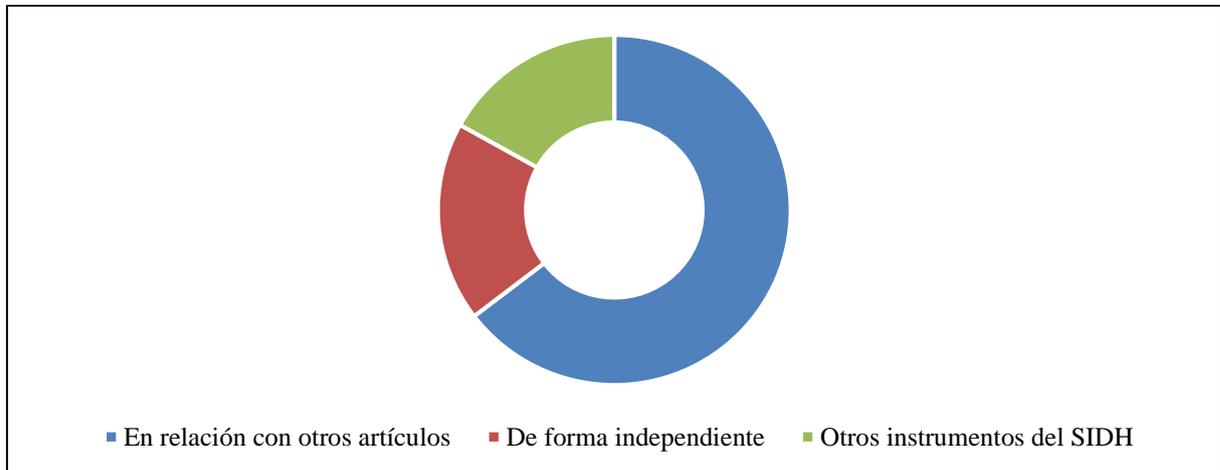
Al respecto, hasta finales del año 2021 fueron identificados 54 casos en que el Tribunal condenó a los Estados por violación del artículo 19 de la CADH, relativo a derechos del niño. Sin embargo, debido al espectro de alcance que posee este artículo a partir del desarrollo de su denominado *corpus juris* de protección de los derechos del niño, se observa que el Tribunal resuelve en sus sentencias de dos modos distintos: condenando a los Estados por la violación del artículo 19 de la CADH de forma independiente, o condenando a los Estados por violación del artículo 19 de la CADH en relación con otros artículos de la misma Convención, en ocasiones inclusive, con otros instrumentos de derechos humanos del SIDH.

De esta manera se tiene que, al determinar la responsabilidad estatal, en algunos casos la Corte IDH utiliza el artículo 19 de la CADH de forma independiente (12), mientras que en otros casos la citada norma está relacionada con otros artículos de la CADH (42) y adicionalmente con otros instrumentos del SIDH (Convención Interamericana sobre

⁴² Cfr. GONZALEZ CONTRÓ, Mónica. Paternalismo justificado y derechos del niño. **Revista Isonomía**, Ciudad de México, n. 25, p. 103-135, 2006.

Desaparición Forzada de Personas: 6; Convención de Belém do Pará: 3; y Protocolo de San Salvador: 2).

Gráfico 1 - Distribución de casos sobre violación del artículo 19 de la CADH (1999-2021)



Fuente: elaboración del autor

De este modo, en el análisis de la jurisprudencia contenciosa del Tribunal, pueden ser distinguidos casos como “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, en que la Corte IDH declara violaciones directas del artículo 19 de la CADH, y con otros en que, siguiendo el modelo de la sentencia del caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, utiliza el citado artículo para precisar el alcance de violaciones a otros derechos de la CADH cuando las víctimas son personas menores de edad, incluyendo a veces los derechos no contemplados expresamente en la CADH pero que forman parte del denominado *corpus juris* de derechos del niño.

Así por ejemplo, en la sentencia del caso “Gelman vs. Uruguay”, la Corte IDH se refiere a las medidas de protección señaladas en el artículo 19 de la CADH, para luego relacionarlas con otros artículos de la CADH y estas a su vez con normas de la CDN, a fin de precisar su alcance en el caso particular.

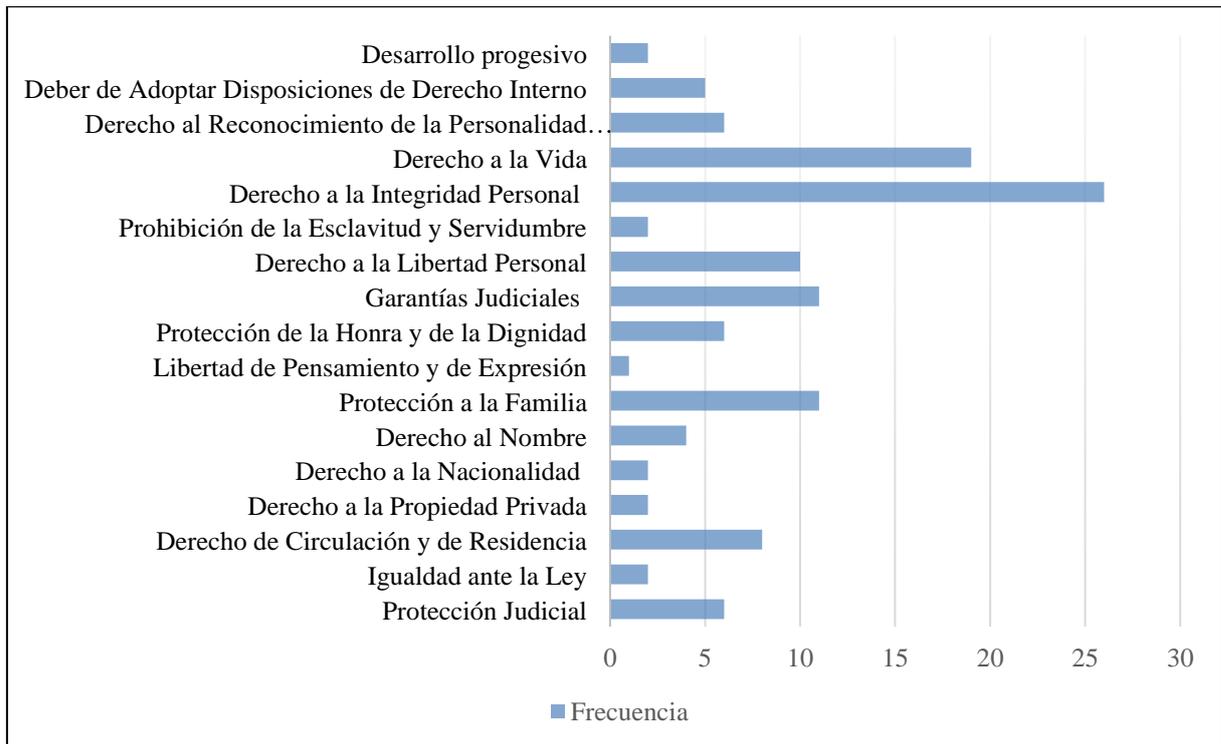
[...] A su vez, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CORTE IDH, 2011a, párr. 121).

De esta manera, el Tribunal estableció en este caso particular la obligación de protección del derecho a la identidad de una niña por parte del Estado, en base a lo dispuesto en el artículo

8 de la CDN, a pesar de que este derecho no se encuentre expresamente contemplado en la CADH. Es decir, el Tribunal incorporó en su razonamiento la CDN a fin de precisar el alcance de las vulneraciones de derechos contra niños, niñas y adolescentes, así como también, establecer las obligaciones estatales derivadas de ese deber de protección, determinar el alcance de las obligaciones de reparación y la garantía de no repetición de hechos lesivos.

En cuanto a la incorporación de otros instrumentos del SIDH, se puede mencionar el caso “González Lluy y otros vs. Ecuador”, en que la Corte IDH (2015a, párr. 291) consideró la violación del “derecho a la educación contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador en relación con los artículos 19 y 1.1 de la CADH”, y en sentido similar en la sentencia del caso “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”. En este último caso, el Tribunal también relacionó el citado artículo con la Convención de Belém do Pará, al igual que en los casos “Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, y “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”. De la misma manera, el Tribunal también condenó a los Estados en relación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en los casos: “Tiu Tojín vs. Guatemala”, “Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala”, “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, “Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú”, y “Vereda La Esperanza vs. Colombia”, entre otras.

Asimismo, en cuanto a la vulneración de normas de la CADH relacionados con el artículo 19 de la misma, fueron identificados en la jurisprudencia del Tribunal los siguientes artículos: Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (artículo 2), Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica (artículo 3), Derecho a la Vida (artículo 4), Derecho a la Integridad Personal (artículo 5), Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre (artículo 6), Derecho a la Libertad Personal (artículo 7), Garantías Judiciales (artículo 8), Protección de la Honra y de la Dignidad (artículo 11), Libertad de Pensamiento y de Expresión (artículo 13), Protección a la Familia (artículo 17), Derecho al Nombre (artículo 18), Derecho a la Nacionalidad (artículo 20), Derecho a la Propiedad Privada (artículo 21), Derecho de Circulación y de Residencia (artículo 22), Igualdad ante la Ley (artículo 24), Protección Judicial (artículo 25).

Gráfico 2 - Relación del artículo 19 con otros artículos de la CADH

Fuente: elaboración del autor

Conforme esta relación del artículo 19 con otros artículos de la CADH, es posible además identificar las vulneraciones de derechos específicos en relación a niños, niñas y adolescentes en el ámbito del SIDH, y por consiguiente, los casos en la jurisprudencia del Tribunal para determinar el alcance de estos derechos cuando afecta a este grupo de personas. Así por ejemplo, en cuanto al derecho a la vida y las garantías judiciales, el Tribunal señaló en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” que:

En materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión (CORTE IDH, 2004c, párr. 160).

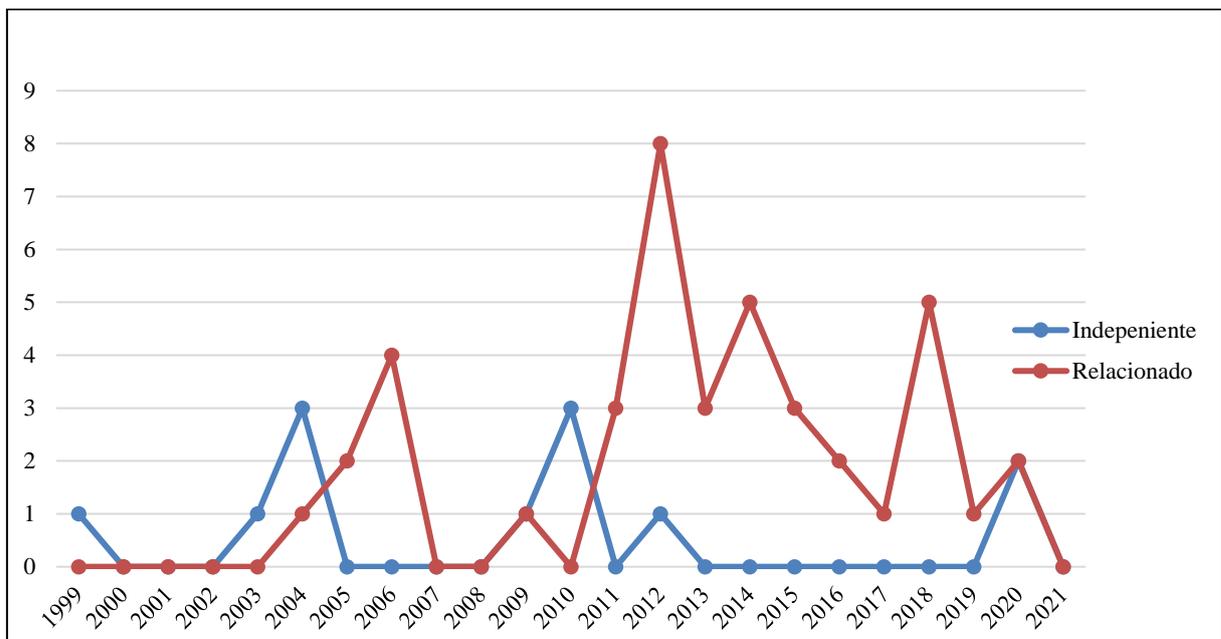
[...] las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los

que se discuta algún derecho de un niño¹⁸⁰. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (CORTE IDH, 2004c, párr. 209).

Se tiene entonces que, las obligaciones emanadas del artículo 19 de la CADH pueden también ser determinadas de acuerdo a las obligaciones que tienen los Estados a partir de un conjunto de normas relativas a la protección de los derechos humanos en general, o específica sobre los derechos del niño. En consecuencia, las obligaciones derivadas del carácter genérico de esta norma central pasan a constituir una obligación general para los Estado en los mismos términos de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, y así determinar la responsabilidad del Estado.

De este modo, puede ser inferido una doble dimensión del artículo 19 de la CADH dentro de la jurisprudencia del Tribunal, en la cual se observa que, toda violación a una obligación contenida en la CADH respecto a un niño, niña o adolescente supone una violación al artículo 19 de la CADH; e igualmente que, el citado artículo puede ser utilizado para precisar el alcance de violaciones a otros derechos de la CADH cuando las víctimas son personas menores de edad.

Gráfico 3 - Frecuencia de casos en la forma de aplicación del artículo 19 de la CADH



Fuente: elaboración del autor

1.4 El contenido genérico y abstracto de los derechos del niño

Luego de describir cada uno de estos nudos considerados críticos, puede decirse que, la ambigüedad o indeterminación en la denominación de los derechos humanos no constituye un obstáculo para su comprensión y análisis, sin embargo, requiere que cada área de estudio — debido a su carácter interdisciplinar— identifique sus alcances en torno de la misma. Asimismo, aunque los derechos humanos han posibilitado que todos los individuos, sin discriminación alguna, sean destinatarios directos de estos derechos, la protección de los mismos no es apenas una preocupación de los Estados, sino de la comunidad internacional, de manera que, ni la soberanía de los Estados o el principio de no intervención en asuntos internos pueden amparar a un Estado cuando este comete violaciones de derechos humanos. Por ello, la protección de los derechos fundamentales por medio de normas internacionales constituye una herramienta importante para los ordenamientos jurídicos nacionales y en la afirmación de la condición jurídica de los sujetos de derecho. No obstante, la adopción de estas normas en los ordenamientos jurídicos internos y las reformas legales no deben agotar las discusiones en torno de esta problemática, que debe incluir además, un compromiso real y efectivo por parte de los Estados para la realización plena de los derechos humanos.

Si bien estos nudos mencionados no constituyen una enunciación taxativa, los mismos pueden resultar útiles para llevar adelante análisis acerca de problemáticas que afectan a los derechos humanos sobre diferentes temas, y en particular en el campo del derecho. Sobre este último, y en lo que se refiere a los derechos humanos del niño, considero necesario dar cuenta de los problemas que fueron identificados y los consensos establecidos, especialmente a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH.

De acuerdo con la descripción realizada pudo observarse que la estructura normativa de los derechos del niño dentro del SIDH se encuentra representada por una norma central, cuyo contenido se despliega y adquiere forma en la jurisprudencia de la Corte IDH. De este modo, el artículo 19 de la CADH, indeterminado en abstracto pero determinado en concreto, constituye la norma base para la protección de este conjunto de derechos, tal como acontece con las normas de derecho fundamental que poseen un carácter estructuralmente general y abierto.

En este sentido, la jurisprudencia, entendida como “un procedimiento especial de discusión de problemas, que, en cuanto tal, es objeto de la ciencia del derecho” (VIEHWEG, 2007, p. 29), ha servido como herramienta para desarrollar el contenido de los conceptos sobre derechos del niño a los que se refiere la citada norma, a través de las respuestas a los problemas planteados en los casos contenciosos. Si bien las respuestas ofrecidas se caracterizan por ser

temporales, incompletas o ambiguas, esta condición también ha posibilitado que sean susceptibles a nuevas interpretaciones conforme las situaciones que pueden presentarse en cada uno de los casos particulares, y en consecuencia, constantemente revisados y actualizados por el Tribunal. Así también, la jurisprudencia del Tribunal ha construido un *corpus juris* de protección de los derechos del niño dentro del SIDH, a los efectos de delimitar con mayor precisión la responsabilidad de los Estados ante violaciones de derechos humanos, identificar las violaciones de derechos específicos y garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes en su sentido amplio.

Es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH en relación a los derechos del niño ha posibilitado: I. El desarrollo del contenido y los conceptos sobre derechos del niño, a partir de los problemas suscitados en los casos contenciosos, para la elaboración de acuerdos argumentativos en la materia; II. La elaboración de un amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño a partir de una norma central, y; III. La determinación de la responsabilidad estatal ante violaciones de derechos humanos contra niños, niñas y adolescentes, ya sean de modo general o específico.

Por otro lado, y conforme esta estructura desarrollada por la jurisprudencia, se hace posible además organizar el campo de estudio de nuestra disciplina jurídica, denominada derechos del niño, en el interior del SIDH a partir de un problema central —aporía—, y posteriormente, identificar preguntas alrededor de dicho problema. Si bien las respuestas a estas preguntas pueden estar en el derecho positivo, en este caso en el artículo 19 de la CADH, la jurisprudencia del Tribunal ha demostrado que para hallar soluciones a los problemas planteados en los casos contenciosos se requiere una constante revisión y actualización, tanto de la norma —amplio *corpus juris*—, pero sobre todo, de los conceptos o lugares comunes de la disciplina en cuestión.

Conforme la descripción realizada hasta aquí, es posible señalar que el problema central de nuestra disciplina —la situación de vulnerabilidad absoluta— se halla enmarcada por la “protección de los niños, niñas y adolescentes”, o bien, su “protección especializada”. Sin embargo, esta protección es a su vez la respuesta —parcial, temporal— dada por el ordenamiento jurídico interamericano, la cual trae consigo una serie de interrogantes como: ¿quiénes son y en qué situación se encuentran los destinatarios de estas medidas de protección?, ¿qué son las medidas de protección? y ¿por qué son necesarias estas medidas de protección?

A pesar de ello, la jurisprudencia del Tribunal se ha constituido como un lugar de permanente discusión, desarrollo de conceptos ligados al problema y la búsqueda constante de respuestas. Tanto es así, que ha brindado contenido a los derechos del niño en el SIDH como

disciplina especializada en el campo del derecho, que cuenta con un objeto de estudio y aborda una serie de problemas específicos. Por tanto, resulta adecuado indagar sobre su estructura argumentativa, identificando y admitiendo una serie de tópicos o conceptos ligados al problema de la materia y que se encuentran en su jurisprudencia, a fin de mantener una vinculación entre la disciplina y el problema para conservar la centralidad de esta última dentro de un sistema jurídico.

CAPÍTULO II

LA ESTRUCTURA DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA TÓPICA JURÍDICA

Luego de caracterizar la problemática que afecta a los derechos del niño en el ámbito del SIDH, resulta adecuado comprender la estructura del derecho como campo del conocimiento —ciencia del derecho—, y de ese modo, organizar posteriormente nuestra disciplina de estudio. Por tanto, y debido a que el objeto de estudio de esta investigación es el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, se advierte que la estructura propuesta aquí considera al derecho como una construcción argumentativa en constante movimiento y estrechamente vinculada al problema.

De ese modo, a partir de la descripción de cuestiones que afectan a nuestra disciplina en la jurisprudencia del Tribunal, es posible identificar en las argumentaciones producidas una serie de tópicos o puntos de vista utilizados como respuesta y que auxilian hacia una conclusión. Es decir, a través de una estructura argumentativa de preguntas y respuestas. Para ello es necesario comprender a la ciencia del derecho, o jurisprudencia en su amplio sentido, como dogmática jurídica, teoría del derecho y filosofía del derecho o investigación básica, según apunta el jurista y filósofo alemán Theodor Viehweg.

Para este autor, el ámbito del conocimiento es comprendido como un esquema de preguntas y respuestas, en que se puede otorgar mayor importancia a una u otra, y en el cual transitan una serie de *topoi* o lugares comunes. El énfasis en el lado de las preguntas o de las respuestas guarda relación con las formas de pensar que este autor identifica, conforme una distinción entre dogmática y cetética. Para los fines de esta investigación, dicha distinción será entendida como una forma de investigación filosófica o investigación fundamental.

2.1 Dogmática jurídica, teoría del derecho y filosofía del derecho

En un artículo publicado en el año 1960⁴³, el jurista y filósofo alemán Theodor Viehweg hace referencia a una ciencia del derecho completa que atienda su estrecha conexión entre dogmática jurídica, teoría del derecho y filosofía del derecho. De acuerdo con el mismo, toda sociedad que tiene intención de persistir en el tiempo crea y fija una opinión sobre lo que considera *justum*, y por tanto, una opinión jurídica fijada —dogma— es entendida como respuesta vinculante a una problemática social, con carácter obligatorio y racionalizable en alguna medida. Por tanto, la dogmática jurídica puede ser entendida como un esquema de pensamiento racionalizado.

En dicha estructura de pensamiento inmanente, para que se pueda dar respuesta a los problemas que se suscitan, se hace necesario uno o varios dogmas fundamentales conciliables entre sí y no verificables. Esto es así, porque los dogmas fundamentales deben servir como enunciados unificantes para el sostenimiento de una determinada dogmática, cuya estructura se origina y desaparece cuando los mismos pierden su fuerza fundamentadora —al tornarse oscuros, confusos, inseguros— y por consiguiente, dejan de cumplir su función social como opinión jurídica vinculante. Según Viehweg (1997, p. 17), el ejercicio responsable de la profesión del jurista se realiza “cultivando una dogmática jurídica casuística razonable”, que pueda ser, “lo suficientemente elástica y, por otra, lo suficientemente estable”.

En cuanto a la función de unificación que tienen los mencionados dogmas, este autor expresa que para poder realizarla es necesario que estos contengan —implícita o explícitamente⁴⁴— una teoría del derecho material como fundamentación última, es decir, una teoría que responda a la pregunta sobre lo que es y considera *justum* en un momento histórico determinado. Al respecto, Roesler (2013, p. 64) señala que para la legitimación de un sistema dogmático son necesarias y complementarias dos dimensiones: “el contenido que proviene de una ideología socialmente aceptada, y la forma del discurso aceptado como confiable en aquel momento histórico”.

Luego de enumerar varias teorías del derecho vigentes a lo largo del tiempo, Viehweg considera a la positivización de los derechos fundamentales en las constituciones escritas —

⁴³ Este artículo fue traducido en lengua castellana con el título “Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica”, y forma parte de la antología “Tópica y filosofía del derecho”, publicada por primera vez en 1991 y luego en 1997 (segunda edición).

⁴⁴ Cfr. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 18. A modo de ejemplo, nuestro autor señala que los juristas romanos clásicos —juristas prácticos cautelosos y dotados de gran autoridad social— ocultaban muy bien su verdadera teoría del derecho, mientras que por otro lado, la teoría del derecho de Tomás de Aquino se mostraba con toda claridad y en condiciones de aumentar considerablemente la racionalidad de la dogmática jurídica canónica y no canónica, al igual que la teoría del derecho marxista-leninista.

durante el siglo XX— como la teoría del derecho material contemporáneo. Por tanto, la teoría fundamental contenida en dichas constituciones escritas era puesta fuera de toda duda, constituyéndose así, en el marco extremo de la dogmática jurídica y válida para todo pensamiento jurídico-dogmático. Puede decirse entonces, que la dogmática jurídica se preocupa principalmente por cumplir su función social, es decir, la fundamentación de una teoría de base que contiene las opiniones fijadas. Sin embargo, y como señala Roesler (2013, p. 65), aunque queda resuelto lo que debe ser entendida como teoría de base, la praxis aún requiere una teoría dogmática de la interpretación, cuyo papel sería “indicar los textos que deben ser interpretados, a fin de que se encuentre la referida teoría de base” y que la interpretación no se torne interminable.

Por último, en cuanto a la filosofía del derecho, Viehweg apunta que esta cumple una doble función, primero, porque participa del surgimiento de una teoría del derecho —teoría fundamental— que luego posibilita una dogmática jurídica. Y segundo, porque después de haber surgido esa teoría del derecho —ahora dogmatizada— convierte a la misma en objeto de investigación⁴⁵. Cabe advertir que la teoría del derecho descrita hasta aquí o “teoría del derecho en el viejo sentido” —según denomina Viehweg— debe ser entendida en constante relación con la dogmática jurídica y la filosofía del derecho, como una cadena de conexión entre las mismas.

No obstante, nuestro autor también identifica una “teoría del derecho en el nuevo sentido”, cuya ligación con la dogmática y la filosofía del derecho se resumen en: una actitud escéptica ante el problema de justicia, que ya no ocupa un lugar central, y una preocupación por la estructura desde el punto de vista lógico-sociológico a partir de fenómenos jurídicos. Igualmente, esta requiere de un lenguaje científico, exacto y controlable, que permita un análisis estructural de los problemas⁴⁶. De este modo, debido a que la nueva teoría se entiende a sí misma como investigación independiente, su relación con la dogmática jurídica no está orientada a servir a la misma para ofrecerle un núcleo de dogmas firmes. Al contrario, cuando parte de los fenómenos jurídicos toma como objeto de investigación a la dogmática jurídica y su teoría del derecho en el viejo sentido, su objetivo es corregir las conceptualizaciones y eliminar inexactitudes lógicas, a fin de servir al abordaje científico propuesto.

Conforme las características presentadas sobre la teoría del derecho en el nuevo sentido, Viehweg sostiene que la misma es filosofía del derecho en sentido objetivo, a pesar de que esta no acepta tal denominación. Al respecto son señalados como motivos, la pretensión de seguir

⁴⁵ *Ibid.*, p. 21-22.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 22-23

filosofando aunque de una manera distinta de la que se venía haciendo, y por otro lado, el deseo de dejar de filosofar —abandonar la filosofía—, por considerarla una labor imposible de ser realizada. Este último, en consonancia con la posición de científicos especializados durante el siglo XIX y el positivismo jurídico que aspira a sustituir la investigación filosófica —ilimitada— por una investigación especializada —limitada—⁴⁷.

De este modo, la nueva filosofía del derecho en su campo de problemas cuestiona de forma radical —filosóficamente— y no establece determinados límites razonables, ya sea dentro de una investigación especializada —como por ejemplo la historia del derecho, la sociología del derecho, entre otras— o de una dogmática jurídica. No obstante, la investigación empírica que realiza parte de una descripción del fenómeno jurídico, otorga máxima importancia al uso controlable del lenguaje, se sirve de la semiótica y demuestra gran interés en la lógica científica expresada por la lógica matemática. A este tipo de esfuerzo científico en el campo del derecho, Viehweg (1964, p. 26) denomina investigación básica:

Pues la filosofía del derecho es la investigación básica de nuestra disciplina que acompaña, en permanente y recíproca complementación, a las investigaciones especializadas de la historia del derecho, la sociología del derecho y otras investigaciones, al igual que a la dogmática jurídica.

Con ello Viehweg considera que tanto en la antigua como en la nueva teoría, permanece la relación en cadena entre: dogmática jurídica, filosofía del derecho, y teoría del derecho⁴⁸. Aunque dicha ligación no resulta lo suficientemente clara, por el uso ambiguo de la expresión “teoría del derecho”⁴⁹, puede inferirse que, tanto en la nueva como en la antigua existe una teoría de base, así como una preocupación sobre la cuestión de justicia, en mayor o menor medida. Se tiene entonces, una dogmática jurídica que cuenta con una teoría de base, fijada por medio de una racionalización, y que es objeto de investigación filosófica o teoría del derecho en el nuevo sentido —investigación cetética—.

De acuerdo con Viehweg (1964, p. 27-28), para una “completa ciencia del derecho” es necesario mantener esa conexión recíproca entre los tres ámbitos señalados. Debido que una dogmática jurídica ajena a una teoría del derecho —unificante y obligatoria— caería en una arbitrariedad inescrutable y sincretista, igualmente que, una teoría del derecho aislada de una

⁴⁷ *Ibid.*, p. 26-27.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 26

⁴⁹ Para Roesler (2013, p. 77) dicha expresión puede ser entendida en un doble sentido, primero, una teoría que funciona como teoría de base de la dogmática jurídica, proporcionando dogmas fundamentales y siendo por tanto una ideología en sentido funcional; segundo, una teoría que pretende identificarse con la ciencia (en su sentido moderno), cuyo objetivo no consiste en proporcionar dogmas, sino en reforzar el “espíritu de la época”, funcionando así como teoría de base.

dogmática jurídica no podría desarrollarse por causa de su aislamiento de los problemas. Del mismo modo que, una teoría que se sustraiga del examen científico no podrá ofrecer a la dogmática jurídica una base cognoscitiva. De ahí que resulta indispensable que la teoría sea examinada por la investigación y la dogmática, conforme también es apuntado por Roesler (2013, p. 78):

[...] podemos entender que la dogmática es examinada por la investigación cetética, tanto de carácter filosófico como científico, que le proporciona premisas básicas y, al mismo tiempo, funciona como un correctivo permanente. La investigación cetética, a su vez, es dogmatizada y permanece en cuanto contenido, en el desarrollo interno tanto de la teoría de base cuanto de la dogmática jurídica propiamente dicha (*traducción nuestra*)⁵⁰.

2.2 La investigación básica o fundamental en el campo del derecho

En un artículo titulado “Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación fundamental”, publicado en lengua castellana en 1969⁵¹, Theodor Viehweg toma como punto de partida una preocupación sobre el conocimiento científico, principalmente, en las ciencias sociales para preguntarse sobre el futuro de las mismas y su relación con la sociedad. En el citado texto considera que una de las características de nuestra cultura técnica es la orientación hacia el futuro, es decir, que debe ser pensada en la continuación de su progreso y limitarse en su orientación hacia el pasado, en referencia al conocimiento histórico.

Se trata, por una parte, principalmente, de las **Ciencias de la Naturaleza** que, como consecuencia de su intención de dominio de la naturaleza se convirtieron en **Técnica** y en ese camino transformaron desde sus fundamentos la vieja sociedad pre-industrial, y por otra parte, de las **Ciencias Sociales**, las cuales tienen que ocuparse en una forma nueva con esta sociedad **fundamentalmente transformada**, y con su Progreso. (VIEHWEG, 1969, p. 4)

Viehweg relata brevemente que estas ciencias sociales fundadas a comienzos del siglo XIX aparecen como ciencias proyectoras de programas de reforma social, la cual no fue acompañada por el derecho debido a que esta última no realizó una verdadera integración con la nueva ciencia, llevándolas a transitar por diferentes caminos. En este sentido, sostiene que

⁵⁰ En el original: “[...] podemos entender que a dogmática é examinada pela investigação zetética, tanto de caráter filosófico quanto científico, que lhe fornece as premissas básicas e, ao mesmo tempo, funciona como um corretivo permanente. A investigação zetética, a seu turno, é dogmatizada e permanece enquanto conteúdo, no desenvolvimento interno tanto da teoria de base quanto da dogmática jurídica propiamente dita”.

⁵¹ Esta obra de Viehweg fue primeramente publicada en lengua castellana en la Revista “Cuadernos de Filosofía del Derecho” de la Universidad Central de Venezuela en 1969, traducido por Ricardo Aspúrua Ayala. Posteriormente, este trabajo pasó a formar parte de la antología “Tópica y filosofía del derecho”, publicada en 1991 y luego en 1997 (segunda edición).

en el derecho se implanta una concepción historicista que no aborda la investigación de ulteriores relaciones sociales y que más bien se limita a una actitud jurídico-dogmática que favorece a la separación del derecho de sus fundamentos sociales y filosóficos. Esta situación auspiciada por la Escuela Histórica del Derecho, provocó que a finales del siglo XIX la ciencia del derecho apareciese dividida en: historia del derecho y dogmática jurídica. De este modo, nuestro autor constata que la ciencia del derecho se fundamentaba exclusivamente sobre una doctrina de derecho racional, que había sido estructurada de forma restrictiva y orientada hacia el pasado, “[...] porque cuidaba y acentuaba especialmente sus fundamentos históricos, y era **restrictiva**, por cuanto la fuerza de su dogmática jurídica consistía en no reflejar relaciones sociales de largo alcance” (VIEHWEG, 1969, p. 8).

Ante este contexto de sociedad industrial o contemporánea, cabe preguntarse entonces sobre el lugar que ocupa la ciencia del conocimiento, es decir, su situación en la sociedad transformada. Para nuestro autor, en la ciencia del derecho, el camino a ser trazado para encontrar dicho lugar está dentro de la filosofía del derecho. Se puede afirmar entonces que, para Viehweg la filosofía del derecho se encuentra en la investigación fundamental, y por lo tanto, es responsable de la reconstrucción de una ciencia del derecho orientada hacia el futuro y de manera “no restrictiva”. Según Roesler (2013, p. 87) la expresión “no restrictiva” utilizada por el autor, hace referencia a que la nueva ciencia del derecho debe evitar el aislamiento propiciado por la preponderancia del enfoque dogmático ocurrido durante el siglo XIX, que dejó de lado las preguntas sobre su fundamentación y las condiciones sociales, políticas y económicas de la época.

De acuerdo con Viehweg, la filosofía del derecho como investigación básica o fundamental dentro de la ciencia del derecho aborda principalmente la problemática de esta ciencia desde su aspecto científico, pero sin dejar de lado o negar otros aspectos que pueden contribuir a este tipo de investigación⁵². Asimismo, es reconocida la existencia de investigación básica en otros campos de la ciencia, en los cuales es posible identificar dos elementos comunes: el “ámbito del saber”, aquello que presupone una actividad intelectual especial del fenómeno estudiado; y su “estructura”, aquello que le da contenido y forma (VIEHWEG, 1997, p. 31).

Para nuestro autor, el ámbito del conocimiento es concebido como un esquema de preguntas y respuestas, donde se puede otorgar mayor importancia a una u otra, mediante el uso de *topoi* o lugares comunes. Así, cuando el énfasis recae en el lado de las preguntas, los *topoi*

⁵² Este tema es abordado en el artículo titulado “La filosofía del derecho como investigación básica”, y forma parte de la antología “Tópica y filosofía del derecho”, publicada por primera vez en 1991 y luego en 1997 (segunda edición).

son cuestionados debido a su carácter hipotético, problemático, tentativo y cuestionable. En contraposición, cuando el énfasis reside en el lado de las respuestas, los *topoi* permanecen inmunes de cuestionabilidad, se vuelven inatacables y son considerados como absolutos, al menos temporalmente.

Esta distinción guarda relación con las formas de pensar que éste se propone, a partir de una distinción entre dogmática y cetética:

Mientras piensa, por una parte **dogmáticamente** y, por la otra, en forma **no dogmática** sigue dos maneras de pensar diferentes que, por cierto, se pueden **combinar** pero no **mezclar** válidamente [...] Llamamos, por consiguiente, **dogmática** una manera de pensar cuando se aferra a sus premisas (opiniones, dogmas) para de esta manera ratificar un fundamento de significaciones que, como en este caso del Derecho, sirve para dirigir el comportamiento social. Llamamos por el contrario no dogmático o **cetético** una manera de pensar aquella que está siempre dispuesta a corregir sus premisas para poder avanzar en una investigación. (VIEHWEG, 1969, p. 10-11)

De acuerdo con Roesler (2013, p. 88-89), la distinción señalada entre enfoque dogmático y cetético puede ser entendida como una “tentativa de investigación” que se muestra como filosófica en cuanto investigación fundamental. Por consiguiente, dicha distinción podría estar ligada a las “características del fenómeno” que se estudia y a la “actividad práctica” desarrollada por el jurista, el investigador o científico del derecho. Un segundo motivo, puede deberse a una distinción que demuestre la vinculación entre premisas de pensamiento dogmático y cetético, para la búsqueda de una “fundamentación científica” de los conocimientos conforme al momento histórico. Y una tercera explicación, puede hallar cabida en la necesidad de atender a la “función social” que cada tipo de conocimiento cumple, así como la necesaria correlación entre ambas.

Por tanto, el ámbito del conocimiento puede presentarse como ámbito de investigación o como ámbito de la dogmática.

En el campo del derecho, dicha investigación fundamental, al delimitar el objeto o punto de partida, necesita realizar una elección precisa del enfoque de la descripción a ser realizada para así poder dar cuenta del fenómeno estudiado.

Aun cuando esta descripción no proceda desgarradamente sino que procure no destruir las conexiones recíprocas, finalmente habrá que decidir si la investigación ulterior se desea elegir como hilo conductor las instituciones jurídicas (por cierto, en tanto instituciones sociales) o el pensamiento jurídico (naturalmente, también en su función social). (VIEHWEG, 1997, p. 33)

El punto de partida de una investigación básica o fundamental puede optar por dos caminos u objetos de investigación: instituciones jurídicas o pensamiento jurídico. No obstante,

a pesar de dicha diferenciación sobre los dos tipos de caminos, Viehweg considera que, “[...] al final será necesario utilizar ambos accesos, es decir, recorrer ambas vías, para ver como convergen o divergen sus resultados y entonces —desde luego, sólo entonces— aspirar a una descripción compleja” (VIEHWEG, 1997, p. 34). Sobre el segundo enfoque, nuestro autor señala que la investigación básica se ocupa cada vez más, por una parte, de la estructura básica y, por otra, de la teoría básica concreta del derecho.

En cuanto a los problemas estructurales, refiere que durante mucho tiempo se consideró que éste era un asunto ya resuelto, que la estructura formal del derecho podía ser pensada como un contexto de derivación y por ello, debía ser aclarada primordialmente mediante la lógica deductiva. Por consiguiente, la importancia de la interpretación ya no era primaria, sino secundaria, “[...] pues es fácilmente comprensible que la interpretación puede perturbar sensiblemente la estrictez de un sistema deductivo” (VIEHWEG, 1997, p. 38-39). Al respecto, considera que una confrontación entre la lógica matemática y la jurisprudencia traería como consecuencia que el jurista no sobreestime la estrictez de la argumentación y pueda cuestionarse sobre el motivo de dicho contraste, además de poder inferir hasta qué punto dicha relación es evitable o inevitable.

No obstante, afirma que la actual ciencia del derecho necesita de los conocimientos de la lógica contemporánea para percibir con mayor exactitud la estructura lógica de aquello que se llama jurisprudencia. De esta forma, no se niega la importancia de un sistema deductivo o que el problema jurídico no pueda ser presentado dentro de dicho sistema, sino más bien que, la lógica deductiva no puede constituir un sistema único e imprescindible.

En general se puede esperar de la investigación básica que indique aproximadamente las estructuras posibles de un sistema rector para la coordinación del comportamiento práctico. Manifiestamente, un tal sistema rector para el comportamiento práctico —es decir, no sólo un sistema para un pensamiento puro— tiene, por una parte, que ser lo suficientemente estable como para delimitar el campo de los argumentos permisibles y, por otra, lo suficientemente flexible como para mantenerse abierto a modificaciones futuras, sin perder su punto medio, es decir, su carácter. (VIEHWEG, 1997, p. 43)

Por otro lado, al referirse a la problemática de la teoría material, toma como punto de partida a la Constitución y el valor supremo que ésta otorga al Estado de Derecho, no sólo desde el punto de vista formal, sino también material. En este sentido, la denominada norma fundamental es la que brinda sustento a la dogmática, constituyéndose en fuente de interpretación calificada ante los problemas del ordenamiento jurídico.

Para nosotros, esto significa: ella presupone una teoría material del derecho determinada o, al menos, determinable. Es claro que esta teoría del derecho acorde a la Constitución —y sólo ella— puede proporcionar la base de nuestra dogmática jurídica, pues el jurista dogmático —sin que importe que se trate de un jurista dedicado al derecho público, civil o penal— sólo puede ofrecer con éxito aquellos argumentos que están en consonancia con el orden constitucional [...] Por ello, esta teoría del derecho acorde con la Constitución es nuestra teoría vinculante de la interpretación y, además, teoría de la creación, para la legislación simple y la legislación constitucional. (VIEHWEG, 1997, p. 44)

En consecuencia, una problemática en torno a la Constitución debe circunscribirse a su origen socio-histórico conforme a un determinado círculo cultural para que sea aceptada en la medida en que no la contradiga expresa y constructivamente. Por tal motivo, afirma que la teoría material del derecho, en su contexto funcional, social e histórico, es un objeto importante y muy fecundo de la investigación básica en el derecho.

Por último, en cuanto al objetivo de una investigación básica o fundamental, Viehweg señala que esta se propone realizar una “profundización de los fundamentos” de una disciplina, lo que llevaría a una distinción entre conocimientos elevados y profundos⁵³. Sin embargo, dicha diferenciación en la investigación básica implica una relación entre ambos conocimientos, que puede ser entendida como una “complementación” y “dependencia recíproca” (ROESLER, 2013, p. 82). Al respecto, Viehweg apunta que, “[...] la jurisprudencia siempre ha ganado en carácter científico a través del indicado movimiento de pensamiento” (VIEHWEG, 1997, p. 32), y que por ello es necesario que la misma se ocupe de sus fundamentos jurídico-científicos, así como de sus fundamentos históricos y sociológicos, para no convertirse apenas en una técnica jurídica.

2.3 La tópica en el derecho

Aunque una de las principales discusiones en el campo de la filosofía del derecho — desde inicio del siglo XX— es en torno al derecho como ciencia, son pocos los autores que han discutido acerca de los métodos lógico-jurídicos utilizados para fundamentar científicamente al derecho como un sistema cerrado y moldeado axiomáticamente. En ese contexto, Theodor Viehweg escribe en 1953 su obra titulada “Tópica y Jurisprudencia”⁵⁴, trabajo que

⁵³ Con la expresión “conocimientos elevados”, Viehweg (1997, p. 31) hace referencia a aquellos que están condicionados por los profundos. Profundización significa, pues, que el pensamiento se mueve de los conocimientos elevados en dirección a los fundamentos. Sin embargo, como es señalado por Roesler (2013, p. 82), “Viehweg no brinda mayores detalles al respecto, tornando difícil la comprensión del alcance y significado de dichas categorías”.

⁵⁴ Acerca de “*Topik und Jurisprudenz*”, título en alemán, puede decirse que constituye la principal obra de Theodor Viehweg. Como es bien destacado por Roesler (2013), a pesar de ser un libro relativamente pequeño, la repercusión del mismo desde su publicación lo llevó a ser considerado como referencia de la filosofía del derecho en la segunda

posteriormente se convertiría en base teórica de distintas corrientes de la argumentación jurídica⁵⁵. A través del rescate de la tópica —retomando a Aristóteles, Cicerón y Vico—, Viehweg parte de la reivindicación de un pensamiento tópico para comprender y responder los problemas jurídicos, la cual realiza a través del descubrimiento y el examen de las premisas, en contraposición al pensamiento lógico demostrativo que utiliza las premisas para elaborar cadenas deductivas.

La tópica es una técnica de pensamiento problemático que fue desenvuelta por la retórica y que es desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático (VIEHWEG, 2007, p. 28).

En esta obra, Viehweg comienza haciendo mención a Giambattista Vico, para realizar una distinción entre dos métodos de estudio: el antiguo o retórico —tópico— y el nuevo o crítico, a fin de intentar lograr una conciliación entre los mismos⁵⁶. En ella destaca las ventajas del nuevo método, caracterizada por la agudeza y la precisión, siempre y cuando la primera premisa sea efectivamente verdadera. En cuanto a las desventajas menciona: pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje e inmadurez del juicio, en resumen una depravación de lo humano. Por otro lado, acerca del viejo método retórico, proporcionado por medio de la tópica-retórica, señala “penetración, despierta la fantasía y la retentiva, y enseña a encontrar una trama de puntos de vista” (VIEHWEG, 2007, p. 34-35). Por ello, Vico consideraba necesario intercalar ambos métodos para lograr una mayor efectividad. De esta manera, al estructurar su obra, Viehweg se sirve de esta distinción señalada por Vico para luego centrarse en el estudio de la tópica y su relación con la jurisprudencia. Es decir, se pregunta acerca de la repercusión que este modo de pensamiento tópico-retórico puede tener en la jurisprudencia, específicamente, en cuanto a sus fundamentos y sin abarcar la evolución histórica.

mitad del siglo XX. Para los fines esta investigación, fue utilizado la versión en lengua castellana de 1964, traducida por Luis Diez-Picazo, que posteriormente obtuvo una segunda edición en el año 2007.

⁵⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derechos**: teoría de la argumentación jurídica. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

⁵⁶ De acuerdo con Viehweg (2007, p. 33-34), Vico clasifica ambos métodos teniendo en cuenta los siguientes criterios: 1) Ventajas e inconvenientes; 2) Instrumentos de la ciencia (procedimientos o métodos) y medios auxiliares de estudio (manuales, tratados didácticos, paradigmas, medios, instalaciones docentes). Conforme la segunda clasificación, para Vico, el método antiguo, tópico-retórico, transmitido por Cicerón, el punto de partida es el *sensus communis* o sentido común, operando con un tejido de silogismos —manipula con lo verosímil intercambiando puntos de vista con los cánones de la tópica-retórica—. Por otro lado, el nuevo método corresponde al inaugurado por Descartes, cuyo punto de partida es el *primum verum* o una primera verdad indubitable, que no puede ser anulada ni siquiera por medio de la duda, operando conforme los cánones de la ciencia estrictamente demostrable y mediante largas deducciones en cadena.

En su tentativa de rehabilitación de la razón práctica, el pensamiento problemático expuesto por Viehweg establece un contraste con el pensamiento sistemático moderno —lógica deductiva—, en cuyo sistema de axiomas se debe encontrar —inevitablemente— la solución formal del problema. En este sistema deductivo, las proposiciones son estrictamente demostrables —verdaderas o falsas—, la invención es innecesaria, y a pesar de existir un origen “problemático” que lo puso en movimiento, el progreso del mismo es lógico e independiente del problema (VIEHWEG, 2007, p. 74). Por otro lado, para la tópica —con límites más modestos—, un sistema como el anterior no puede ser desarrollado por la misma, debido que las proposiciones tópicos son más bien “discutibles”, “defendibles” a través de una constante vinculación con el problema (VIEHWEG, 2007, p. 74-75).

De este modo, la relación de la lógica deductiva con la ciencia del derecho no puede ser completamente admitida, porque se desatiende la relevancia que para el derecho también adquiere la lógica material. Cabe igualmente destacar que, esto no implica una negación de la función dogmática del derecho, sino que tiene como propósito retomar la noción de cetética —énfasis en las preguntas—, por medio de una técnica de pensamiento orientada al problema, a través del estudio de las proposiciones como punto de partida, a fin de analizar las diferentes respuestas mediante tópicos o lugares comunes para llegar a la solución del problema concreto.

Por tanto, la tópica no centra su interés en conocer si una premisa es verdadera o falsa, sino que la misma esté válidamente estructurada y que permita proceder formalmente de una a otra —el centro está en el problema—. En este sentido, la discusión principal que lleva a cabo este autor tiene que ver con la existencia en el derecho de un problema central o de una “aporía fundamental” que se resume en conocer “¿qué es lo justo cada vez aquí y ahora?”. Por ello señala que, la búsqueda de premisas —*ars inveniendi*— en el campo del derecho no debe ceñirse únicamente a un conjunto de normas positivas que hay que asumir, obedecer y aplicar. Y por consiguiente, si toda la estructura jurídica se centra en la necesidad de resolver problemas —casos concretos—, la estructura de la jurisprudencia sólo puede estar determinada desde el problema.

Por otro lado, cabe mencionar que la noción de tópicos desarrollado por Viehweg ha traído también una serie de cuestionamientos en torno a la ambigüedad y amplitud del mismo, los cuales pueden ser resumidos en tres aspectos citados por García Amado (1988, p. 90) en su crítica alrededor de dicho concepto: *topoi*, aporía, y actividad argumentativa, o bien, sobre sus imprecisiones conceptuales, su relación con la lógica y la cuestión de justicia, como es señalado por Atienza (2005, p. 37-42). No obstante, si bien no se pretende realizar un examen sobre esos

aspectos, corresponde en cambio, establecer algunas consideraciones fundamentales acerca del concepto de tónica para los fines de esta investigación.

2.3.1 Acerca de la noción de *topos*

Para recuperar la idea de tónica, Viehweg rescata los textos de Aristóteles, y de forma particular la obra *Tópicos*, incluida posteriormente dentro del *Organon*, en la cual el estagirita se propone descubrir un método para razonar sobre cualquier tipo de problema a partir de opiniones plausibles o de aceptación general y a fin de evitar contradicciones entre los argumentos expuestos durante un discurso⁵⁷. En dicha obra, Viehweg destaca los cuatro tipos de razonamientos identificados por Aristóteles, mediante los cuales es posible obtener conclusiones de tipo apodíctico, dialéctico, erístico o paralogismos, según las premisas que sean utilizadas.

Al respecto, presta especial atención a la contraposición entre el razonamiento apodíctico y dialéctico. Mientras el primero se ocupa del campo de la verdad filosófica, el segundo corresponde al campo de lo opinable o del arte de la disputa. Es decir que, tomando como punto de partida proposiciones opinables se forman silogismos a partir del problema planteado para obtener conclusiones dialécticas (*endoxa*)⁵⁸. Acerca de este tipo de conclusiones, señala Viehweg (2007, p. 42), “*endoxa* son —dice Aristóteles— proposiciones que parecen verdaderas a todos o a la mayor parte de los sabios y, de estos, también a todos o a la mayor parte o a los más conocidos y famosos (*Top* 1, 1, 5, 3)”. Asimismo, considera que un examen más profundo de las conclusiones dialécticas constituye el objeto de la tónica, debido que sus proposiciones son opiniones plausibles, verosímiles y aceptadas.

Por consiguiente, la tónica obtiene su consistencia práctica a partir de la formulación de proposiciones opinables para poder formar silogismos sobre todos los problemas que se puedan plantear y evitando eventuales contradicciones. Así, el método tónico se ocupa de extraer conclusiones correctas *ex endoxon*, en virtud de opiniones adecuadas o proposiciones que parecen verdaderas, para atacar o para defender argumentativamente una posición.

Por tanto, la tónica como técnica de discusión se relaciona con la ordenación y planteamiento de la pregunta conforme los siguientes pasos: primero, descubrir el tónico que debe emplearse para obtener la conclusión dialéctica; segundo, plantear en sí mismas las

⁵⁷ Cfr. ARISTÓTELES. *Tópicos*. In: **Órganon**: categorías, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tónicos, refutações sofísticas. 2 ed. Traducción, textos complementarios y notas: Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2010. p. 347.

⁵⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tónica y Jurisprudencia**. 2 ed. Traducción: Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Civitas, 2007. Título original: *Topik und Jurisprudenz*, 1953. p. 40.

preguntas concretas de acuerdo a un determinado orden; y tercero, dirigirlas adecuadamente al interlocutor⁵⁹. Sobre el concepto de *topoi* o *topoi*, Viehweg señala que:

Topoi, son por tanto, para Aristóteles, puntos de vista utilizables, aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad [...] Los tópicos, enumerados de un modo más o menos completo, son los que nos pueden ayudar, en relación con cada problema, a obtener conclusiones dialécticas” (VIEHWEG, 2007, p. 44).

Enseguida, Viehweg toma como segunda referencia a la tónica de Cicerón para analizar acerca de la función de la tónica antigua y su posibilidad de introducirla en el derecho moderno. Este último en su obra *De inventione*, realiza una distinción entre: invención (tónica) y formación del juicio (dialéctica). Cicerón, concibió la tónica como una práctica de la argumentación, a diferencia de Aristóteles que le otorga un carácter orientado a la fundamentación filosófica, por ello la distinción entre apodíctico y dialéctico. Si bien esta última contraposición desaparece en Cicerón, cobra importancia la distinción entre “invención” y “formación de juicio”, debido a la influencia del pensamiento estoico. En cuanto a la definición de *topoi* dada por Cicerón, Viehweg (2007, p. 49) señala:

Así como es fácil encontrar los objetos que están escondidos cuando se determina y se prueba el lugar de su situación, de la misma manera, si queremos profundizar en una materia cualquiera, tenemos que conocer sus tópicos; pues así llama Aristóteles a los “lugares”, diría yo, de donde se extrae el material para la demostración.

Por ello, debido al carácter orientado a la práctica, la tónica ciceroniana propone un catálogo de *topoi* con el fin de dotar de practicidad a los principios, lugares comunes y puntos de vista que gozaban de aceptación generalizada. Así por ejemplo, se tienen: tópicos estrechamente ligados con el asunto de que se trata: científicos o técnicos; y tópicos que proceden de fuera: a-técnicos. Los tópicos del primer tipo pueden, referirse a un todo: definición, división, etimología; o referirse a determinados aspectos: conexiones lingüísticas, aspectos como: género, especie, semejanza, diferencia, contraposición, circunstancias concurrentes, causa, efecto, comparación⁶⁰.

De este modo, Viehweg (2007, p. 51) considera que la tónica aristotélica concibe una “teoría dialéctica” —arte retórica— en la cual se encuentra un catálogo de tópicos estructurados en forma flexible para ser utilizados, mientras que la tónica ciceroniana es entendida como una “práctica de la argumentación” a partir de un catálogo de tópicos esquematizados. Si bien entre

⁵⁹ *Ibid.*, p. 45.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 49-50.

ambas no existe una contradicción, talvez sea posible establecer una relación en el uso dado por ambos autores. En este sentido, cabe mencionar la diferencia que señala García Amado (1988, p. 59) entre *topoi* y *endoxa*, que al mismo tiempo puede ser entendida como una relación procesual, similar a la de ambos autores citados:

El concepto de *topos* remite al carácter instrumental de todo punto de vista argumentativo aplicable, mientras que el concepto de *endoxa* se refiere al momento de reconocimiento social general de tales puntos de partida. Ambos poseerían el estatuto de “premisas potenciales” para el razonamiento dialéctico (o retórico).

No obstante, más allá de las distinciones o interpretaciones en el uso dado por los autores que Viehweg toma de referencia, nuestro advierte que el punto de vista que prevaleció corresponde a la tópica de Cicerón, que luego se mantuvo como parte de la retórica durante la Edad Media.

Ahora bien, conforme el rescate histórico de la tópica en ambos autores, Viehweg se propone luego caracterizar la noción de tópica, especialmente en el campo del derecho, a fin de determinar su función y alcance. Así, la tópica es para Viehweg (2007, p. 55) una “técnica de pensamiento problemático”, en la cual el problema actúa como guía o punto de partida, en contraposición al pensamiento sistémico. Según el mismo, todo problema objetivo y concreto provoca un juego de suscitaciones, que se denomina “tópica o arte de la invención”⁶¹.

Para nuestro fin puede llamarse problema —esta definición basta— a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual torna el cariz de la cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como conclusión (VIEHWEG, 2007, p. 57).

De este modo, el énfasis en el problema o “pensar por problema”, consiste en formular el problema e introducirlo en una serie de deducciones, más o menos explícitas y extensas, para poder obtener una contestación. En cambio, “pensar por sistema” —en caso de existir un solo sistema—, consiste en agrupar los problemas en solubles e insolubles (problemas aparentes), para luego desechar estos últimos por no encuadrarse dentro del sistema establecido. En el caso de una pluralidad de sistemas, a cada uno correspondería un tipo de problema y los que no se encuadraran serían descartados. Es decir, un sistema que opera a partir de una selección de problemas⁶².

⁶¹ *Ibid.*, p. 56.

⁶² *Ibid.*, p. 57-58.

En este sentido, Viehweg (2007, p. 60) considera que ante un problema cualquiera se acostumbra proceder por medio de la búsqueda de puntos de vista o premisas que sean “objetivamente adecuadas y profundas” para llevarnos hacia unas “consecuencias que nos iluminen”. Es decir, a partir del problema suscitado se buscan y seleccionan una serie de tópicos que puedan servir para guiar hacia la respuesta de ese problema. Este procedimiento es denominado tópica de primer grado. Sin embargo, cuando ya se tiene un “repertorio de puntos de vista”, previamente elaborado, Viehweg (2007, p. 61) llama a ese procedimiento tópica de segundo grado.

Cabe mencionar que los catálogos de tópicos no constituyen un conjunto de deducciones, debido que estos solamente adquieren sentido cuando son utilizados desde el problema⁶³. Así también, no sólo existen tópicos universalmente aplicables para una generalidad de problemas, sino también aquellos aplicables a una determinada rama del saber —problemas específicos—. Los primeros son aplicables a todos los problemas pensables y representan generalizaciones muy amplias, mientras que los segundos sirven solo para determinados círculos de problemas⁶⁴. Sin embargo, la función de ambos es auxiliar a una discusión de problemas, por ello, “tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento” (VIEHWEG, 2007, p. 65).

Siguiendo a Cicerón, nuestro autor concibe a la tópica como un constante procedimiento de búsqueda de premisas —*ars inveniendi*—, y que por tanto antecede a un procedimiento lógico —*ars iudicandi*—. De este modo sostiene que, “la tópica es una meditación prelógica, pues, como tarea, la *inventio* es primaria y la *conclusio* secundaria. La tópica señala cómo se encuentran las premisas, la lógica las recibe y trabaja con ellas” (VIEHWEG, 2007, p. 68).

Si bien la tópica dispone de puntos de vista generales y catálogos de las mismas para ser utilizados ante los problemas que se presentan, las consecuencias producidas se caracterizan por su corto alcance y la interminable búsqueda de *topoi*. Por tanto, este tipo de procedimiento se muestra poco compatible con un pensamiento lógico demostrativo. No obstante, aunque los puntos de vista no constituyan premisas verdaderas, esto no significa que los tópicos o catálogos de tópicos no tengan una preocupación en la fijación y establecimiento de un entendimiento común, debido que el acuerdo recíproco entre los interlocutores se mantiene mediante el desenvolvimiento continuado de la pregunta y la respuesta.

⁶³ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 63.

Se tiene entonces que, la tónica es concebida por Viehweg como una técnica de pensamiento problemático, cuyo punto de partida está orientado por un problema en particular y que admite más de una respuesta —aporía—. De ahí que la tónica constituye además un procedimiento de búsqueda constante de premisas o *ars inveniendi*, es decir, que opera por medio de *topoi* que sirvan para la discusión de problemas.

No obstante, a pesar de los reclamos acerca de la “vaguedad e imprecisión” de este concepto, Viehweg plantea un abordaje de la noción de *topoi* de un “modo funcional” como ya fue citado, es decir, conforme al contexto situacional en que el tónico es utilizado. Esto es así porque, ante las cuestiones problemáticas los *topoi* sirven para iluminar el discurso. Así, “cumplen funciones de directrices en la acción lingüística, funcionan en el lenguaje como avisos operativos, como fórmulas detectoras, estímulos mentales, incitaciones creativas, propuestas de entendimiento, directrices lingüísticas para la acción, etcétera” (VIEHWEG, 1997, p. 198-199).

En cuanto a los tónicos jurídicos, nuestro autor identifica a través de un análisis jurisprudencial algunos catálogos de *topoi* desde el *ius civile* y el *mos italicus* hasta la moderna doctrina civilista.

2.3.2 La tónica en el contexto de la jurisprudencia

Con el objetivo de justificar la estructura tónica de la jurisprudencia, Viehweg realiza un análisis del material histórico, que incluye, un desarrollo teórico de los aspectos generales de la tónica en Aristóteles y Cicerón, para luego exponer el uso y continuidad de la misma en el *ius civile* y el *mos italicus*. Al respecto, se advierte que el estudio realizado debe ser entendido como una investigación sistemática y no genérica, y que a pesar de las referencias citadas, no constituye una investigación de cuño histórico⁶⁵.

En el análisis del *ius civile*, por medio de algunos ejemplos, Viehweg pone de relieve el espíritu asistemático de los juristas romanos y el aprecio dado hacia el desarrollo de un esquema problemático, acompañado de la búsqueda y fijación de diferentes puntos de vista. Al respecto, relata un fragmento del Digesto de Juliano (41, 3, 33) referente a un problema de usucapión⁶⁶, en el cual aparecen una serie de soluciones para un complejo de problemas. Para ello, se buscan y seleccionan puntos de vista reconocidos y comprobados sobre el asunto en otros textos jurídicos, construyéndose así un tejido jurídico. En cuanto al concepto de usucapión, se

⁶⁵ *Ibid.*, p. 27; ROESLER, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁶ En relación al caso citado, “La introducción versa sobre la adquisición por usucapión del parto de una esclava robada. No sólo el comprador de buena fe —dice el texto— sino todos aquellos que posean en virtud de una causa a la que suele seguir la usucapión, hacen suyo el parto de una esclava romana” (VIEHWEG, 2007, p. 78).

menciona que éste se define y construye de manera progresiva, a través de una serie de conceptos previamente seleccionados: “posesión, posesión de buena fe, justo título para adquirir, duración de la posesión, idoneidad de las cosas, inexistencia de impedimentos por interrupción o suspensión, etc.” (VIEHWEG, 2007, p. 81).

No obstante, si bien es cierto que la preocupación recae en mayor medida en torno de la casuística —pensar práctico— y no en una forma sistemática de pensar, la distinción no debe limitarse apenas a una contradicción entre práctico y teórico, sino que además, en establecer una casuística orientada al problema. Esta última se caracterizaría por exigir una técnica, cuyas partes integrantes —conceptos y proposiciones— tienen que mostrar una particularidad, y puedan ser discutibles en una determinada materia.

Por consiguiente, se considera necesario dejar de lado la casuística que “sólo arroja luz sobre el sistema”, y aquella que toma en consideración un pensamiento desde el problema. En este sentido, Viehweg (2007, p. 82) apela a no confundir ambas situaciones, dado que la primera “toma casos decididos en toda su extensión para utilizarlos como ejemplos —*reasoning case to case*—”. Por otro lado, el modo romano opera por vía de abstracción para luego ampliarlo, en orden a la obtención de reglas generales. De esta manera:

El jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos. Se ve, por ello precisado a desarrollar una técnica adecuada. Presupone irreflexivamente unnexo que no intenta demostrar, pero dentro del cual se mueve. Es la postura fundamental de la tópica (VIEHWEG, 2007, p. 83).

Al respecto, Viehweg (2007, p. 86), siguiendo a Savigny, señala que “la jurisprudencia romana es caracterizada porque un caso cualquiera es el punto de arranque de toda la ciencia”. Es decir, que esta posee la misma característica que un pensamiento problemático. Así, los juristas entienden el Derecho no como algo que tiene que ser aceptado, sino más bien, algo que “construir de manera responsable”.

Por ese motivo, si el énfasis está en el problema, los conceptos y las proposiciones que giran en torno a ella, estas no pueden ser objeto de sistematización —conjunto de fundamentos—, porque “los conceptos y proposiciones tienen que ser entendidos como partes integrantes de un pensamiento tópico” (VIEHWEG, 2007, p. 87). En consecuencia, los juristas romanos evitaron generalizaciones, reducciones lógicas, vinculaciones, que son propias de un sistema deductivo, debido que la misma se alejaba del problema.

Por ello, para nuestro autor, en el *ius civile* se aprecia con claridad cómo las fijaciones son evitadas en la medida de lo posible, siendo ejemplo de ello el escaso número de leyes que se dictan durante un periodo de tiempo tan largo. Igualmente se menciona, la elástica y

notabilísima *lex annua* del *Praetor*, o el largo proceso de fijaciones que preceden a una cristalización legislativa —que van desde la elección de expresiones lingüísticas hasta las aparentes evidencias—⁶⁷. Sin embargo, en el *ius civile*:

Las proposiciones directivas, que se emplean como tópicos, se constituyen como los frutos de todo el esfuerzo. Resaltan más en unas épocas del derecho romano y menos en otras. En las épocas de mayor acentuación aparecen catálogos de tópicos bajo la forma de las colecciones de *regulae*, que fueron usados por los eruditos bizantinos, aunque, según la doctrina dominante, habían existido también con anterioridad. Este fenómeno fue denominado *jurisprudencia regular* (VIEHWEG, 2007, p. 90).

Por último, Viehweg se cuestiona si el procedimiento utilizado por los romanos puede ser concebido como una ciencia. Para ello, considera la distinción aristotélica —en *Ética* a Nicómaco— así como la estoica entre: *epistemé*, un hábito de demostrar desde las causas necesarias y últimas, o sea una ciencia; y *tecné*, hábito de crear por reflexión racional. Sin embargo, esta diferenciación no fue llevada muy a serio por los romanos hasta que Cassiodoro aplicara esta distinción a las siete artes liberales, colocando a la gramática, retórica y dialéctica como habilidades; y a la aritmética, geometría y música como disciplinas o ciencias. De este modo, Viehweg coloca al *ius civile* dentro de la *tecné*⁶⁸.

Posteriormente, según Viehweg (2007, p. 101), esa forma de pensamiento desarrollada en la Antigüedad, tuvo una continuidad en el *mos italicus*, por medio de los glosadores y posglosadores o comentaristas, y de forma particular en Bartolo de Sassoferrato, quien contextualiza un esquema de pensamiento tópico denominado *magistraliter* —vinculación entre retórica y jurisprudencia— durante la Edad Media. Para Viehweg, en el *mos italicus* no hay nada parecido a un sistema, sino más bien, que la jurisprudencia medieval al igual que el *ius civile*, estaba orientada hacia el problema y que tenía, por tanto, que desarrollar una técnica adecuada para ello⁶⁹. En este sentido, los dos problemas de la literatura científica medieval pueden ser resumidos en: ¿qué hacer cuando los textos se contradicen?, y ¿cómo puede establecerse una adecuada situación de relaciones?, para lo cual el *ars inveniendi* y la tópica servirían como medios auxiliares —exégesis o interpretación—.

La primera cuestión se refiere a contradicciones entre las fuentes, ocasionando dudas y por consiguiente una discusión científica, cuya solución requiere la elaboración de concordancias. Un medio para ello, es la llamada subordinación de autoridades, que sin embargo, pierde efectividad cuando los textos en conflicto tienen la misma dignidad. Al

⁶⁷ VIEHWEG, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 93-94.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 108.

respecto, otros medios que fueron considerados son: la distinción o diferenciación y la división o partición, que con ella se relaciona⁷⁰.

Son el resultado de una invención cuyo límite se encuentra únicamente en la capacidad de aceptación del interlocutor. Representan una regulación o una ordenación lingüística, pero no una ordenación lógica, ni tampoco, por tanto, un sistema deductivo, en el sentido de un nexo de fundamentos o de una tendencia hacia él, pues falta por completo una deducción lógica que excluya la arbitrariedad (VIEHWEG, 2007, p. 111).

Para el segundo tipo de problemas, se realiza una búsqueda y posterior selección de puntos de vista que justifiquen la aplicabilidad del texto en cuestión. De acuerdo con Viehweg (2007, p. 113), el procedimiento utilizado para resolver estas cuestiones, se torna más necesario y relevante dependiendo del “prestigio y la autoridad del texto”, así como la distinción entre “la situación que determinó la aparición y el tiempo de aplicación”. Igualmente, aunque dicho procedimiento no escape de arbitrariedades lógicas, su importancia reside en hacer posible la “continuidad y el desarrollo del mundo de las formas jurídicas”.

Por último, siguiendo a Gribaldus Mopha, quien esquematiza los libros de enseñanza del *mos italicus*, Viehweg (2007, p. 118-119) se refiere acerca de la centralidad del problema y su lugar dominante para la resolución del caso. Por tanto, existe un esfuerzo constante por “encontrar argumentos para la respuesta”, dando lugar a diferentes puntos de vista, en contraposición a la propuesta de un sistema deductivo.

2.3.3 Tópica, método y problema

Luego de analizar el desarrollo jurisprudencial para evidenciar la presencia de un pensamiento problemático, nuestro autor destaca que si bien la tónica ha servido a la estructura de la jurisprudencia, esta no puede ser entendida como un método. Esto es así, pues concibe al método como un procedimiento lógico —riguroso y verificable— que funciona únicamente dentro de un sistema deductivo. En este sentido, la jurisprudencia es entendida como un estilo —arbitrario, amorfo y carente de comprobabilidad rigurosa⁷¹—, que se caracteriza por ser “un procedimiento especial de discusión de problemas, que, en cuanto tal, es objeto de la ciencia del derecho”⁷². Por tanto, para que la tónica y por consiguiente la jurisprudencia, constituya un método, se hace necesario la adopción de un sistema deductivo, que al mismo tiempo requeriría una estricta axiomatización de todo el derecho.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 109-110.

⁷¹ *Ibid.*, p. 123.

⁷² *Ibid.*, p. 29.

Esta había sido esa la intención de Leibniz que, por medio de su *ars combinatoria* pretendió crear una tópica matemática de la jurisprudencia intentando ajustar el tradicional estilo de pensamiento de la Edad Media con el matemático del siglo XVII, poniendo bajo control aritmético el *ars inveniendi* de la tópica —matematizar la tópica—. Sin embargo, según Viehweg su intento fracasó debido a la multivocidad de lenguaje espontáneo y el acento puesto en la axiomática y la lógica⁷³.

Ante el intento de axiomatizar el derecho conforme el ideal lógico de ciencia —conceptos y proposiciones forman un conjunto unitario de definiciones y fundamentos—, por medio de la jurisprudencia, la propuesta de Viehweg consiste en concebir a la jurisprudencia como objeto de una ciencia del derecho. Sin embargo, el deseo de la moderna cultura occidental es cientificar el Derecho y concebir a la jurisprudencia como ciencia en el sentido lógico, por lo que se hace necesario atacar a la tópica, es decir, sustituir la tópica por el sistema⁷⁴.

Para este cometido se debería realizar una ordenación lógica de conceptos y proposiciones, elaborados previamente por la tópica, para luego colocarlos dentro de un sistema deductivo —sistematización de tópicos—. Este método, llevado al campo del derecho, tendría como objetivo “producir unívocas decisiones de conflicto por la vía de la deducción”⁷⁵. De esta manera, la sistematización llega a través de la axiomática, imponiéndose como método, debido a su integridad y unidad lógica. En la práctica, esta selección de axiomas puede consistir en tomar un catálogo de tópicos que contenga conceptos básicos esenciales y proposiciones para poder desarrollar un sistema lógico. Además, estos axiomas que componen un sistema deben reunir los requisitos de compatibilidad, integridad e independencia.

Sin embargo, la tópica no puede ser completamente eliminada del sistema debido a los puntos de irrupción de la misma, que puede darse en la interpretación de normas, la aplicación del derecho y el uso del lenguaje espontáneo. Así por ejemplo, en caso de colisión de sistemas jurídicos se debe resolver por vía de la interpretación para buscar concordancias y hacer posible la aplicación de normas, situación que puede ser considerada común debido que el ordenamiento jurídico está sometido a constantes modificaciones temporales. Igualmente, aunque fuera considerada la existencia de un sistema perfecto que pueda dar cuenta de todos o casi todos los problemas jurídicos, para dar respuesta a estos últimos se requeriría de una intervención legislativa constante y de una interpretación restringida. En cuanto al uso del

⁷³ *Ibid*, p. 124-127.

⁷⁴ *Ibid*, p. 130 - 131.

⁷⁵ *Idem*.

lenguaje natural, su flexibilidad, principalmente mediante la interpretación, haría que los conceptos y las proposiciones ocasionen inseguridades dentro del sistema.

Al respecto, Viehweg (2007, p. 143) señala, “donde quiera que se mire, se encuentra la tópica, y la categoría del sistema deductivo aparece, al final, como algo inadecuado, casi como un impedimento para la vista”. Por consiguiente, para cientificar la técnica jurídica es necesaria una supremacía del sistema deductivo y la subsunción, lo que requiere: rigurosa axiomatización del derecho, prohibición de interpretación dentro del sistema, preceptos de interpretación orientados estricta y rigurosamente al sistema jurídico, no impedir la admisibilidad de las decisiones, continuada intervención de un legislador que trabaje con exactitud y sin perturbar el sistema lógico establecido⁷⁶.

Por tanto, nuestro autor afirma que cuando no es posible la sistematización de una disciplina, corresponde apenas realizar la discusión de los problemas que la atañen. En este sentido, señala que cada disciplina jurídica puede determinar sus puntos de vistas más relevantes por medio de una serie de tópicos, los cuales irán ganando importancia, mayor o menor conforme a la situación dada, permitiendo además la admisión de nuevos *topoi* a través de la legislación o por medio de la interpretación⁷⁷.

Si bien la tópica, como fue mencionado, no es un método sino un estilo del cual se compone la estructura de la jurisprudencia, Viehweg analiza la civilística contemporánea para indicar las ligaciones entre tópica y jurisprudencia:

1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema.
2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedarse ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él.
3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquier otra es preciso evitarla (VIEHWEG, 2007, p. 152-153).

Para explicar estos postulados, nuestro autor se refiere a la nueva ordenación del derecho privado propuesta por Fritz von Hippel en 1930, en la cual se advierte que todo ordenamiento jurídico debe aspirar a la pretensión de ser justo, y por consiguiente, la elección del legislador debe corresponder a ese fin, en conexión con la realidad, siendo por tanto una tarea histórica⁷⁸. Para Viehweg (2007, p. 154) —conforme Gustav Hugo y Walter Burckhardt— el establecimiento del Derecho privado es concebido como la elección histórica de un

⁷⁶ *Ibid.*, p. 144-145.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 149.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 153.

ordenamiento justo que permite “la participación inmediata de cada miembro de la comunidad jurídica en orden de la convivencia social”. Esta última es la respuesta a la pregunta sobre el ordenamiento justo dentro de la mencionada disciplina, a pesar de que dicha respuesta también da lugar a una serie de preguntas en torno de la misma. Por lo tanto, Viehweg (2007, p. 155) señala que un conjunto de problemas forma el sistema de esta disciplina del derecho, que puede ser ordenada y comparada para obtener “respuestas históricas a determinadas preguntas permanentes sobre un determinado conjunto de problemas, y juzgar dentro de este marco su estricta legalidad y exactitud”. De esta manera, la construcción del derecho privado se realiza a partir de dos círculos de problema: negocio jurídico y perturbación del tráfico, comprendiendo cada una de ellas un conjunto de seis cuestiones estrechamente relacionadas. Asimismo, con las respuestas que el legislador ofrece a cada una de esas preguntas, éste crea un código civil⁷⁹.

No obstante, Viehweg entiende que este derecho positivo ya no aspira a un ordenamiento justo, sino que se encuentra conectado a un tejido o conjunto de problemas que lidian con la cuestión de justicia. Por consiguiente, las proposiciones del derecho privado positivo constituyen “una masa de parciales respuestas históricas a un conjunto de problemas previamente dado” (VIEHWEG, 2007, p. 156). De acuerdo con este análisis, la aporía fundamental en el campo del derecho es formulada a través de la pregunta sobre el ordenamiento justo, que posteriormente halla una respuesta —parcial— en el derecho positivo.

Por tanto, y siguiendo el análisis de von Hippel sobre el derecho privado, Viehweg (2007, p. 157) afirma que la estructura total de la jurisprudencia, sólo puede ser determinada desde el problema, porque “toda la organización de una disciplina jurídica se hace partiendo del problema”. A partir de ahí, se identifican una serie de preguntas en torno a ese problema, para luego agruparlas alrededor de las posibles respuestas en torno a ese derecho positivo. No obstante, se advierte que las preguntas —y por consiguiente las respuestas— no deben ser consideradas como formulaciones firmes e invariables —salvo situaciones de larga duración—, siendo únicamente permanente la aporía fundamental. De este modo, si la jurisprudencia constituye una permanente discusión de problemas, los conceptos y las proposiciones deben estar ligados a esa relación así como el análisis sobre los mismos.

En cuanto al segundo presupuesto señalado, se menciona un trabajo de Josef Esser de 1952 en el que se afirma que los conceptos que en apariencia son de pura técnica jurídica o simples partes del edificio de la jurisprudencia cobran su verdadero sentido apenas a partir del problema de justicia. Así, trae como ejemplo el concepto de declaración de voluntad que,

⁷⁹ *Ibid.*, p. 155.

solamente puede ser entendido al ser establecido como un principio de justicia en la relación jurídico-negocial, aunque no se encuentre expresamente en el derecho positivo. Dicha situación se da por ejemplo cuando, no existe de forma expresa una declaración de voluntad pero la misma es presumida para proteger la confianza de la otra parte contratante⁸⁰.

En esa misma línea, Viehweg afirma que cada concepto particular se encuentra ligado a la aporía fundamental —teoría del interés— formulando así, preguntas en torno a la noción de justicia —problema medular de toda la jurisprudencia—. Explica además que el sistema deductivo no cumple un papel imprescindible en esta forma de pensamiento, debido que lo más decisivo es la elección de premisas, producida como consecuencia de un determinado modo de entender el derecho, a la vista de la aporía fundamental. Esta situación se torna más clara cuando la deducción no produce resultados satisfactorios como respuesta, y se hace necesario interrumpir la cadena deductiva por medio de la invención —nuevo *topos*—, como en el caso de la protección de confianza en el derecho privado que fue mencionado.

Finalmente, sobre el último punto de ligación entre la tópica y la jurisprudencia en la civilista actual, Viehweg se refiere al trabajo de Walter Wilburg publicado en 1950 en el cual ve respaldado su presupuesto acerca del uso de conceptos y proposiciones en la jurisprudencia apenas para mantener la vinculación con el problema, evitando así cualquier otro tipo de relación⁸¹. Conforme nuestro autor, el Derecho civil se encuentra petrificado dentro de un sistema rígido y que por ello necesita hacerse más flexible. Esto se debe por una parte a que los principios de dicha disciplina, que se cree debe mantenerse fiel, no son lo suficientemente fecundos y en ocasiones actúan como impedimentos. Así, aunque son constantemente citados, al ser aplicados aparecen bastante amplios y en otras ocasiones demasiado estrechos, salvo cuando se encuentran ligados a la idea de justicia, previo examen y posterior recomposición⁸².

A partir de algunos ejemplos Viehweg señala —siguiendo a Wilburg— que, en el derecho —positivo— de daños no se puede extraer un único principio, sino que al contrario existen varios, tales como, principio de la culpa, de la causalidad, de riesgo, de la equidad. Sin embargo, se advierte que los citados principios tienen una pretensión utópica de traspasar el círculo de su competencia y aspirar a un monopolio, el cual debe ser impedido mediante la unificación de puntos de vista⁸³. Estos tópicos presentan como ventaja una elasticidad en el modo de pensar así como una facilidad para ser complementados en el tratamiento de los

⁸⁰ *Ibid.*, p. 159.

⁸¹ *Ibid.*, p. 164.

⁸² *Ibid.*, p. 165.

⁸³ *Ibid.*, p. 167.

principios, situación que no puede darse dentro de un sistema deductivo en el cual la doctrina dominante concibe a los principios como absolutos.

Asimismo, si bien la sistematización de la jurisprudencia permite que unos axiomas puedan situarse en la cúspide de toda la disciplina o una parte de ella y por tanto algunos principios también aspiren a ese rango, la experiencia del trabajo cotidiano de los juristas demuestra algunas dificultades es ese proceso deductivo⁸⁴.

Wilburg proporciona abundantes ejemplos que demuestran cómo, por doquier, los principios tienen que ser quebrados, limitados y modificados, lo que para ningún jurista representa algo que es sustancialmente nuevo. El jurista sabe que ha de enfrentarse con mucho cuidado con las proposiciones propuestas como principios de su disciplina, que “disfrutan del cariz de axiomas”. Desde un punto de vista sistemático esto sería algo sobremanera notable (VIEHWEG, 2007, p. 169).

Por tanto, se hace necesario conservar la centralidad en el problema dentro de un sistema móvil o poco rígido que permita a la jurisprudencia realizar la búsqueda de lo justo y ofrecer una respuesta —temporal— a la aporía fundamental. Para ello, Viehweg propone un conjunto asistemático de conceptos y proposiciones que puedan dar cuenta de la variada gama de problemas. No obstante, estos puntos de vista o catálogo de tópicos no pueden ser considerados como principios o reglas fundamentales, sino más bien, reglas directivas o tópicos, porque no pertenecen al espíritu sistemático-deductivo⁸⁵.

2.4 La función y estructura del sistema jurídico

De acuerdo con Viehweg, la creación de sistemas para ofrecer una respuesta al fenómeno jurídico ha traído consigo una serie de dificultades relacionadas, principalmente, a una pretensión de totalidad —establecer un sistema único— y a la formación de conceptos dentro de un amplio ámbito de conocimientos. Al respecto se menciona la actividad del jurista práctico que piensa y reflexiona el ordenamiento jurídico interno en el que trabaja como un todo, las investigaciones científicas con vinculación internacional y el lugar que ocupan las disciplinas jurídicas. Ante la dificultad de reunir todas estas variables en un todo, nuestro autor reconoce una conexión entre todas ellas, como ya se mencionó, para la cual propone una división que responda adecuadamente a las peculiaridades del campo del derecho. De este modo, para establecer un ámbito del conocimiento como ámbito temático, estos pueden ser concebidos dentro de un esquema de preguntas y respuestas.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 169.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 170.

Cuando se tiene un campo de estudio con problemas que pueden ser descritos, son ofrecidos una serie de *topoi* como respuestas, pudiendo el énfasis del sistema recaer en la pregunta o en la respuesta⁸⁶. Esta elección que debe realizar el sistema tiene que ver con la preeminencia en la función que la misma irá a otorgar, así como la cuestionabilidad de una u otra. Cuando se otorga mayor importancia al problema, los *topoi* básicos —premisas, conceptos clave, principios, puntos de partida, entre otros— están sujetos a una revisión constante debido al carácter hipotético, problemático y tentativo con que son concebidos, sirviendo además para delimitar las cuestiones dentro de un determinado ámbito del saber. Por otro lado, cuando la cuestionabilidad es retirada de esos tópicos que sirven como respuesta, porque son concebidos como absolutos e inatacables, se tiene un sistema con énfasis en la respuesta. De este modo, el ámbito del conocimiento puede presentarse como ámbito de la investigación — función cetética— o como ámbito de la dogmática —función dogmática—, siendo la relación entre ambas de suma importancia para el desarrollo de una ciencia.

Un sistema con función dogmática supone un conjunto de afirmaciones dogmatizadas que se encuentran ajenos de cuestionabilidad, permitiendo por tanto guiar acciones o esquemas de acciones a partir de una justificación racional. Por otro lado, un sistema cetético en el cual todos los dogmas son objeto de cuestionamiento supone un revisión permanente, pero sin un fin a seguir. Aunque la función dogmática parece ser la más adecuada al campo del derecho debido a su importancia práctica, la misma también necesita ofrecer suficiente estabilidad y flexibilidad además de poseer una doctrina básica unificante que permita el mayor número posible de intervenciones complementarias e interpretaciones, este último por medio de las argumentaciones de los juristas prácticos. Por ello, aunque ambas funciones deben mantenerse separadas, existen relaciones recíprocas entre ambas funciones que no pueden ser eliminadas o dejadas de lado, porque tanto el pensamiento normativo o directivo —dogmática— como el pensamiento descriptivo y cuestionador —cetética—, conforman el ámbito del saber jurídico. Así, para que la estabilidad de un sistema jurídico-dogmático sea constante, es necesario un respaldo crítico de la opinión jurídica legitimada sobre el sistema, la cual es obtenida mediante la investigación.

En cuanto a la perspectiva estructural del sistema, Viehweg (1997, p. 80) realiza una distinción entre “sistemas seriales, deductivos, cibernéticos, dialécticos modernos y dialécticos clásicos”. En cada una de ellas pueden ser encontradas funciones dogmáticas y cetéticas,

⁸⁶ Cfr. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 75.

aunque dependiendo en última instancia de la respectiva función sistémica, motivo por el cual ha de ser abandonada cuando no son satisfechas las primeras dos funciones.

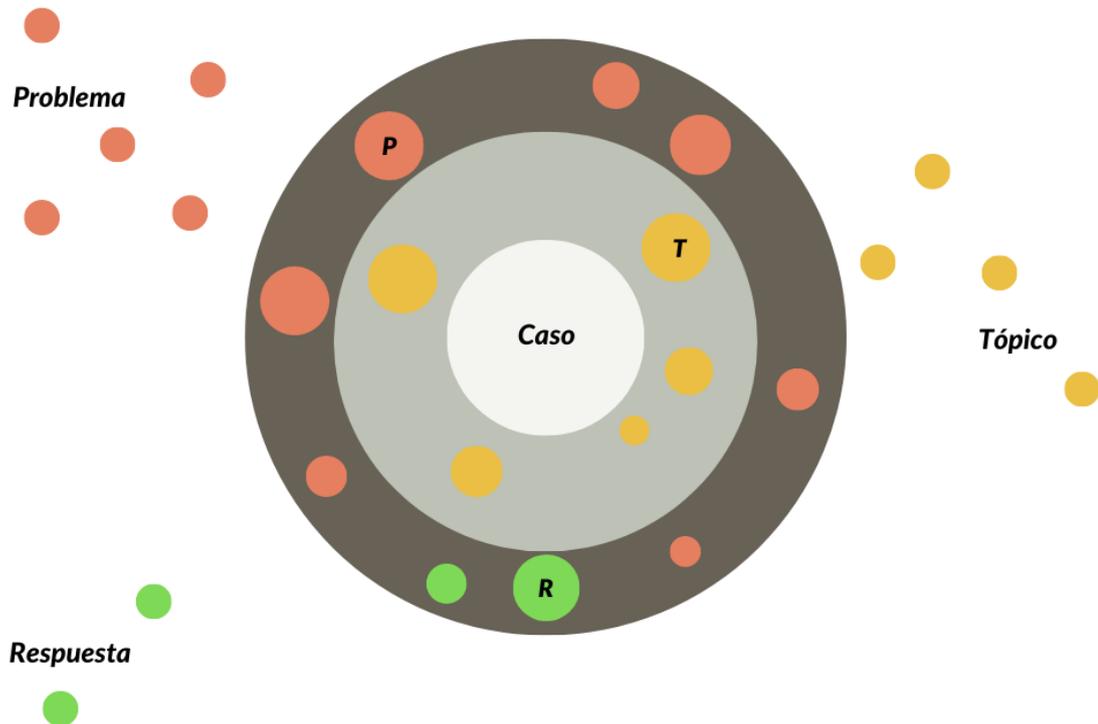
En la estructura denominada serial se tiene básicamente un sistema de recopilación y clasificación de datos o conceptos, utilizado en el campo de la investigación para almacenar conocimientos con fines informativos. Para la dogmática jurídica específica, estos constituyen puntos de vista admitidos y practicados por una cultura jurídica en particular como catálogos de *topoi* utilizados como posibles respuestas para cuestiones jurídicas. A partir de la misma se pueden construir sistemas más exigentes, como es el caso de un sistema deductivo. No obstante, este último requiere considerar principios inatacables a partir de los cuales se realizaría la inferencia de proposiciones jurídicas para ofrecer las respuestas, dando lugar así a una estructura cerrada con base en algunos principios establecidos como fundamentales. Si bien la importancia de este sistema en el ámbito de la investigación es apenas parcial, ya en el ámbito de la dogmática jurídica goza de mayor aceptación debido que los principios proporcionados pueden ser establecidos dogmáticamente, aunque su rigidez deductiva pueda verse afectada por la constantes modificaciones o interpretaciones que debe realizar para dar respuestas al gran abanico de cuestiones que se propone resolver.

Sobre el sistema cibernético, la importancia para la dogmática tiene que ver con la noción central de autorregulación, y para la cetética en cuanto a investigación bajo la forma de sociología del derecho. Según Viehweg, este constituye un sistema cerrado que se mueve en sí mismo por medio de reflexiones sociológicas mecanicistas a partir de una única cosmovisión de mundo. En este sentido, esa vinculación entre concepto de mundo y doctrina de base que ha influenciado la ciencia del derecho en los siglos XIX y XX, en alusión al sistema dialéctico-materialista, ha establecido también una unidad entre la dogmática jurídica y la investigación jurídica, por medio de una omnicomprensiva convicción histórica-filosófica para mantener un dogma básico.

Por último, se tiene el sistema tópico o dialéctico clásico, que procede y está estructuralmente vinculado a la retórica. Este se limita a ser un sistema de argumentación orientado hacia un todo ordenado según los problemas para los cuales se buscan respuestas tanto en la dogmática como en la cetética por medio de la recopilación de puntos de vista o *topoi*. En el ámbito jurídico, este catálogo de tópicos también puede ser entendido como un sistema básico para posteriormente desarrollar sistemas más complejos, como el deductivo o el dialéctico moderno. Según Viehweg (1997, p. 85), este sistema se caracteriza por su “permanente movimiento y su formulación respectiva indica tan solo una etapa de la argumentación en el manejo de la problemática correspondiente”, además de ser un sistema

abierto, porque la orientación al problema permite que otros puntos de vista sean considerados para el análisis. Posterior al análisis, cuando las respuestas son conservadas y ya no cuestionadas se tiene una transición del sistema cetético al sistema dogmático.

Figura 2 - Representación de un sistema de estructura tópica



Fuente: elaboración del autor

De acuerdo a esta división del sistema puede afirmarse que, los sistemas jurídicos pueden presentar diferentes estructuras, aunque en ocasiones complementarias entre sí, como es el caso del sistema serial que sirve de base a la construcción de un sistema deductivo o de un sistema dialéctico clásico. Igualmente que, la perspectiva funcional del sistema atraviesa cada uno de los tipos de estructuras citadas, es decir, la función dogmática y cetética dentro del sistema posee una constancia más allá de la estructura adoptada. No obstante, aunque no se afirme que apenas una estructura pueda satisfacer las funciones del sistema, sí es posible inferir una preferencia de nuestro autor hacia el sistema tópico⁸⁷. Este último, si bien comparte con el sistema serial la elaboración de un catálogo de *topoi* como estructura o base de un sistema,

⁸⁷ *Ibid.*, p. 85.

comprende además la búsqueda de tópicos —en constante revisión— para un proceso argumentativo orientado al problema. Por ello, Viehweg considera, aunque no de forma explícita, al sistema tópico como el más adecuado para satisfacer ambas funciones en el ámbito jurídico.

Por otro lado, si bien no se propone una definición de sistema propiamente dicha, se destaca e intenta dejar claro que la estructura deductiva es apenas una de las formas que puede adquirir el sistema, y que la misma presenta dificultades para ser adoptada dentro de un sistema jurídico. Al respecto, Roesler (2013, p. 157) señala que, por el conjunto de presupuestos indicados por el autor, la definición de sistema puede ser entendida apenas como el resultado de la argumentación de los juristas, considerando que la norma es un *topoi* que necesita ser interpretado, siendo por tanto el ordenamiento jurídico “una lectura, con un buen margen de consenso, sobre el sentido de las normas que lo componen, en especial a partir de un enfoque dogmático”. Asimismo, la construcción de estructuras de un sistema se encuentra asociada al momento histórico, ligado a necesidades de legitimación y la tarea científica en cada época

Ahora bien, en cuanto a la distinción entre enfoque dogmático y cetético:

Es bastante probable, teniendo en vista las características del pensamiento del autor, que haya pretendido que la distinción entre dogmática y cetética permaneciese como un *topos* y, por esa razón, no haya abordado de un modo más desarrollado sus implicancias o explicado como eso de coaduna con el análisis de la Jurisprudencia. Como todo *topos*, la distinción solamente gana sentido por referencia al problema en cuestión, y, en razón de eso, su interpretación en un todo sistematizado deber ser hecha con inmensa cautela (ROESLER, 2013, p. 164, *traducción nuestra*)⁸⁸.

Por tanto, la relación dogmática-cetética puede ser entendida como una investigación de base, y que la jurisprudencia —en cuanto saber jurídico— está compuesta por argumentaciones formuladas a partir de un enfoque dogmático, así como de argumentaciones con un enfoque cetético. Al respecto, señala Viehweg (1997, p. 174-175):

No es difícil encontrar en la disciplina jurídica las mencionadas variantes del pensamiento. Ellas provocan diferentes argumentaciones. Por ello, se puede hablar sobre lo que se llama problemas jurídicos de una manera jurídico-dogmática o jurídico-cetética. El jurista profesional, es decir, el dogmático profesional del derecho es, en todo caso, un especialista de la argumentación jurídico-dogmática que, en tanto tal, tiene sus peculiaridades. Si, además, cultiva la historia del derecho, la sociología del derecho, la criminología, la

⁸⁸ En el original: “É bastante provável, tendo em vista as características do pensamento do autor, que ele tenha pretendido que a distinção entre dogmática e zetética permanecesse como um *topos* e, por essa razão, não tenha jamais abordado de modo mais desenvolvido suas implicações ou mesmo explicado como isso se coaduna com a análise da Jurisprudência. Como todo *topos*, a distinção somente ganha sentido por referência ao problema que esteve em questão, e, em razão disso, sua interpretação em um todo sistematizado deve ser feita com imensa cautela

psicología del derecho, etc., utiliza, dentro del marco de su investigación, argumentaciones cetéticas (también llamadas metadogmáticas) y si trabaja como filósofo o como teórico del derecho, se ocupa de argumentaciones filosóficas (no especializadas) cetéticas. Una disciplina completa del derecho abarca conjuntamente y recíprocamente todas estas actividades.

2.5 Investigación de base y tópica jurídica

Para Viehweg (1997, p. 163), los actuales problemas filosóficos se desarrollan dentro de disciplinas especializadas, ocasionando un predominio de la filosofía de la ciencia. Por ello, ante conocimientos y habilidades especializadas se pregunta: “¿cuál es la actividad del científico?, o más bien, ¿cómo descubre y utiliza aquello que llama de argumentos?” Según el mismo, las respuestas a las mismas constituyen una epistemología filosófica que debe ser entendida, en buena parte, a través de una teoría de la argumentación. En relación a la ciencia del derecho, entendida como prudencia jurídica e investigación jurídica, considera que se trata de una teoría del derecho como teoría de la ciencia en el sentido indicado. De este modo, conforme apunta Roesler (2013, p. 93) “una investigación de base es, así, un análisis de la argumentación producida tanto en el ámbito de la dogmática jurídica cuanto en la teoría investigativa de carácter cetético”.

En ese contexto, y acompañando el denominado vuelco retórico de los años cincuenta, se menciona que una teoría retórica de la argumentación debe desarrollar una teoría del discurso fundante que aborde las problemáticas en torno al lenguaje, la lógica operativa y la fundamentación, todas ellas estrechamente ligadas entre sí. Sobre esta última, se hace hincapié en la pragmática —ámbito de la de retórica—, en detrimento de la sintaxis y la semántica, siendo así el diálogo o las acciones lingüísticas el punto de partida para la argumentación en una situación comunicativa. Por tanto, “si fundamentar es necesariamente argumentar y contraargumentar, entonces es una actividad que sólo es posible si se satisfacen *determinados deberes de comunicación*” (VIEHWEG, 1997, p. 169). Desde esta perspectiva del discurso fundante, el diálogo entre los participantes —ataque, defensa y explicación— debe ser investigado a partir de las obligaciones establecidas y su cumplimiento, debido a la importancia de contar con aseveraciones confiables. Esta preocupación del autor con dichas actividades comunicativas está vinculada a la tópica formal, que tiene una función de descubrimiento y justificación en la construcción del diálogo.

En cuanto a la caracterización de las argumentaciones en el campo del derecho, corresponde la distinción entre dogmática y cetética, que dentro de un modelo retórico de argumentación pueden ser consideradas como aseveraciones tratadas como dogmata y

aseveraciones tratadas como zetemata. Las primeras no están sometidas a un deber de defensa o fundamentación, sino apenas un deber de explicación, porque no son cuestionables y están ajenas de toda duda, debido que aspiran a ser conservadas. En cambio en las segundas ocurre lo contrario, las aseveraciones están sujetas al deber de defensa, justificación y explicación, tornando a la argumentación cetética infinita debido a su constante cuestionabilidad.

Es claro que en todo ámbito cultural, las dogmatizaciones, desdogmatizaciones y redogmatizaciones juegan, encubierta o manifiestamente, un papel considerable. Catálogos de *topoi* dogmatizados (a veces hasta protegidos constitucionalmente) constituyen los fundamentos de las diferentes culturas jurídicas. Aquí merece ser tenido en cuenta que las proclamaciones colocadas fuera de duda (dogmatizadas) *influyen, en tanto tales, directivamente*. Se tiende a considerar ya como debido al estado de cosas en ella designado y, por cierto, aun cuando no exista una expresa formulación de deber ser. La formulación expresa de la función directiva y la eventual sanción de la violación del dogma son sólo otros pasos más en la misma vía. Pues el pensamiento dogmático tiene la función de posibilitar decisiones y guiar acciones (VIEHWEG, 1997, p. 173-174).

Otra característica de esta teoría retórica de la argumentación consiste en intentar hacer comprensible toda argumentación desde la situación del discurso, es decir, a partir de un pensamiento situacional que encuentra apoyo en la pragmática —relación entre signos y hablantes—. Sin embargo, la forma de pensar no situacional es la que ha obtenido mayor aceptación por medio de su construcción sintáctico-semántico, especialmente a través del sistema deductivo que promueve la axiomatización y logró imponerse como modelo de ciencia moderna. A ello se suma el aislamiento y las restricciones establecidas por el positivismo jurídico, ante el temor a las ampliaciones en el contenido de las proposiciones, como por ejemplo a través de la interpretación. En el ámbito del derecho, dicha axiomatización está compuesta por un conjunto de proposiciones cualificadas generalmente como resultado de conquista políticas, cuya referencia situacional es tan inherente que permite apenas realizar un análisis extrasintáctico y sólo en última instancia un estudio situacional y pragmático. Esta última se da cuando dichas aseveraciones son rechazadas por insuficiente y se exige una fundamentación más allá de la sintaxis —conexión de los signos entre sí—. En relación a la semántica, esta se propone determinar lo que es justo en un caso particular —inclusive en una investigación jurídica—, averiguando el significado de las palabras dentro del texto jurídico, obviando la praxis jurídica cotidiana.

Para Viehweg (1997, p. 179) “aquello que aquí y ahora es aceptado como justo resultaría de una situación de comunicación sumamente compleja llevada a cabo a través de los textos jurídicos”, por lo que también constituiría una tarea primaria de la investigación jurídica, a fin

de desarrollar el pensamiento situacional en el campo de derecho para que se torne confiable y controlable. Considera entonces que, “retrotraer todos los productos del pensamiento a su origen situacional significa justamente convertir a este proceso comunicativo en objeto de la investigación” (VIEHWEG, 1997, p. 180). De este modo, se propone cambiar el proceso de averiguación semántico basado en un conjunto de afirmaciones previamente fijadas, por un procedimiento de búsqueda —descubrimiento— y posterior fijación de las proposiciones, conocida como *inventio*.

La tópica o *ars inveniendi* proporciona indicaciones útiles, los *topoi* o *loci* ofrecen ayudas iniciales concretas. Funcionan como “fórmulas de búsqueda”, en el sentido retórico, como directrices ofrecidas, aceptadas, o de alguna manera impuestas o rechazadas, para la invención, es decir, para descubrir puntos de vista que solucionen el problema en la dirección indicada dentro de una tópica de primer o segundo grado, como posibilidades para ingresar en conversaciones, como objetos de la negociación, etcétera (VIEHWEG, 1997, p. 180-181).

Para el análisis de este proceso comunicativo son sugeridos algunos pasos necesarios, tales como: reflexiones lógicas, crítico-lingüísticas y éticas. En cuanto a la lógica, esta es entendida en su forma dialógica, siempre vinculada al discurso, porque en ella se formulan conclusiones a partir de la situación pragmática del discurso y se manifiestan las acciones lingüísticas —ataque y defensa— regladas por un estricto procedimiento de argumentación. Así también, debe estar acompañada de una corriente crítico lingüística, cuyas expresiones sean concebidas como directrices recíprocas para la invención y el uso del lenguaje. Y por último, para mantener el diálogo racional es necesario establecer deberes comunicativos relacionados a la fundamentación y explicación del discurso por parte de los participantes, ofreciendo así, aseveraciones teóricas y prácticas confiables⁸⁹.

El discurso pragmático-situacional no está preocupado en reflejar la realidad en un sentido amplio partiendo de proposiciones fijas previamente determinadas, sino en orientar una realidad social compleja y procurar comprender cómo se lleva a cabo ese proceso de comunicación. Por ello, se propone una investigación permanente del proceso de creación en el discurso situacional, es decir, de los significados lingüísticos producidos pero con carácter temporal. En tal sentido, la tópica entendida como elemento esencial de la retórica puede ofrecer una importante contribución, sirviendo como fórmulas de búsqueda para una discusión creativa y controlable o acciones lingüísticas e intelectuales que pueden ser aceptadas o rechazadas por los participantes. Por tanto, contribuirían a la organización y construcción de directrices o

⁸⁹ *Ibid.*, p. 182-184.

complejos argumentativos para el desarrollo de variados temas, constituyéndose así en las “raíces del discurso fundamentado”⁹⁰.

En cuanto a los denominados *topoi*, según Viehweg (1997, p. 198) estos “no debe ser confundidos con esfuerzos más o menos afortunados de reflejar la realidad”, debido que los mismos están más bien orientados a iluminar la situación del discurso. Estos se encuentran al servicio del lenguaje para guiar un comportamiento, posibilitar la creación comunicativa controlable, lograr una opinión compartida —acuerdo— entre los participantes, y dentro de un discurso. Siguiendo a Viehweg (1997, p. 201):

Pues en el discurso se encuentra manifiestamente la sede de la invención que aquí interesa. Allí se lleva a cabo la creación que permanentemente procura producir un soporte social. Allí puede verse cómo se pone en escena el mundo jurídico pensante y actuante. Manifiestamente, allí tiene que plantearse la pregunta acerca de cómo es posible mantener viva la invención y, al mismo, volverla explicable y examinable. La tópica intenta dar una respuesta al respecto. Aspira, podría decirse, a una creatividad controlable (VIEHWEG, 1997, p. 201).

Puede decirse entonces que, a partir del discurso argumentativo pueden ser identificados una serie de tópicos en un momento histórico determinado, dentro de un sistema específico, e inclusive en una disciplina particular. Así, cada disciplina en el campo del derecho puede determinar sus propios puntos de vistas por medio de una serie de tópicos, los cuales irán ganando importancia, en mayor o menor medida, conforme a la situación dada y permitiendo inclusive la admisión de nuevos *topoi*. Esto se debe a que un círculo de problemas construye el sistema de una disciplina del derecho, pudiendo ser organizadas y utilizadas para obtener respuestas a esos problemas, aunque las respuestas sean temporales, verificables y de corto alcance. Este sistema se caracterizaría por su constante movimiento y abertura, por su orientación al problema, y por su preferencia al pensamiento tópico.

Para los fines de esta investigación, serán considerados como lugares comunes aquellos utilizados por los jueces en sus decisiones, en un determinado sistema jurídico, a partir de un repertorio de tópicos, y sobre determinado conjunto de problemas en una disciplina específica. Para ello, y a modo de delimitar el alcance de los tópicos, estos serán entendidos como aquellos que son propios de una disciplina específica, aquellos que pueden ayudar a obtener conclusiones dentro de un círculo específico de problemas, aquellos que sirven como punto de partida para auxiliar en discusiones propias de la materia o guiar hacia una respuesta, y aquellos que gozan de una amplia aceptación debido que son resultado de una práctica argumentativa consensual.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 189.

En este sentido, y a partir de las consideraciones que fueron establecidas, se propone realizar una búsqueda de tópicos dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, para luego, elaborar un repertorio de lugares comunes conforme los problemas relativos a nuestra disciplina —derechos del niño—. Esto permitirá identificar el círculo de problemas en esta disciplina especializada del derecho, los tópicos que lo conforman, y su estructura en un sistema tópico con función dogmática y cetética.

CAPÍTULO III

LOS TÓPICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

El artículo 33 de la CADH establece acerca de los órganos de protección competentes para conocer sobre temas relacionados al cumplimiento de compromisos contraídos por los Estados partes, es decir, la CIDH y la Corte IDH. Esta última según el artículo 1 de su propio Estatuto se reconoce como una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH, y conforme el artículo 2 del mismo cuenta con una doble función: jurisdiccional o contenciosa y consultiva. La función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la CADH, mientras que la función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la misma Convención.

Sobre esta segunda función, en el capítulo octavo sección segunda de la CADH — competencia y funciones—, se establece lo siguiente:

Artículo 64: 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 (OEA, 1969).

El Reglamento de la Corte IDH actualmente vigente distingue en tres artículos (artículos 70, 71 y 72) los requisitos que debe cumplir una solicitud según el texto respecto al cual se requiere la interpretación, pudiendo versar sobre: la CADH, otros tratados, o leyes internas. Así también es señalado el procedimiento a seguir (artículos 73 y 74) y por último se refiere a la emisión y la estructura que debe poseer el contenido de las opiniones que emite el Tribunal (artículo 75).

En cuanto a la legitimación activa para solicitar una opinión consultiva en el SIDH, la competencia consultiva ante la Corte IDH se encuentra habilitada para todos los miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), extendiéndose también a todos los órganos principales de la misma, en particular a aquellos cuya composición responde a criterios más técnicos e imparciales que políticos, como por ejemplo la CIDH y el Comité Jurídico Interamericano⁹¹. De esta manera, para realizar una solicitud de opinión consultiva la Corte IDH distingue entre los Estados miembros de la OEA y los órganos de ésta, según lo ha dispuesto en su Opinión Consultiva OC-02 de 24 de septiembre de 1982, denominada: “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)” y que se refiere a la legitimación para solicitar esta función mencionada en el artículo 64 de la CADH⁹².

A partir de una búsqueda en la base de datos de la Corte IDH, durante el período de 1979 hasta fines del año 2021, fueron identificadas 29 opiniones consultivas emitidas. Entre ellas, dos se refieren de forma particular a los derechos humanos del niño: Opinión Consultiva OC-17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” del año 2002, solicitada por la CIDH⁹³; y Opinión Consultiva OC-21 “Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional” del año 2014, solicitada por los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay⁹⁴. Además, fueron encontradas 12 solicitudes de opinión consultiva todavía pendientes y 5 solicitudes que fueron rechazadas. De

⁹¹ Al respecto, el Art. XII del Protocolo de Buenos Aires, que reforma la Carta de la OEA, establece que la misma realiza sus fines por medio de: a) la Asamblea General; b) la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) Los Consejos; d) El Comité Jurídico Interamericano; e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) La Secretaría General; g) Las Conferencias Especializadas, y h) los Organismos Especializados. Se podrán establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarios.

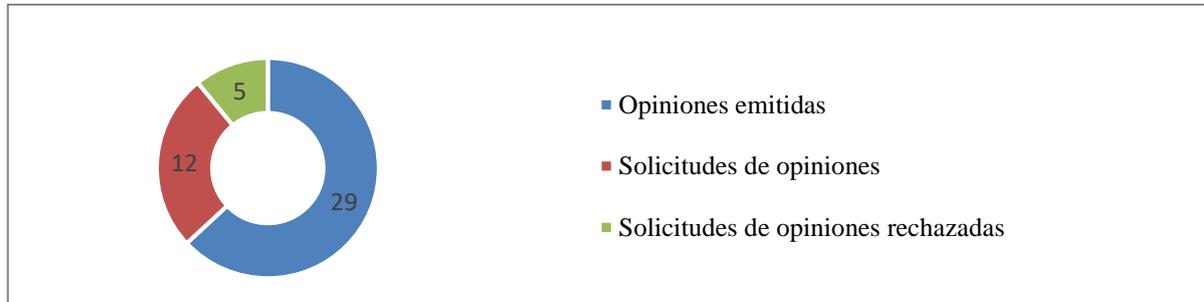
⁹² Esta opinión consultiva de la Corte IDH (1982) señala en su párr. 14: “De acuerdo con el artículo 64, todos los Estados Miembros de la OEA, hayan o no ratificado la Convención, tienen el derecho de solicitar una opinión consultiva “acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”. Asimismo, los órganos de la OEA disfrutaban de ese mismo derecho, pero solamente en lo que les compete. Así que, mientras los Estados Miembros de la OEA tienen un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas, sus órganos sólo pueden hacerlo dentro de los límites de su competencia. El derecho de éstos últimos de pedir opiniones consultivas está restringido, consecuentemente, a asuntos en lo que tales órganos tengan un legítimo interés institucional. Mientras cada órgano decide inicialmente si la petición cae dentro de su esfera de competencia, la pregunta, en última instancia, debe ser respondida por la Corte mediante referencia a la Carta de la OEA, así como a los instrumentos constitutivos y a la práctica legal del órgano correspondiente”.

⁹³ CORTE IDH. **Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**. Opinión Consultiva OC-17, del 28 de agosto de 2002. Solicitada por la CIDH. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acceso en: 02 ago. 2020.

⁹⁴ CORTE IDH. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**. Opinión Consultiva OC-21, del 19 de agosto de 2014. Solicitada por los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf. Acceso en: 02 ago. 2020.

este último grupo se puede mencionar la solicitud presentada por la CIDH sobre “El uso del castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes” en fecha 29 de diciembre de 2008⁹⁵.

Gráfico 4 - Datos sobre opiniones consultivas de la Corte IDH



Fuente: elaboración del autor

Por otro lado, en cuanto a su función contenciosa, la Corte IDH se encarga de determinar si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la CADH o en otros tratados de derechos humanos aplicables al SIDH, así como también, de realizar la supervisión de cumplimiento de sentencias. Al respecto, la CADH establece:

Artículo 61: 1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte; 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 (OEA, 1969).

Artículo 62: 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención; 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte; 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial (OEA, 1969).

⁹⁵ CORTE IDH. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009**. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/opinion.pdf>. Acceso en: 02 ago. 2020.

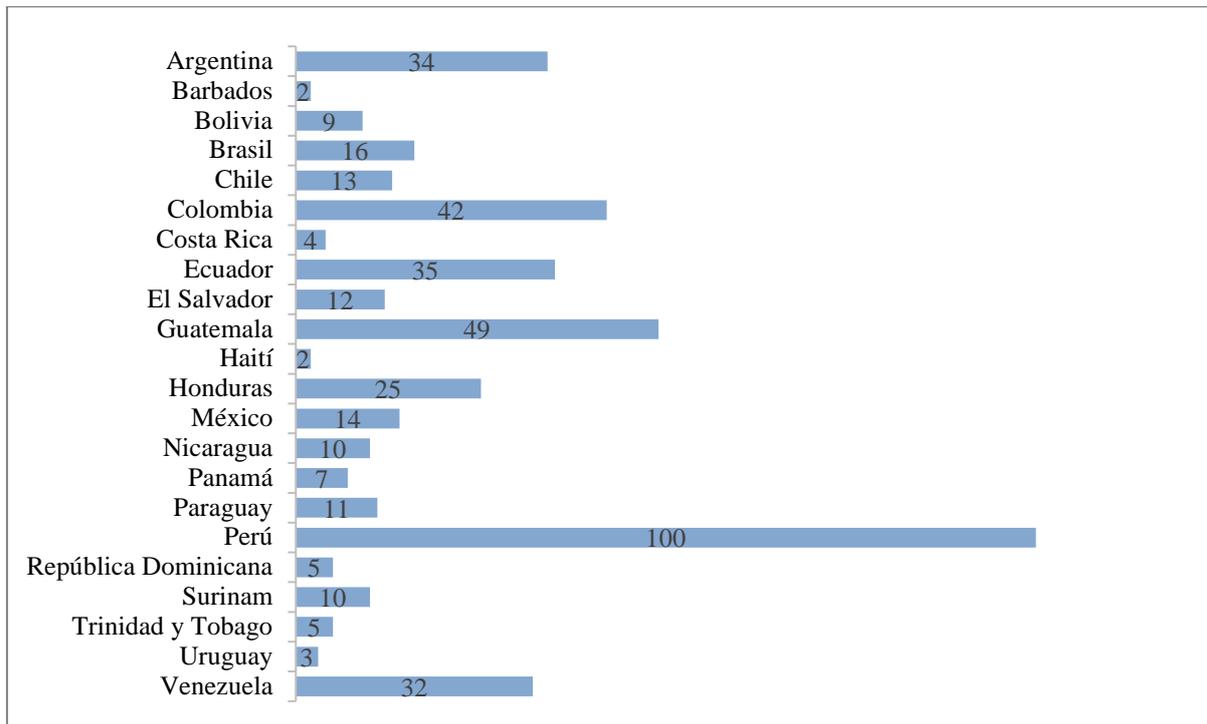
Artículo 63: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada; 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión (OEA, 1969).

Para que la Corte IDH pueda ejercer su jurisdicción contenciosa con carácter obligatorio y general se requiere que el Estado haya ratificado la CADH y reconocido la competencia de la Corte IDH. Esta competencia consta de tres presupuestos para que el Tribunal pueda conocer sobre un caso: “a) en razón de las partes que intervienen en el procedimiento, b) en razón de la materia objeto de la controversia, y c) en atención al tiempo transcurrido desde la notificación al Estado demandado del informe de la Comisión” (FAÚNDEZ LEDESMA, 1999, p. 601).

Es importante señalar que la Corte IDH es competente para pronunciarse sobre su propia competencia —facultad inherente de todo tribunal internacional— la cual se encuentra firmemente establecida en el derecho internacional. Por consiguiente, una vez afirmada su competencia y luego emitida la decisión sobre el caso en particular, el fallo se torna obligatorio para las partes. Acerca de su competencia en razón de la materia, esta se refiere a los casos relativos a violaciones de derechos humanos reconocidos en la CADH o en cualquier otro tratado que tenga competencia. En cuanto a su competencia en razón del tiempo, el Tribunal sólo es competente para conocer de los hechos que potencialmente constituyan violaciones a derechos humanos ocurridos a partir del momento de la ratificación de la CADH y, en general, hasta el momento en el que se materialice la denuncia de dicho instrumento.

Luego de una consulta en la base de datos de la Corte IDH acerca de las sentencias de los casos contenciosos, emitidos durante el período de 1979 hasta inicios del mes de diciembre de 2021, fueron identificadas 440 decisiones expedidas por este Tribunal⁹⁶.

⁹⁶ Al respecto, es importante señalar que el número de sentencias no se corresponde, necesariamente, con el número de casos contenciosos. En un mismo caso, la Corte IDH puede dictar distintos tipos de sentencias (de excepciones preliminares, de fondo, de reparaciones y de interpretación de sentencia). Cabe además destacar que todos los datos utilizados fueron obtenidos en el sitio web de la Corte IDH: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

Gráfico 5 - Sentencias de la Corte IDH por Estado (1979-2021)

Fuente: elaboración del autor

3.1 Punto de partida: Opinión Consultiva OC-17

Como fue anteriormente mencionado, el 30 de marzo de 2001 la CIDH en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la CADH sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8⁹⁷ y 25⁹⁸ de la CADH, con el propósito de

⁹⁷ El artículo 8 de la CADH, denominado “Garantías Judiciales”, señala que: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

⁹⁸ El artículo 25 de la CADH, denominado “Protección Judicial” señala que: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente

determinar si las medidas de protección establecidas en el artículo 19⁹⁹ de la misma constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación a los niños, niñas y adolescentes. En uso de sus atribuciones, el 28 de agosto de 2002 la Corte IDH se pronunció por medio de la OC-17 a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

En su pedido, la CIDH preguntó: ¿cómo interpretar los artículos 8 y 25 de la CADH, para determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación a niños? Según la CIDH, la falta de precisión en el alcance del artículo 19 daba como resultado una discrecionalidad para su uso por parte de los jueces y tribunales nacionales, las cuales son descritas a través de una serie de premisas interpretativas elaboradas por la misma CIDH¹⁰⁰.

A su vez, la Corte IDH consideró, entre tantas otras cuestiones, que dichas medidas de protección del citado artículo de la CADH devienen de la inmadurez, la debilidad y la inexperiencia de los niños, niñas y adolescentes, y que por tanto, dichas medidas deben responder al interés superior de los mismos¹⁰¹. En ese sentido, la aplicación de las denominadas medidas de protección así como la interpretación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la CADH deben ser realizados conforme el reconocimiento de la personalidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes y atendiendo a su interés superior.

Para el Tribunal, el artículo 19 de la CADH fue concebido porque existía una preocupación para asegurar al niño la debida protección mediante mecanismos estatales orientados al efecto. No obstante, consideró que hoy en día debe darse una “interpretación

Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

⁹⁹ Según el artículo 19 de la CADH, denominado “Derechos del Niño”: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

¹⁰⁰ Estas premisas indicadas por la CIDH señalan que:

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

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

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

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

¹⁰¹ Cfr. CORTE IDH. **Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**. Opinión Consultiva OC-17, del 28 de agosto de 2002. Solicitada por la CIDH, párr. 60.

dinámica de este concepto” que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derechos y no sólo como objeto de protección¹⁰². La Corte IDH (2002, párr. 54) también sostuvo que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos especiales derivados de su condición”. En consecuencia, se hace necesario analizar las medidas de protección más adecuadas según las “características particulares de la situación” en que se encuentran los titulares de estos derechos¹⁰³.

Por otro lado, si bien aquí no se pretende analizar o evaluar las argumentaciones producidas en la OC-17¹⁰⁴, resulta importante mencionar sobre los cuestionamientos que pueden ser realizados a esta opinión consultiva, los cuales se observan desde el pedido formulado por la CIDH en su etapa de admisión y que habían sido señalado por el Juez Jackman en su voto disidente.

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 (RUIZ DÍAZ ARCE, 2021, p. 204).

Asimismo, en relación al contenido de la OC-17, Beloff (201, p. 555-556) señala algunos aspectos problemáticos de esta opinión consultiva:

1. Una decisión importante pero incompleta puesto que omitió pronunciarse sobre aspectos centrales relacionados con los alcances del art. 19 de la Convención Americana, tanto en términos de prestaciones positivas como de límites al Estado.
2. Una decisión confusa basada en un igualmente equívoco planteo del problema por parte de la CIDH.
3. Una decisión basada sobre la transcripción de artículos, precedentes e informes regionales e internacionales, mediante la que no se ha brindado una solución razonada de los temas sometidos a consideración.

Sin embargo, a pesar de los problemas formales de la OC-17 que fueron prescindidos durante el examen de admisibilidad, la remisión constante a normas internacionales de derechos

¹⁰² *Ibid.*, párr. 28.

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 61.

¹⁰⁴ Para un análisis exhaustivo sobre los argumentos de la Corte IDH en la OC-17, véase: RUIZ DÍAZ ARCE, Sergio. **La protección de la infancia en los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: análisis, evaluación y efectos de la Opinión Consultiva 17**. Orientadora: ROESLER, Claudia. 2018. 176f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

humanos, la ausencia de definiciones en conceptos claves, y el desarrollo de temas diversos que no estaban directamente vinculadas a la consulta, también es posible identificar argumentaciones relacionados a las medidas de protección que fueron señaladas por la mayoría de los integrantes del Tribunal. La importancia de estas radica, principalmente, en el uso constante y reiterado de las mismas por parte de la Corte IDH en sus decisiones posteriores sobre casos contenciosos.

En cuanto a la familia, la OC-17 señaló que esta constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, motivo por el cual el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural. Por ello, debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. Por consiguiente, la separación debe ser excepcional y preferentemente, temporal¹⁰⁵.

En cuanto al Estado —y en referencia a la aplicación de medidas de protección—, señaló que este debe tomar todas las “medidas positivas” que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales —conforme a los artículos 19 y 17 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma—¹⁰⁶. Por otro lado, indicó que en caso de que sea atribuida la comisión de una conducta delictuosa a un niño, niña o adolescente, este debe quedar sujetos a “órganos jurisdiccionales especializados” distintos de los correspondientes a las personas adultas, observando siempre los principios y las normas del debido proceso legal¹⁰⁷. En este sentido, las características de la intervención estatal —descrita en la ley penal— en casos de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales especializados así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

En cuanto a estas medidas de protección, la Corte IDH (2002, p. 87) señaló en sus conclusiones que “el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”. Al respecto, indicó que el derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la CADH,

¹⁰⁵ Cfr. CORTE IDH. **Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**. Opinión Consultiva OC-17, del 28 de agosto de 2002. Solicitada por la CIDH, párr. 77.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 87-91.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 109.

sino que comprende también, la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas. Por consiguiente, la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales¹⁰⁸.

La Corte IDH también se manifestó sobre la condición jurídica de la niñez y la adolescencia, reafirmando que los mismos son titulares de derechos y no sólo objeto de protección. Señaló además que, el interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Para justificar la especialidad de derechos atribuidos a este grupo de personas, la Corte IDH profundizó acerca del principio de igualdad, para afirmar que este principio no impide la adopción de reglas y medidas específicas para los niños, quienes requieren de un trato diferente —orientado a la protección de los derechos e intereses de los mismos— en función de sus condiciones especiales¹⁰⁹.

A partir del desarrollo de todos estos asuntos referentes a los derechos del niño puede afirmarse que ante el problema de interpretación planteado por el artículo 19 de la CADH, la Corte IDH ha desarrollado en la OC-17 una serie de temas, conceptos, e inclusive problemas en torno de la misma, a fin de brindar contenido a la norma en cuestión. En este sentido, cabe indagar sobre el uso dado a esta opinión consultiva por la Corte IDH en sus sentencias sobre casos contenciosos, es decir, acerca de las premisas de la OC-17 que se encuentran presentes en las decisiones posteriores a la misma.

Esta búsqueda de premisas es además importante teniendo en cuenta el uso y la trascendencia de las opiniones consultivas de la Corte IDH, que van más allá de los debates entorno de su naturaleza¹¹⁰, debido al innegable impacto jurisprudencial producido por las mismas en las decisiones contenciosas de la Corte IDH e inclusive en algunos tribunales nacionales. Si bien desde hace algunos años ya no existe unanimidad sobre los efectos y alcances de las opiniones consultivas de la Corte IDH, según reiteradas manifestaciones de este propio Tribunal aun cuando la misma no tenga el carácter vinculante de una sentencia en un

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 87.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 87.

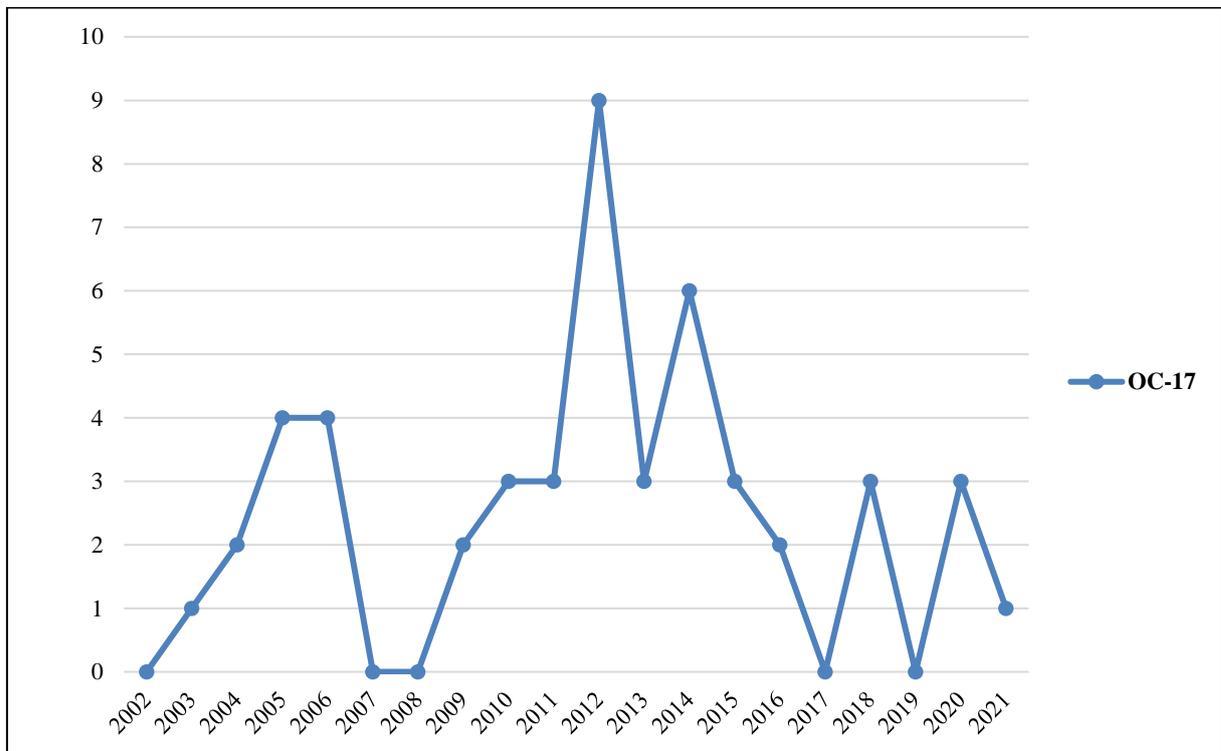
¹¹⁰ Al respecto, sobre la naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas, el juez Vio Grossi (2018, p. 206) ha manifestado que “la Convención utiliza términos diferentes para referirse a la competencia contenciosa y a la competencia consultiva o no contenciosa de la Corte. No debe ser entendida 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”.

caso contencioso, tienen en cambio “efectos jurídicos innegables”¹¹¹. Ahora bien, más allá de la indeterminación es posible evidenciar en los fallos de la Corte IDH el uso constante de las opiniones consultivas para la elaboración de argumentos en las justificaciones del Tribunal acerca de una amplia variedad de temas relativos a derechos humanos, así como también, sobre cuestiones de competencia.

Resulta adecuado señalar que para los fines de esta investigación fue considerado como punto de partida a la OC-17, a pesar de ser tres años posterior a la primera sentencia contenciosa de la Corte IDH que aborda de modo particular sobre los derechos del niño, debido que es el precedente jurídico del Tribunal más utilizado en sus decisiones en materia sobre derechos del niño en el ámbito del SIDH. Se advierte además, que aquí no se pretende realizar un análisis exhaustivo sobre el contenido de esta opinión consultiva o sobre los efectos producidos por la misma¹¹², sino más bien, ilustrar su impacto en la jurisprudencia contenciosa del Tribunal a través de su uso desde su aparición y en relación a sus premisas en las sentencias de los casos contenciosos —objeto de investigación—. Del mismo modo, la expresión punto de partida, dada a la OC-17, debe ser entendida como lugar de inicio para la recolección de datos —recorte temporal— y no necesariamente como fuente primaria o marco teórico para el análisis de los datos obtenidos, debido a que la misma no es objeto de análisis en esta investigación.

¹¹¹ Cfr. CORTE IDH. **Informes de la CIDH (art. 51 de la CADH)**. Opinión Consultiva OC-15 de 14 de noviembre de 1997, párr. 26.

¹¹² Cfr. RUIZ DÍAZ ARCE, Sergio. Los dilemas y las ambigüedades en los efectos de la Opinión Consultiva OC-17. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 9, n. 2, p. 197-222, 2019.

Gráfico 6 - Citaciones a la OC-17 en los casos contenciosos (2002-2021)

Fuente: elaboración del autor

En el gráfico anterior es posible observar el uso constante de la OC-17 con posterioridad a su publicación a lo largo de los años en las sentencias de casos contenciosos que afectan derechos del niño, lo cual permite inferir acerca de la importancia de la misma para el Tribunal en la resolución de dichos casos. En relación a estos fallos, de acuerdo a una revisión jurisprudencial entre los años 1999 y 2021, fueron identificados 58 (cincuenta y ocho) sentencias sobre casos contenciosos emitidas por la Corte IDH¹¹³ que se refieren a cuestiones que afectan derechos del niño, las cuales fueron agrupadas de a siguiente manera:

¹¹³ En las referencias se encuentran disponibles los enlaces de acceso a todas las sentencias de la Corte IDH mencionadas a lo largo de esta investigación.

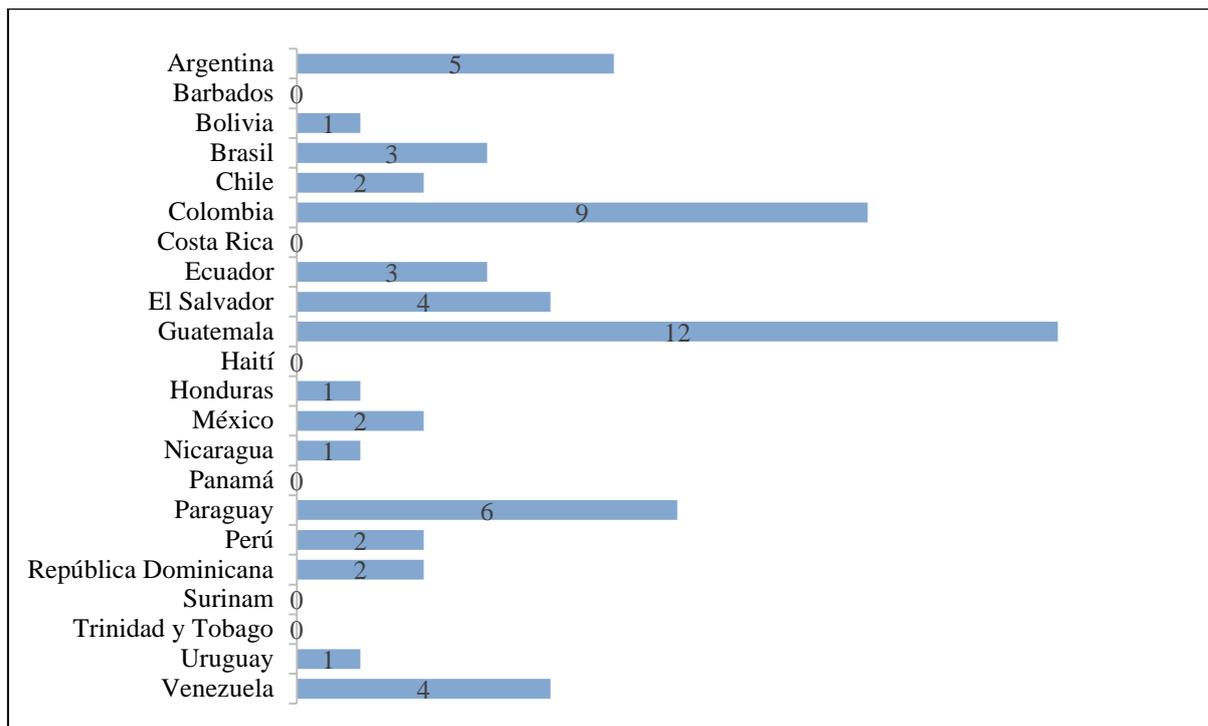
Tabla 1 - Sentencias de la Corte IDH sobre casos que afectan derechos del niño (1999-2021)

PAÍS	CASO	AÑO
Guatemala	Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala	1999
Argentina	Bulacio	2003
Guatemala	Molina Theissen	2004
Perú	Hermanos Gómez Paquiyauri	
Paraguay	Instituto de Reeducción del Menor	
El Salvador	Hermanas Serrano Cruz	
Guatemala	Carpio Nicolle y otros	
Paraguay	Comunidad Indígena Yakye Axa	2005
Colombia	Masacre de Mapiripán	
República Dominicana	Niñas Yean y Bosico	
Paraguay	Comunidad Indígena Sawhoyamaxa	2006
Colombia	Masacres de Ituango	
Honduras	Servellón García y otros	
Paraguay	Vargas Areco	
Guatemala	Tiu Tojín	2008
México	González y otras (“Campo Algodonero”)	2009
Guatemala	Masacre de las Dos Erres	
Guatemala	Chitay Nech y otros	2010
Paraguay	Comunidad Indígena Xákmok Kásek	
México	Rosendo Cantú y otra	
Uruguay	Gelman	2011
El Salvador	Contreras y otros	
Venezuela	Familia Barrios	
Chile	Atala Riffo y Niñas	2012
Argentina	Fornerón e Hija	
Argentina	Furlan y Familiares	
Colombia	Vélez Restrepo y Familiares	
Venezuela	Uzcátegui y otros	
Guatemala	Masacres de Río Negro	
El Salvador	Masacres de El Mozote y lugares aledaños	
Guatemala	Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”)	
Colombia	Masacre de Santo Domingo	
Argentina	Mendoza y otros	2013
Colombia	Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (operación génesis)	
Bolivia	Familia Pacheco Tineo	
Guatemala	Veliz Franco y otros	2014
Venezuela	Hermanos Landaeta Mejías y otros	
República Dominicana	Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas	
Guatemala	Defensor de Derechos Humanos y otros	
El Salvador	Rochac Hernández y otros	
Ecuador	Gonzales Lluy y otros	2015
Perú	Comunidad Campesina de Santa Bárbara	
Ecuador	García Ibarra y otros	
Brasil	Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde	2016
Colombia	Yarce y otras	

Brasil	Favela Nova Brasilia ¹¹⁴	2017
Colombia	Vereda La Esperanza	
Nicaragua	V.R.P., V.P.C. y otros	2018
Guatemala	Ramírez Escobar y otros	
Colombia	Carvajal Carvajal y otros	
Guatemala	Coc Max y otros (Masacre De Xamán)	
Colombia	Omeara Carrascal y otros	
Argentina	López y otros	2019
Paraguay	Noguera y otra	2020
Ecuador	Guzmán Albarracín y otras	
Brasil	Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares	
Venezuela	Mota Abarullo y otros	
Chile	Vera Rojas y otros	2021

Fuente: elaboración del autor

Gráfico 7 - Distribución de casos que afectan derechos del niño por país (1999-2021)



Fuente: elaboración del autor

¹¹⁴ La República Federativa del Brasil reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 10 de diciembre de 1998, indicando además que el Tribunal tendría competencia respecto de “hechos posteriores” a dicho reconocimiento. Por tal motivo, sobre la alegada violación de los derechos del niño en este caso, según lo previsto en el artículo 19 de la CADH, la Corte IDH consideró que las niñas involucradas en este proceso serán consideradas como personas mayores de edad, por lo que no procede pronunciarse respecto a hechos ocurridos cuando estas eran niñas, atendiendo a la competencia temporal del Tribunal. No obstante, cabe destacar que la Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado por la vulneración de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, así como de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de las tres mujeres víctimas de violencia sexual (dos de ellas niñas, al momento de producirse el hecho).

A partir de allí pudo identificarse en 52 de los casos señalados, es decir el 90% del total de los casos, las siguientes premisas utilizadas por la Corte IDH cuando se hace referencia a la OC-17. Los datos fueron organizados del siguiente modo:

Tabla 2 - Casos que afectan derechos del niño y su remisión a la OC-17 (2003-2020)

Caso: BULACIO VS. ARGENTINA		Año: 2003
Premisa	Remisión a la OC-17	
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr.132-133	
Concepto de niño	Párr. 42	
Deberes del Estado	Párr. 78; 87	
Interés superior del niño	Párr. 56	
Caso: HERMANOS GÓMEZ PAQUIYAURI VS. PERÚ		Año: 2004
Premisa	Remisión a la OC-17	
Concepto de niño	Párr. 42	
Los niños como titulares de derecho	Punto resolutivo n. 1, y Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 1-71	
Competencia de la Corte IDH	Párr. 24	
Interés superior del niño	Párr. 56	
Caso: INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR VS. PARAGUAY		Año: 2004
Premisa	Remisión a la OC-17	
Competencia de la Corte IDH	Párr. 24	
Igualdad	Párr. 54	
Interés superior del niño	Párr. 56; 60	
Familia	Párr. 66	
Personalidad jurídica del niño	Voto del juez Cançado Trindade párr. 8	
Deberes del Estado	Párr. 80; 81; 84; 86; 87; 88	
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr. 93; 95; 98; 109	
Caso: HERMANAS SERRANO CRUZ VS. EL SALVADOR		Año: 2004
Premisa	Remisión a la OC-17	
Competencia de la Corte IDH	Párr. 20; 22	
Caso: MOLINA THEISSEN VS. GUATEMALA		Año: 2004
Premisa	Remisión a la OC-17	
Interés superior del niño	Párr. 56; 57	
Caso: COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAY		Año: 2005
Premisa	Remisión a la OC-17	
Interés superior del niño	Párr. 56; 60	
Caso: MASACRE DE MAPIRIPÁN VS. COLOMBIA		Año: 2005
Premisa	Remisión a la OC-17	
Igualdad	Párr. 54	
Competencia de la Corte IDH	Párr. 24	

Familia	Párr. 66
Interés superior del niño	Párr. 56
Deberes del Estado	Párr. 87
Caso: NIÑAS YEAN Y BOSICO VS. REPÚBLICA DOMINICANA Año: 2005	
Premisa	Remisión a la OC-17
Igualdad	Párr. 44; 53; 54
Concepto de niño	Párr. 41; 42
Interés superior del niño	Párr. 56; 57; 60
Caso: COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY Año: 2006	
Premisa	Remisión a la OC-17
Interés superior del niño	Párr. 56; 60
Caso: SERVELLÓN GARCÍA Y OTROS VS. HONDURAS Año: 2006	
Premisa	Remisión a la OC-17
Igualdad	Párr. 54
Interés superior del niño	Párr. 56; 60
Deberes del Estado	Párr. 91
Caso: VARGAS ARECO VS. PARAGUAY Año: 2006	
Premisa	Remisión a la OC-17
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr. 93; 95
Caso: MASACRES DE ITUANGO VS. COLOMBIA Año: 2006	
Premisa	Remisión a la OC-17
Igualdad	Párr. 54
Interés superior del niño	Párr. 56
Deberes del Estado	Párr. 82
Caso: MASACRE DE LAS DOS ERRES VS. GUATEMALA Año: 2009	
Premisa	Remisión a la OC-17
Igualdad	Párr. 53; 54
Concepto de niño	Párr. 42
Familia	Párr. 71
Competencia de la Corte IDH	Párr. 24
Interés superior del niño	Párr. 56; 57; 60
Deberes del Estado	Párr. 88; 91
Caso: GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO Año: 2009	
Premisa	Remisión a la OC-17
Igualdad	Párr. 53; 54
Interés superior del niño	Párr. 60
Caso: CHITAY NECH Y OTROS VS. GUATEMALA Año: 2010	
Premisa	Remisión a la OC-17
Igualdad	Párr. 46; 53; 54
Familia	Párr. 66; 71; 72
Interés superior del niño	Párr. 56; 60
Caso: COMUNIDAD INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAY Año: 2010	
Premisa	Remisión a la OC-17

Igualdad	Párr. 54
Interés superior del niño	Párr. 56; 57; 60
Deberes del Estado	Párr. 86
Caso: ROSENDO CANTÚ Y OTRA VS. MÉXICO	
Año: 2010	
Premisa	Remisión a la OC-17
Interés superior del niño	Párr. 56; 59; 60
Caso: CONTRERAS Y OTROS VS. EL SALVADOR	
Año: 2011	
Premisa	Remisión a la OC-17
Familia	Párr. 71
Interés superior del niño	Párr. 56
Competencia de la Corte IDH	Párr. 24
Deberes del Estado	Párr. 88
Caso: GELMAN VS. URUGUAY	
Año: 2011	
Premisa	Remisión a la OC-17
Competencia de la Corte IDH	Párr. 24
Familia	Párr. 66; 71; 72; 77
Caso: FAMILIA BARRIOS VS. VENEZUELA	
Año: 2011	
Premisa	Remisión a la OC-17
Interés superior del niño	Párr. 56; 59; 60
Deberes del Estado	Párr. 86; 91
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr. 93
Caso: ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE	
Año: 2012	
Premisa	Remisión a la OC-17
Familia	Párr. 66; 69; 70; 71; 72; y 77
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr. 99; 102
Interés superior del niño	Párr. 56; 60; y 137 (punto 2)
Caso: FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA	
Año: 2012	
Premisa	Remisión a la OC-17
Igualdad	Párr. 51
Familia	Párr. 62; 65; 66; 69; 70; 71; 72; 75; 77
Interés superior del niño	Párr. 56; 60
Deberes del Estado	Párr. 79
Caso: FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA	
Año: 2012	
Premisa	Remisión a la OC-17
Concepto de niño	Párr. 42
Igualdad	Párr. 44
Interés superior del niño	Párr. 60; 61
Familia	Párr. 62; 65
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr. 98; 99; 102
Caso: MASACRE DE SANTO DOMINGO VS. COLOMBIA	
Año: 2012	
Premisa	Remisión a la OC-17
Igualdad	Párr. 54

Caso: MASACRES DE EL MOZOTE Y LUGARES ALEDAÑOS VS. EL SALVADOR		Año: 2012
Premisa	Remisión a la OC-17	
Concepto de niño	Párr. 42	
Caso: VÉLEZ RESTREPO Y FAMILIARES VS. COLOMBIA		Año: 2012
Premisa	Remisión a la OC-17	
Familia	Párr. 66; 71; 72	
Interés superior del niño	Párr. 60	
Deberes del Estado	Párr. 86; 91	
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr. 93	
Igualdad	Párr. 53; 54	
Caso: GUDIEL ÁLVAREZ Y OTROS (“DIARIO MILITAR”) VS. GUATEMALA		Año: 2012
Premisa	Remisión a la OC-17	
Familia	Párr. 71	
Caso: MASACRES DE RÍO NEGRO VS. GUATEMALA		Año: 2012
Premisa	Remisión a la OC-17	
Familia	Párr. 66; 71	
Interés superior del niño	Párr. 56; 57; 60	
Igualdad	Párr. 53; 54	
Caso: UZCÁTEGUI Y OTROS VS. VENEZUELA		Año: 2012
Premisa	Remisión a la OC-17	
Deberes del Estado	Párr. 86	
Interés superior del niño	Párr. 56; 59; 60	
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr. 93	
Caso: MENDOZA Y OTROS VS. ARGENTINA		Año: 2013
Premisa	Remisión a la OC-17	
Concepto de niño	Párr. 42	
Igualdad	Párr. 54	
Interés superior del niño	Párr. 56; 59	
Familia	Párr. 62; 65; Punto resolutivo N° 4	
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr. 92; 93; 94; 95; 96; 97; 98; 102; 115; 116; 117; 118	
Caso: COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES DESPLAZADAS DE LA CUENCA DEL RÍO CACARICA (OPERACIÓN GÉNESIS) VS. COLOMBIA		Año: 2013
Premisa	Remisión a la OC-17	
Familia	Párr. 65; 66	
Interés superior del niño	Párr. 60; 61	
Caso: FAMILIA PACHECO TINEO VS. BOLIVIA		Año: 2013
Premisa	Remisión a la OC-17	
Interés superior del niño	Párr. 61	
Familia	Párr. 62; 65; 66; 71; 72; 77	
Procedimientos judiciales o administrativos	Párr. 95; 96; 97; 98; 99	

Caso: VELIZ FRANCO Y OTROS VS. GUATEMALA		Año: 2014
	Premisa	Remisión a la OC-17
Familia		Párr. 62; 66
Caso: ROCHAC HERNÁNDEZ Y OTROS VS. EL SALVADOR		Año: 2014
	Premisa	Remisión a la OC-17
Familia		Párr. 72
Interés superior del niño		Párr. 61
Caso: PERSONAS DOMINICANAS Y HAITIANAS EXPULSADAS VS. REPÚBLICA DOMINICANA		Año: 2014
	Premisa	Remisión a la OC-17
Familia		Párr. 65; 66; 71; 72; 73; 77
Procedimientos judiciales o administrativos		Párr. 119
Igualdad		Párr. 44; 46
Deberes del Estado		Párr. 88
Caso: HERMANOS LANDAETA MEJÍAS Y OTROS VS. VENEZUELA¹¹⁵		Año: 2014
	Premisa	Remisión a la OC-17
Igualdad		Párr. 54
Interés Superior del Niño		Párr. 56; 60
Caso: DEFENSOR DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS VS. GUATEMALA		Año: 2014
	Premisa	Remisión a la OC-17
Concepto de niño		Párr. 42
Caso: GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR		Año: 2015
	Premisa	Remisión a la OC-17
Interés superior del niño		Párr. 56; 60
Caso: GARCÍA IBARRA Y OTROS VS. ECUADOR		Año: 2015
	Premisa	Remisión a la OC-17
Concepto de niño		Párr. 42
Caso: COMUNIDAD CAMPESINA DE SANTA BÁRBARA VS. PERÚ		Año: 2015
	Premisa	Remisión a la OC-17
Concepto de niño		Párr. 42
Familia		Párr. 62
Caso: YARCE Y OTRAS VS. COLOMBIA		Año: 2016
	Premisa	Remisión a la OC-17
Familia		Párr. 66

¹¹⁵ En esta decisión la Corte IDH no cita directamente a la OC-17, pero se refiere a la misma por medio de su sentencia en: **Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (c). Serie C No. 112., párr. 147 y 160.

Caso: TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL		Año: 2016
Premisa		Remisión a la OC-17
Interés Superior del niño		Párr. 61
Caso: RAMÍREZ ESCOBAR Y OTROS VS. GUATEMALA		Año: 2018
Premisa		Remisión a la OC-17
Igualdad		Párr. 49
Interés superior del niño		Párr. 56;
Familia		Párr. 67; 71; 72; 75; 76; 77; 65; 66; 70
Procedimientos judiciales o administrativos		Párr. 99; 102
Caso: CARVAJAL CARVAJAL Y OTROS VS. COLOMBIA		Año: 2018
Premisa		Remisión a la OC-17
Igualdad		Párr. 53; 54
Interés superior del niño		Párr. 60
Familia		Párr. 66; 71; 72
Procedimientos judiciales o administrativos		Párr. 91; 93
Deberes del Estado		Párr. 86
Caso: V.R.P., V.P.C. Y OTROS VS. NICARAGUA		Año: 2018
Premisa		Remisión a la OC-17
Competencia de la Corte IDH		Párr. 29
Interés superior del niño		Párr. 61
Familia		Párr. 71
Procedimientos judiciales o administrativos		Párr. 96; 98; 99
Deberes del Estado		Párr. 86
Caso: COC MAX Y OTROS (MASACRE DE XAMÁN) VS. GUATEMALA		Año: 2018
Premisa		Remisión a la OC-17
Interés Superior del Niño		Párr. 61
Caso: LÓPEZ Y OTROS VS. ARGENTINA		Año: 2019
Premisa		Remisión a la OC-17
Familia		Párr. 71; 77
Caso: NOGUERA Y OTRA VS. PARAGUAY¹¹⁶		Año: 2020
Premisa		Remisión a la OC-17
Interés Superior del Niño		Párr. 56
Caso: GUZMÁN ALBARRACÍN Y OTRAS VS. ECUADOR		Año: 2020
Premisa		Remisión a la OC-17
Deberes del Estado		Párr. 84; 86; 91
Interés superior del niño		Párr. 60
Igualdad		Párr. 53; 54
Procedimientos judiciales o administrativos		Párr. 93

¹¹⁶ En esta decisión la Corte IDH no cita directamente a la OC-17, pero se refiere a la misma por medio del caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, en el párr. 163.

Caso: EMPLEADOS DE LA FÁBRICA DE FUEGOS EN SANTO ANTÔNIO DE JESUS Y SUS FAMILIARES		Año: 2020
Premisa		Remisión a la OC-17
Igualdad		Párr. 43; 44

Caso: MOTA ABARULLO Y OTROS VS. VENEZUELA		Año: 2020
Premisa		Remisión a la OC-17
Procedimientos judiciales o administrativos		Párr. 109

Caso: VERA ROJAS Y OTROS VS. CHILE		Año: 2021
Premisa		Remisión a la OC-17
Deberes del Estado		Párr. 86; 91
Interés superior del niño		Párr. 60
Igualdad		Párr. 53; 54
Procedimientos judiciales o administrativos		Párr. 93

Fuente: elaboración del autor

Posteriormente, las premisas de la OC-17 utilizadas en las sentencias de los casos fueron clasificadas según su frecuencia:

Tabla 3 - Frecuencia de premisas provenientes de la OC-17 en las sentencias de los casos contenciosos de la Corte IDH (2003-2020)

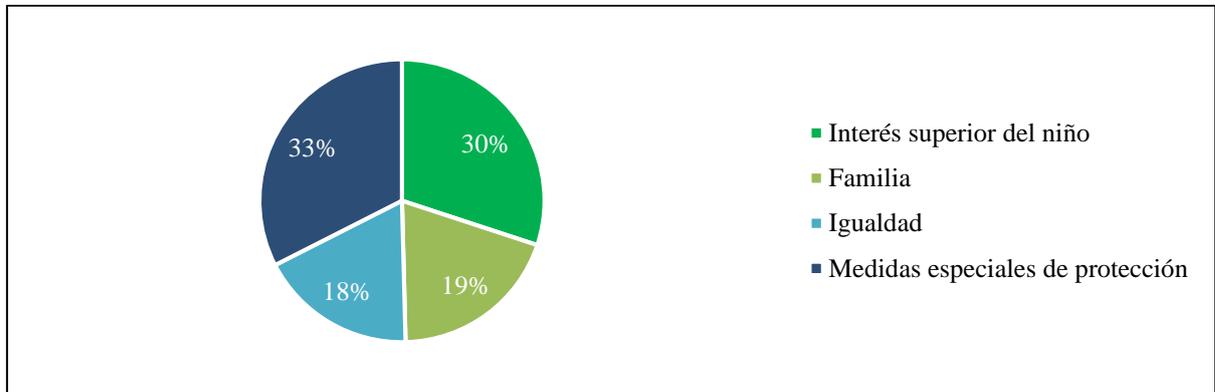
Premisa	Frecuencia
Interés Superior del Niño	37
Familia	24
Igualdad	22
Deberes del Estado	20
Procedimientos judiciales o administrativos	20
Concepto de niño	10
Competencia de la Corte IDH	8
Los niños como titulares de derecho	1
Personalidad jurídica del niño	1

Fuente: elaboración del autor

De esta manera se tiene, conforme el recorte de casos a partir de la OC-17, que las premisas con mayor frecuencia fueron: interés superior del niño, familia, igualdad, procedimientos judiciales o administrativos, y deberes del Estado. En cuanto a las dos últimas, ambas constituyen una función del Estado democrático de derecho, las cuales pueden ser agrupadas, o bien, entendidas en materia de derechos del niño como medidas de protección. Se tiene entonces que, conforme los 52 casos examinados, estas premisas provenientes de la OC-

17 son las más utilizadas por el Tribunal en el abordaje de problemas que afectan derechos del niño en las sentencias de los casos contenciosos.

Gráfico 8 - Distribución de premisas en las sentencias de casos contenciosos de la Corte IDH (2003-2021)



Fuente: elaboración del autor

De este modo, además de observar el impacto de la OC-17 en la jurisprudencia de la Corte IDH, la identificación de estas premisas permite ilustrar con mayor precisión de qué manera el Tribunal ha hecho uso de este precedente en cuanto a su contenido específico, atendiendo que en ella se aborda una serie de temas relacionados a la materia en cuestión. Asimismo, el uso reiterado de estas premisas en la jurisprudencia del Tribunal permite inferir, de forma preliminar, la importancia que las mismas adquieren en asuntos relativos a la protección de los derechos del niño en el ámbito del SIDH. En este sentido, si las mismas son utilizadas para el abordaje de cuestiones sobre derechos del niño dentro del SIDH, corresponde identificar el contenido de estas premisas y la función que desempeñan en la jurisprudencia de la Corte IDH, así como también, el círculo de problemas en el cual se desenvuelven.

3.2 El contenido de las premisas provenientes de la OC-17

Para examinar el contenido de las premisas identificadas se propone una breve descripción de cada una de ellas, principalmente, sobre las conclusiones ofrecidas en la OC-17 a los efectos de obtener algunas aproximaciones sobre las mismas. Cabe volver a destacar que la elección de esta opinión consultiva como punto de partida debe ser entendida en sentido estricto, es decir, como un precedente jurídico de gran impacto en la jurisprudencia de la Corte IDH y de amplio uso en el tratamiento de problemas que afectan derechos del niño, conforme fue previamente indicado a través del relevamiento de datos.

En relación a la primera premisa, la OC-17 se refiere al *interés superior del niño* a partir de las disposiciones previstas en la Declaración de los Derechos del Niño y en la CDN, para luego señalar que:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (CORTE IDH, 2002, párr. 56).

Si bien la definición de interés superior del niño expuesto en la OC-17 está marcada por constantes remisiones a distintos instrumentos jurídicos de protección, la justificación en base al principio de dignidad del ser humano resulta importante para establecer una ligación entre la CDN y los principios fundamentales de derechos humanos. El interés superior del niño es uno de los elementos analizado de modo particular en la OC-17 para intentar responder a las demandas y necesidades de las personas menores de edad. Sin embargo, el Tribunal evita establecer delimitaciones precisas en torno de la misma, así como también, sobre la función de la familia, la sociedad y el Estado.

Según la Corte IDH (2002, párr. 59) el interés superior del niño constituye un “punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados” en la CDN, y por tanto un criterio a ser observado en “las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”. Además, la Corte IDH señala algunas orientaciones sobre la función de esta premisa en relación a las medidas de protección:

En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. (CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 60)

Tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, se tomará en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos; así como también, se procurará en la medida de lo posible el mayor acceso del mismo, al examen de su propio caso. (CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 102)

La expresión “Interés Superior del Niño”, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios

rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. (CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-17, 2002, párr. 137. 2)

Asimismo, entre sus conclusiones la OC-17 menciona:

2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (CORTE IDH, 2002, p. 86).

Sin embargo, aunque la OC-17 refuerza la relevancia de esta premisa para la toma de decisiones sobre asuntos relativos a derechos del niño, el Tribunal mantiene en abstracto su amplio contenido al evitar ofrecer una definición precisa sobre la misma, mediante el cual puede ser inferido el carácter flexible y ambiguo de este concepto, en el mismo sentido que posteriormente lo hizo el Comité de Derechos del niño (2013). Por consiguiente, no es señalada delimitación alguna sobre su alcance para la aplicación en los casos concretos, y en consecuencia, se torna necesario recurrir a la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH para examinar las situaciones en que el interés superior del niño es utilizado, así como también, las condiciones a ser observadas para su adecuada aplicación.

Sobre la segunda premisa, la OC-17 se refiere a la familia como núcleo central de protección de los derechos del niño, cuya responsabilidad es compartida con la sociedad y el Estado para la adopción de medidas de protección a favor de las personas menores de edad, conforme establecen las normas internacionales de derechos humanos. Asimismo, en cuanto a la tutela efectiva del niño se menciona que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia” (CORTE IDH, 2002, párr. 65).

A los efectos de distinguir los deberes de la familia y el Estado, se señala que:

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar [...] (Corte IDH, 2002, párr. 66).

Sobre el concepto de familia, la Corte IDH (2002, párr. 70) citó varios instrumentos normativos, y agregó que “el término ‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”. Asimismo, en el análisis de esta premisa se hizo especial hincapié en la separación excepcional del niño de su familia,

la cual se encuentra reconocida en disposiciones de derechos humanos del Sistema Universal como del SIDH. Dicha separación “[...] debe estar justificada por el interés superior del niño” (CORTE IDH, 2002, párr. 73), siendo preferentemente de “[...] duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias” (CORTE IDH, 2002, párr. 75). Según la Corte IDH (2002, párr. 71):

El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño [...]

A través de reiteradas remisiones al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la OC-17 se refiere a la “convivencia entre padres e hijos” como un elemento fundamental en la vida familiar, así como también, a la protección familiar ante medidas estatales arbitrarias que representen un “peligro para las relaciones familiares” (CORTE IDH, 2002, párr. 72 y 74). Sin embargo, también considera que:

Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. **La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño**, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor [...] (destacado agregado) (CORTE IDH, 2002, párr. 74).

En sus conclusiones, la OC-17 sostuvo:

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. (CORTE IDH, 2002, p. 86).

Por tanto puede ser afirmado que esta premisa, en sentido amplio, en el ámbito de los derechos del niño hace referencia a la *protección del núcleo familiar*, la cual debe ser considerada como elemento importante a ser observado por parte de la autoridad estatal. Sin embargo, la OC-17 no indica las situaciones concretas en que se encuentra justificada la separación familiar, o bien, las situaciones que no justifican la separación familiar, de igual modo que no se ofrece una definición unívoca de familia o las características del núcleo familiar a ser observada dentro del SIDH.

En cuanto a la tercera premisa, la OC-17 destaca la importancia de determinar el sentido y alcance de la misma, entendida como principio de igualdad, con respecto a las personas

menores de edad. En su análisis, la Corte IDH reconoce la especial situación en que se encuentra este grupo de personas en relación a las personas adultas, así como la necesidad de garantizar el acceso a todos sus derechos para evitar discriminaciones en razón de su condición de vulnerabilidad absoluta.

Según el Tribunal, de conformidad con el artículo 24 y 1.1 de la CADH, existe una prohibición de introducir en los ordenamiento jurídicos internos regulaciones discriminatorias referentes a la protección ante la ley, y que por tanto, “todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es, *per se*, incompatible con ésta” (CORTE IDH, 2002, párr. 43). No obstante, el Tribunal también puntualiza que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”, debido que “[e]xisten ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia” (CORTE IDH, 2002, párr. 46).

En consecuencia, la Corte IDH (2002, párr. 55) señaló que:

[...] en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, **sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño**. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla (destacado agregado).

Y en ese mismo sentido, la OC-17 apuntó en sus conclusiones:

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños (CORTE IDH, 2002, p. 86).

De este modo, según la OC-17, la existencia de desigualdades de hecho merece el establecimiento de una protección aún mayor para el ejercicio de derechos, la cual no puede ser considerada como discriminatoria o contraria al principio de igualdad. Tal es el caso de los niños, niñas y adolescentes, cuya justificación se encuentra fundada en su especial situación de vulnerabilidad absoluta. En este sentido, el trato diferenciado para las personas menores de edad en las normativas para su protección permite asegurar el principio de igualdad en el acceso a

derechos fundamentales, es decir, por medio del reconocimiento de su condición especial, o bien, de la *igualdad fundada en la especialidad*. No obstante, en su análisis la OC-17 no determina las situaciones concretas en que existen desigualdades entre niños y adultos, en las cuales sea necesaria una acción o trato especializado hacia las personas menores de edad para garantizar esa igualdad de derechos.

En relación a la cuarta premisa, resultado de la combinación entre procedimientos judiciales o administrativos y deberes estatales (obligaciones positivas), la OC-17 desarrolla una serie de cuestiones alrededor de ambas, que luego llevan a confluir en la premisa denominada *medidas especiales de protección*. Cabe mencionar que, si bien ambas poseen distintas características y merecen un abordaje diferenciado, estas constituyen una respuesta estatal para garantizar la protección especial a un grupo específico de personas.

Esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. **Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana.** Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de 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. (CORTE IDH, 2002, párr. 87, destacado agregado).

De esta manera, entre los deberes estatales la Corte IDH (2002, párr. 78-91) se refirió a: las instituciones y el personal encargado de la protección de los derechos del niño, las condiciones de vida y la educación del niño, y las medidas positivas de protección, sobre las cuales la OC-17 concluyó de la siguiente manera:

6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen

la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales (CORTE IDH, 2002, p. 86-87)

Por otro lado, en relación a los procedimientos judiciales o administrativos, la Corte IDH (2002, párr. 92-136) se refirió a: debido proceso y garantías; participación del niño; proceso administrativo; procesos judiciales; imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo; debido proceso; y justicia alternativa, sobre las cuales la OC-17 concluyó:

10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural — competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos (CORTE IDH, 2002, p. 87).

Como fue anteriormente señalado, ambas fueron agrupadas como medidas especiales de protección porque aluden a la responsabilidad del Estado en relación a los niños, niñas y adolescentes. Se tiene entonces, medidas estatales a ser aplicadas ante una situación de desprotección —riesgo o peligro— que a su vez puede requerir, de forma individual o conjunta, una acción para garantizar el acceso a los derechos económicos, sociales, culturales y

ambientales (DESCA), o bien, medidas estatales para asegurar la protección de derechos en el marco de un procedimiento judicial o administrativo. En sentido similar se pronunció en su voto concurrente el juez García Ramírez en la OC-17, al considerar importante establecer diferencias entre ambos tipos de medidas de protección, aunque desde una perspectiva del derecho penal. Al respecto señaló que, las medidas especiales de protección deben ser distinguidas para su aplicación entre las siguientes situaciones: cuando exista una situación que no implique conducta típica alguna y que requiera la necesidad de la actuación estatal en beneficio de la persona menor de edad, y; cuando se trate de la realización de una conducta que sea penalmente típica y requiera de la intervención de la autoridad estatal.

Sin embargo, la OC-17 no cita o señala algunos ejemplos relativos a cada tipo de medida de protección aplicable, sobre todo, teniendo en cuenta las diferentes situaciones o contextos en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en la región. Así también, aunque la OC-17 indica un contenido más aproximado a los tipos de medidas estableciendo diferencias entre las mismas, el concepto general de medidas especiales de protección permanece en sentido amplio, genérico y abierto a nuevas situaciones que puedan ser planteadas.

A modo de conclusión puede decirse que, estas premisas provenientes de la OC-17 y que se encuentran presentes en la mayoría de las decisiones del Tribunal en los casos que afectan derechos del niño, se caracterizan por su contenido amplio, genérico y abstracto. Esto se debe, en cierta medida, porque poseen un significado multívoco el cual solo puede ser determinado cuando es aplicado a una situación concreta. Es decir, la premisa obtiene significado a partir del problema dado en el caso particular. Por tanto, no resultaría adecuado el uso de las mismas dentro de un sistema jurídico que las axiomatice para utilizarlas por la vía de la deducción, debido que este procedimiento requiere que las premisas contengan una definición estricta. Además, estas deben reunir los requisitos de compatibilidad, integridad e independencia, a fin de producir decisiones unívocas para los problemas que afectan a nuestra materia. Igualmente, si se opta por restringir el contenido de las premisas, estas podría acarrear dificultades tales como: menor duración en el tiempo, debido a la posibilidad de caer en desuso, así como también, rigidez frente a los problemas, al no poder responder a todas las situaciones presentadas en los casos concretos. En consecuencia, es posible inferir que ese no ha sido el procedimiento adoptado por la Corte IDH en el uso de estas premisas provenientes de la OC-17, atendiendo al amplio significado que se ha otorgado a las mismas.

Por otro lado, conservar ese carácter amplio en el contenido de las premisas parece haber sido el camino seguido por el Tribunal a los efectos de responder u ofrecer soluciones a las diversas situaciones que se presentan en los casos concretos y que afectan derechos del niño.

Por esta vía además, las premisas adquieren mayor flexibilidad y adaptabilidad en cuanto a su definición, en la cual puede ser objeto de constante revisión, actualización o interpretación en cada situación particular. Ahora bien, si las premisas no tienen contenido en sí mismas y estas necesitan estar vinculadas al caso concreto, y por lo tanto al problema, cobra importancia central identificar cuáles son esos problemas que colocan en movimiento este conjunto de premisas, y a través ellas, las argumentaciones realizadas por el Tribunal en torno de los derechos del niño en el SIDH.

3.3 El círculo de problemas que afectan derechos del niño

Como fue mencionado con anterioridad, el problema fundamental de nuestra disciplina dentro del SIDH está relacionado con la protección de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya respuesta del ordenamiento jurídico interamericano es la protección especial o especializada a este grupo de personas, dada a través del artículo 19 de la CADH. A partir de esta relación, que se torna evidente en la jurisprudencia como objeto del derecho, es posible extraer el círculo de problemas que afectan a los derechos del niño, la cual se produce en el diálogo argumentativo —proceso de comunicación— realizado por la Corte IDH en sus decisiones judiciales.

Luego de una revisión de la jurisprudencia contenciosa del Tribunal y con base en las premisas seleccionadas, fueron identificadas en las 58 sentencias que abordan cuestiones sobre derechos del niño los siguientes cuatro grupos de problemas: situación de riesgo o peligro, conflicto con la ley penal, separación familiar, y discriminación. A su vez, cada una de estos grupos está compuesto por un sub-grupo de problemas.

Tabla 4 - Círculo de problemas de la disciplina

Problema	Sub-problema
P1 – Situación de riesgo o peligro	P1a. Violencia institucional
	P1b. Acceso a los DESCAs
P2 – Conflicto con la ley penal	P2a. Procedimientos judiciales o administrativos
	P2b. Custodia estatal
P3 – Separación familiar	P3a. Adopción, guarda y custodia irregular
	P3b. Violencia institucional
P4 – Discriminación	P4a. Acceso a la justicia
	P4b. Condición particular o situación en que se encuentra

Fuente: elaboración del autor

Cabe destacar que la respuesta del SIDH para proteger a los niños, niñas y adolescentes es dada a través de las medidas de protección, conforme es señalado en el artículo 19 de la

CADH. Por tanto, las violaciones de derechos humanos contra los mismos derivan de la ausencia —omisión— o el incumplimiento —inacción— en la adopción de dichas medidas por parte de los Estados miembros. En consecuencia, los cuatro grupos de problemas guardan relación con la protección especial para este grupo personas.

En cuanto a las *situaciones de riesgo o peligro*, están incluyen aquellos casos relativos a la violencia institucional y el acceso a los denominados DESCAs. El primero se refiere a la violencia ejercida contra las personas menores de edad por parte de agentes estatales, las cuales se traducen principalmente en casos que involucran desplazamiento forzado, desaparición forzada, tortura, amenaza, esclavitud, reclutamiento forzado (violencia en instituciones estatales) y violencia de género, entre otras. Una característica de este subgrupo de problemas son algunos contextos particulares en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes de la región, tales como, conflicto armado interno y migración, los cuales agravan el escenario del problema¹¹⁷. En el segundo subgrupo se encuentran los problemas relacionados a restricciones o inacciones del Estado para el acceso a los DESCAs, tales como salud, educación, identidad cultural y nivel de vida adecuado. Así también, fueron incluidos en este último subgrupo la venta de niños y el trabajo infantil, siendo estas situaciones de riesgo o peligro específicas que afectan derechos del niño¹¹⁸.

En cuanto a problemas que involucran *conflicto con la ley penal*, por un lado son agrupadas casos relativos a la justicia penal adolescente, que incluyen cuestiones sobre procedimientos judiciales (participación en el proceso judicial, debido proceso y garantías judiciales) o administrativos (detención arbitraria y privación de libertad) que afectan a las personas menores de edad¹¹⁹. Y por otro lado, casos relacionados con la custodia estatal como respuesta al delito¹²⁰.

En cuanto a la *separación familiar*, fueron incluidos casos que envuelven problemas de adopción irregular, custodia y guarda irregular, así como también, aquellos problemas que devienen de la violencia institucional como la desaparición forzada y el desplazamiento forzado¹²¹.

En cuanto a los problemas asociados a la *discriminación*, fueron clasificadas entre casos que abordan el acceso a la justicia, y casos relativos a la condición particular o situación en que

¹¹⁷ Cfr. CORTE IDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños y Niñas y Adolescentes**. Costa Rica, 2018, p. 140-173. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf>. Acceso en: 02 ago, 2020.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 124-138.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 109-123.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 173 - 193.

¹²¹ *Ibid.*, p. 78 - 98.

se encuentran este grupo de personas. Estos últimos incluyen, una serie de casos agrupados como discriminación debido a la condición particular, tales como: condición de niña, niñez indígena, estado de salud; y casos que se refieren a la discriminación por el contexto particular en que se encuentra el sujeto protegido, como por ejemplo: condición de migrante o refugiado y situación socioeconómica.

Por otro lado, si bien la clasificación de problemas propuesto no es taxativa y puede ser debatible o perfeccionada, la elaboración de la misma para los fines de esta investigación obedece más que nada a los efectos de otorgar una centralidad a los problemas concretos de la disciplina en los cuales se desenvuelven las premisas que fueron identificadas. Pero, ¿por qué partir del problema —un catálogo de problemas— y no a partir de las respuestas normativas o derechos regulados que se encuentran en el sistema de normas del SIDH?

Como fue señalado, la respuesta normativa sobre la protección de los niños, niñas y adolescentes es el artículo 19 de la CADH, que se complementa a través de un amplio *corpus juris* de derechos humanos del niño. Sin embargo, este sistema de normas puede resultar insuficiente, en algún periodo de tiempo, o no conseguir responder a todas las situaciones presentadas, tal como acontece con el artículo 19 de la CADH cuando en ocasiones los tipos de problemas que se suscitan en los casos particulares precisa que la norma amplíe su espectro de alcance. Sobre este último, es reconocido el contenido estructural que posee esta norma frente a la aporía fundamental, la cual se refleja por medio de su amplio espectro normativo como fue ilustrado anteriormente¹²². Por ello, la centralidad en el problema o en un círculo de problemas, debido a su carácter constante, otorga una mayor estabilidad al sistema dentro del cual se encuentra y permite además obtener una conclusión más adecuada para el caso particular.

Igualmente, en cuanto campo especializado del derecho, los derechos del niño como disciplina requiere centrar sus esfuerzos en la identificación de problemas o grupos de problemas, porque ello permitirá aproximarnos a las múltiples realidades que afectan a las personas menores de edad en la región y retomar de forma constante al problema central, sin depender únicamente de un sistema normativo para la búsqueda de respuestas en cada caso particular. Asimismo, con este enfoque cobra importancia la construcción de argumentos pensados desde el problema y no para justificar o ajustarlos a una respuesta normativa. Además, aunque pueda resultar evidente, nos posibilita pensar en los derechos del niño como disciplina que trasciende a la norma o cualquier sistema normativo en que se encuentre.

¹²² Véase la figura 1, p. 38, del Capítulo I.

Ahora bien, esto no quiere decir que las respuestas del sistema de normas no sean útiles o que su estudio carezca de sentido, sino apenas se destaca que la centralidad no necesariamente debe recaer en ellas, sobre todo porque estas se caracterizan por ser temporales, incompletas o parciales, y por lo general no son lo suficientemente flexibles a los diferentes tipos de problemas. Así por ejemplo, cuando el Tribunal condena a los Estados en casos sobre derechos del niño, utiliza el artículo 19 de la CADH en la mayoría de los casos en relación a otras normas de la CADH que se refieren a derechos específicos, y en caso de insuficiencia de estas recurre a otras normas del SIDH o del Sistema Universal. Por ello el Tribunal estableció un denominado amplio *corpus juris* para intentar administrar estos grupos de problemas, siendo aun así un cuerpo normativo que no contiene todas las respuestas o no son lo suficientemente claras, salvo cuando se encuentran frente al problema específico.

En consecuencia, la centralidad en el problema nos permite observar a los derechos del niño como disciplina especializada y objeto de investigación desde una perspectiva mucho más amplia, sin reducirla a una simple cuestión normativa que necesita ser ajustada a la realidad. Además, esta centralidad amplía las discusiones sobre sobre la temática en materia de derechos humanos y logra retomar de forma constante al problema central de la disciplina que es la protección de los niños, niñas y adolescentes, cuya respuesta normativa a pesar de sus dificultades se refiere a una protección especial. Si bien esta respuesta ha generado a su vez nuevas interrogantes para la materia y producido nuevas dificultades, puede ser inferido también que el procedimiento adoptado la Corte IDH para responder a estos problemas o grupos de problemas ha sido utilizando una serie de premisas especiales o tópicos, los cuales serán analizados en las argumentaciones presentes en las sentencias de los casos contenciosos.

3.4 La función tópica de las premisas en materia de derechos del niño

Si bien estas premisas fueron utilizadas por el Tribunal con el objetivo de delimitar el alcance del artículo 19 de la CADH a través de la OC-17, y por consiguiente, el contenido de los derechos del niño en el SIDH; también es posible observar que cada una de ellas carece de definiciones precisas, debido a su contenido problemático y ambiguo conforme la descripción que fue realizada. En consecuencia, estas premisas no constituyen axiomas verdaderos pasibles de deducción para la resolución de problemas por esa vía. Así también, estas premisas contenidas en la OC-17 se caracterizan por su vaguedad e indeterminación, debido a la ausencia de una delimitación conceptual —definición precisa de su contenido—, ocasionando una serie de inquietudes o dudas relacionadas a su alcance y contenido propio.

Sin embargo, atendiendo la utilidad de las mismas dentro de la jurisprudencia, conforme fue identificado en las sentencias de los casos contenciosos del Tribunal, es posible otorgar un sentido operacional a estas premisas indicadas por la Corte IDH comúnmente utilizadas en sus decisiones a través de la OC-17. En ese sentido, resulta más adecuado comprender que la función de estas premisas consiste en orientar hacia la búsqueda de respuestas o posibles soluciones a los problemas que se presentan en los casos concretos, es decir, premisas para elaborar argumentos. Cabe entonces abordarlas como un conjunto de tópicos especiales en materia de derechos del niño que se desarrollan dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Estas premisas utilizadas por los jueces en sus distintas decisiones pueden ser consideradas para construir un repertorio de tópicos —tópica de primer grado— en el abordaje de cuestiones relacionadas a los derechos del niño en el SIDH. Para ello, serán considerados los siguientes tópicos o lugares comunes como los más importantes dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando esta hace referencia a los derechos del niño: interés superior del niño (ISN), protección del núcleo familiar (PNF), igualdad fundada en la especialidad (IFE), y medidas especiales de protección (MEP), esta última conforme la combinación previamente señalada.

Una vez seleccionadas y organizadas estas premisas corresponde examinar cada una de ellas para comprobar el carácter tópico de las mismas en materia de derechos del niño. Para ello cabe analizar atendiendo a la función que desempeñan dentro de nuestra disciplina, teniendo en cuenta criterios tales como, la relación de cada uno de los tópicos con el derecho positivo dentro de un sistema de normas. Igualmente, si estos constituyen puntos de partida para auxiliar en las discusiones de los problemas o guiar hacia una respuesta. Así como también, determinar los acuerdos establecidos por los mismos como resultado de una práctica argumentativa consensual.

En este sentido, si bien la relación de los tópicos seleccionados con la disciplina en cuestión se encuentra principalmente establecida por el uso constante de los mismos para el abordaje de problemas específicos, se hace necesario además verificar la funcionalidad de estos tópicos a partir de la comprobación de los siguientes aspectos:

1. Orientación del contenido en el desarrollo de la jurisprudencia: debido al carácter plúvoco y flexible que poseen, ya sea como respuesta normativa —histórica y parcial— a un conjunto de problema predeterminados dentro del ordenamiento jurídico interamericano o a través de la interpretación realizada por el Tribunal, para luego identificar las direcciones o los tipos de orientación de cada uno de los *topoi*.

2. Auxilio en las discusiones de los problemas para guiar hacia una respuesta: para ello es necesario identificar el círculo de problemas que afectan a los derechos del niño en el SIDH y el desempeño de los tópicos en el abordaje de esos problemas que se encuentran en los casos particulares dentro de la jurisprudencia del Tribunal.

3. Establecimiento de consensos argumentativos que gozan de amplia aceptación: esto requiere una sistematización de las respuestas ofrecidas por la Corte IDH, devenidas del círculo de problemas, a los efectos de determinar los consensos establecidos por este Tribunal a partir del catálogo de tópicos.

En consecuencia, el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH en relación a los derechos del niño se propone determinar: el desarrollo de los tópicos especiales en el ordenamiento jurídico interamericano, el desempeño de estos tópicos ante los problemas específicos de la disciplina, y los consensos establecidos por el Tribunal en relación a los tópicos especiales.

Asimismo, para comprobar dicha funcionalidad de los tópicos a partir del análisis de las decisiones, será considerado como el elemento central el círculo de problemas propuesto, por entender que este coloca en funcionamiento toda la estructura del derecho en nuestra disciplina. Para ello será utilizado el siguiente cuadro esquemático a los efectos de establecer la relación problema-tópico en cada uno de los casos examinados por el Tribunal:

Tabla 5 - Instrumento para el análisis del catálogo de *topoi*

Año	País	Caso	Problema	Sub-problema	Tópico
Periodo 1999 - 2021	Jurisdicción en 15 países	58 casos examinados	P1 - Situación de riesgo o peligro	Violencia institucional	ISN
				Acceso a los DESCAs	
				Venta de niños	
				Trabajo infantil	
			P2 - Conflicto con la ley penal	Procedimientos judiciales o administrativos	MEP
				Custodia estatal	
			P3 - Separación familiar	Guarda y custodia irregular	PNF
				Adopción irregular	
				Violencia institucional	
			P4 - Discriminación	Acceso a la justicia	IFE
				Composición familiar	
				Condición particular: niña, niñez indígena, estado de salud	
Situación en que se encuentra: migrante o refugiado, situación socioeconómica					

Fuente: elaboración del autor

Cabe destacar que aunque estos tópicos seleccionados no constituyen premisas verdaderas, y por tanto no son demostrables, estas son en cambio el resultado de un procedimiento de búsqueda constante dentro de la jurisprudencia que exige al mismo tiempo una justificación por parte de la autoridad judicial frente al problema planteado. Así también, esta búsqueda y selección de lugares comunes para la construcción de un catálogo de tópicos resulta apropiada porque sirve como guía para obtener conclusiones ante los problemas relacionados a nuestra disciplina en el SIDH, tornado posible la permanente relación problema-respuesta a través de una serie de *topoi*. Asimismo, es posible afirmar que estos tópicos provenientes de los fallos de la Corte IDH constituyen tópicos especiales de la materia en cuestión, porque son utilizados con frecuencia por el Tribunal a los efectos de justificar sus decisiones en relación a una rama específica del derecho.

Por tanto, corresponde determinar la justificación de su uso y delimitar su contenido a partir de la funcionalidad de cada uno de ellos, conforme la jurisprudencia de la Corte IDH, para lo cual se torna necesario una revisión y análisis de las decisiones en las sentencias de los casos contenciosos examinados por este Tribunal.

Figura 3 - Catálogo de tópicos especiales sobre derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH



Fuente: elaboración del autor

CAPÍTULO IV

TÓPICOS ESPECIALES EN DERECHOS DEL NIÑO

La respuesta del derecho, entendida como respuesta al problema de justicia, a la protección de los niños, las niñas y los adolescentes en el marco del SIDH es la “protección especializada”, o bien, las “medidas de protección” caracterizadas por su amplio sentido e indeterminación. En consecuencia, la búsqueda de definiciones o significados unívocos y precisos en torno de esta respuesta tan importante para nuestra disciplina se ha deparado con una jurisprudencia abierta y dinámica, que a su vez ha requerido de una comprensión del derecho —ciencia del derecho— que se ajustara a ese movimiento constante y reflexivo para el abordaje de problemas que afectan derechos del niño.

En esa perspectiva fue observado que, las medidas de protección están relacionadas con una serie de premisas en constante movimiento, situadas dentro de un círculo específico de problemas, y mediante las cuales se ofrecen variadas soluciones a los planteamientos suscitados en los casos particulares. Por consiguiente, la indeterminación o la vaguedad de la respuesta a la protección de los derechos del niño, no constituye un obstáculo o una dificultad para la efectiva realización o comprensión de estos derechos. Sino al contrario, estas características han permitido el abordaje de una amplia gama de problemas que interesan a la disciplina, y sobre todo, para que puedan ser atendidas las distintas demandas exigidas por parte de un grupo de personas altamente vulnerables, con múltiples características y que se encuentra en diversas situaciones.

De esta manera, el contenido amplio, abstracto y genérico de las medidas de protección se torna evidente apenas cuando se encuentra frente a un problema o a un conjunto de problemas que permean a este campo especializado del derecho. Al respecto, la Corte IDH por medio de sus decisiones ha desarrollado a lo largo de estos últimos veinte años toda una estructura para los derechos del niño a partir de esta respuesta, en que las denominadas medidas de protección

han adquirido variadas significaciones y han sido orientadas hacia distintas direcciones en las sentencias de sus casos contenciosos. Asimismo, dentro de esta estructura elaborada por el Tribunal, las medidas de protección son comprendidas o interpretadas a través de una serie de lugares comunes, que a su vez adquieren funcionalidad en relación al círculo de problemas de la disciplina. De este modo se considera que, el contenido y alcance de las medidas de protección en la jurisprudencia de la Corte IDH se hallan representados en las sentencias de los casos contenciosos por medio de tópicos especializados en función al problema suscitado.

Conforme la descripción realizada en el capítulo anterior, se infiere que las medidas de protección en este campo del derecho se expresan o manifiestan a través de los siguientes tópicos —catálogo de tópicos—: interés superior del niño, medidas especiales de protección, protección del núcleo familiar, e igualdad fundada en la especialidad. Si bien estos lugares comunes son utilizados como elementos para la descripción y determinación del amplio contenido y alcance de las medidas de protección, se percibe a su vez que, dichas premisas que conforman el catálogo de tópicos también poseen un cierto grado de abstracción e indeterminación. Para ello, resulta adecuado analizar la funcionalidad de estos tópicos especializados desde una perspectiva pragmática y en su relación con los problemas, cuya actividad acontece en el discurso argumentativo de los casos contenciosos del Tribunal. Asimismo, por medio de la funcionalidad de los tópicos, conforme criterios de análisis establecidos, se podrá acceder a una comprensión más aproximada de las medidas de protección en nuestra disciplina.

4.1 Contenido y orientación de los lugares comunes en la disciplina

Una vez seleccionados los *topoi* de nuestra disciplina, un primer criterio para determinar su funcionalidad consiste en determinar la orientación de los mismos dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, debido al contenido plurívoco que estos poseen. Para ello, se ilustra el contenido parcial, normativo o regulado, de los topoi dentro del ordenamiento jurídico interamericano para luego identificar el sentido adoptado en las sentencias del Tribunal referentes a la materia.

4.1.1 Interés superior del niño

En el sistema universal de derechos humanos este concepto aparece por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹²³. En ella es utilizado como marco rector,

¹²³ Como antecedente a esta declaración se puede mencionar la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. Posteriormente, esta declaración pasa a

tanto para la promulgación de leyes en materia de infancia, así como también, para los responsables por impartir educación y orientación al niño:

Principio II: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. **Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño** (destacado agregado).

Principio VII: El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. **El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.** El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho (destacado agregado).

Ahora bien, puede decirse que con la CDN de 1989 es que este concepto comienza a adquirir mayor fuerza, debido que a partir de este instrumento normativo el interés superior del niño pasa a formar parte de las nuevas legislaciones nacionales en materia de infancia¹²⁴. Igualmente, se amplía el ámbito de actuación de dicho marco rector y no queda reducido apenas a lo legislativo, sino que incluye además a las instituciones públicas y privadas, los tribunales de justicia y las autoridades administrativas. Al respecto, el artículo 3.1 de la CDN señala:

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

Sobre esta norma, el Comité de Derechos del Niño (Comité)¹²⁵ ha manifestado que las medidas a ser aplicadas por los órganos e instituciones públicas de conformidad con este principio, implica observar de forma sistemática el impacto en los derechos e intereses del niño.

ser incluida dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Asimismo, este principio también es mencionado en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) en los arts. 5 b y 16, párr. 1 d.

¹²⁴ Cabe mencionar que, también se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía (2000) en su preámbulo y artículo 8, así también, en el Protocolo Facultativo de la Convención relativo al Procedimiento de Comunicaciones (2011), en su preámbulo y artículos 2 y 3.

¹²⁵ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General N° 5:** medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ginebra, 2003. párr. 12.

Es decir, si las leyes, políticas (propuestas o existentes), medidas administrativas, decisiones judiciales, entre otras, afectan —directa o indirectamente— los derechos del niños. En ese mismo sentido, la CIDH (1997, capítulo VII, párr. 5) en su informe anual recomienda a los Estados partes que todas las decisiones que afecten derechos del niño “sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño”.

El interés superior del niño pasa también a ser mencionado en cuestiones de familia, principalmente, en casos de separación familiar. Así, el artículo 9 de la CDN¹²⁶ reza:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, **a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.** Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

[...] 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, **salvo si ello es contrario al interés superior del niño** (destacado agregado).

Asimismo, según la CDN el interés superior del niño debe ser observado en los procedimientos judiciales y en caso de privación de libertad que afecten a personas menores de edad. El artículo 37 del mismo indica que:

Los Estados Partes velarán porque:

[...] c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. **En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño,** y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; [...] (destacado agregado).

A su vez, el artículo 40.2 de la CDN incluye este concepto entre las garantías judiciales:

[...] Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

¹²⁶ En la misma línea, el artículo 18.1 de la CDN señala: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño; el artículo 20.1 de la CDN: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”; y en cuanto a la adopción en el artículo 21 de la CDN: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y [...]”.

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) **Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; [...]** (destacado agregado).

De este modo, conforme las disposiciones de la CDN, el interés superior del niño es utilizado como: marco rector para elaboración de leyes, procedimientos judiciales y administrativos que involucren a personas menores de edad, así como también, en la elaboración de decisiones y medidas aplicadas por órganos e instituciones públicas y privadas en que los derechos del niño se vean afectados.

Por otro lado, el Comité (2011, párr. 61) también ha considerado que la interpretación de este concepto incluye la obligación de proteger a los niños contra toda forma de violencia:

Este principio no puede aducirse para justificar prácticas tales como castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes, que están reñidas con la dignidad humana y el derecho a la integridad física del niño. **Lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención.** En particular, el Comité sostiene que la mejor forma de defender el interés superior del niño es: a) Prevenir todas las formas de violencia y promover la crianza positiva de los niños, haciendo hincapié en la necesidad de centrar los marcos nacionales de coordinación en la prevención primaria; b) Invertir recursos humanos, financieros y técnicos suficientes en la aplicación de un sistema integrado de protección y atención del niño basado en los derechos (destacado agregado)¹²⁷.

El Comité ha desarrollado ampliamente este tópico en su Observación General N° 14, a la que denominó “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, cuyo alcance se limita al artículo 3.1 de la CDN¹²⁸. Al respecto, el Comité (2013, párr. 4) indica que, “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico

¹²⁷ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General N° 13:** derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Ginebra, 2011.

¹²⁸ En varias ocasiones, la Corte IDH ha utilizado en su jurisprudencia contenciosa esta Observación General del Comité, como por ejemplo en el **Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala**, 2018, párr. 188, 196, 215, 223 y 226.

del niño”. Asimismo, el Comité (2013, párr. 6) realiza algunas precisiones sobre este concepto, al que otorga una dimensión triple:

- a) **Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales (destacado agregado).

En este sentido, el Comité (2013, párr. 32) considera que:

El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, **el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable.** Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos (destacado agregado).

Sin embargo, el Comité (2013, párr.34) también reconoce que la condición abstracta que posee este concepto ha dado lugar a que sea “utilizado abusivamente” por parte de gobiernos y autoridades estatales —para justificar políticas racistas—, padres de familia — para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia— y profesionales de la materia —al no evaluar el contenido del concepto—. A modo de ejemplo puede mencionarse la discrecionalidad de los jueces en sus decisiones que fue apuntada por la CIDH como “premisas

interpretativas” en la solicitud de opinión consultiva de la OC-17. Por ello, el Comité (2013, párr. 46) considera que al evaluar y determinar el interés superior del niño —tanto en decisiones particulares como en decisiones colectivas—, para luego tomar una decisión sobre una medida concreta, se debe:

- a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;
- b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

Puede decirse entonces que, el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Por ello, su contenido debe ser determinado en cada caso, es decir, adquiere sentido en relación al problema que es planteado. Por tanto, se trata de un concepto ambiguo que, se destaca por su carácter complejo, flexible, adaptable y dinámico, debido al abordaje de distintos temas —en constante evolución— en materia de infancia, y en función a las circunstancias específicas de cada niño, grupo de niños o niños en general.

Así por ejemplo, en el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sobre la separación de una madre de sus hijas, la Corte IDH (2012a, párr. 108) señaló que:

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. [...] En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.

Por consiguiente, el interés superior del niño puede ser considerado: un principio fundado en la dignidad humana y en las características propias del niño; un marco rector para la elaboración y aplicación de normas en materia de infancia, teniendo en consideración el desarrollo —físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social— del niño y el ejercicio pleno de sus derechos; y una norma de procedimiento. Sobre este último, porque para asegurar la prevalencia del mismo se requiere de cuidados especiales —o bien como medidas especiales de protección, según el art. 19 de la CADH—, así como de la participación del niño —en la medida de lo posible— en los procesos administrativos y judiciales que sus derechos se vean afectados.

Se tiene entonces una respuesta normativa parcial sobre el t3pico que incluye, regulaciones del SIDH y del Sistema Universal que puede ser considerada en una triple dimensi3n para determinar su orientaci3n en el caso particular:

- a) Derecho sustantivo
- b) Principio de interpretaci3n
- c) Norma de procedimiento

4.1.2 Medidas especiales de protecci3n

Para el an3lisis de esta premisa es necesario se1alar que el t3pico medidas especiales de protecci3n debe ser entendido como componente o elemento para la compresi3n del amplio concepto “medidas de protecci3n”, al igual que los otros *topoi* que conforman este cat3logo especializado. Esta distinci3n resulta importante para los fines de esta investigaci3n, a los efectos de evitar confusiones de tipo sint3ctica. En este sentido, y como fue previamente indicado, las medidas de protecci3n a las que se refiere el art3culo 19 de la CADH constituyen una respuesta amplia al problema de justicia que afecta a los derechos del ni1o, la cual puede ser comprendida en los casos concretos a trav3s de los cuatro t3picos especiales, siendo uno de ellos las medidas especiales de protecci3n.

Al igual que los dem3s *topoi*, la imprecisi3n en el contenido y amplio alcance de las medidas especiales de protecci3n ha posibilitado al Tribunal utilizar esta premisa ante diferentes tipos de situaciones que afectan derechos del ni1o, y de modo particular para orientar la responsabilidad de protecci3n que tiene el Estado con este grupo espec3fico de personas. Ahora bien, en la jurisprudencia del Tribunal es posible distinguir una amplia gama de medidas, debido que estas son analizadas y aplicadas en relaci3n al problema suscitado en cada caso concreto. En este sentido, aunque es posible elaborar una extensa lista de medidas a ser consideradas por los Estados, esta puede tornarse incompleta en un corto periodo de tiempo, atendiendo a la variedad de situaciones que pueden presentarse en un contexto regional tan din3mico, as3 como tambi3n, las condiciones en las que podr3an encontrarse los ni1os, ni1as y adolescentes.

Los ni1os y las ni1as son titulares de los derechos establecidos en la Convenci3n Americana, adem3s de contar con las medidas especiales de protecci3n contempladas en su art3culo 19, **las cuales deben ser definidas seg3n las circunstancias particulares de cada caso concreto** (CORTE IDH, 2011a, p3rr. 121; 2012a, p3rr. 196; 2012b, p3rr. 45, destacado agregado).

Sin embargo, ante la dificultad de listar de forma taxativa todas las medidas especiales que ser3n utilizadas en cada caso y sin obviar alguna situaci3n que pueda producirse, Tribunal

ha optado por realizar una importante distinción entre dos tipos de medidas. De este modo, es señalada la existencia de medidas orientadas a garantizar condiciones de vida digna, así como también, medidas orientadas a asegurar la protección judicial y las garantías en el debido proceso.

En consecuencia, para la determinación del tipo de medida y posteriormente de las medidas específicas a ser adoptadas, el examen del caso particular se convierte en una actividad ineludible. Asimismo, y a los efectos de proveer un ropaje normativo a las medidas que deben ser adoptadas en un caso concreto, la Corte IDH ha recurrido al denominado amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos del niño al momento de determinar la medida más adecuada para cada caso.

En relación al primer tipo de medida —orientadas a garantizar condiciones de vida digna— puede ser mencionado a modo de ejemplo la sentencia del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, en que la Corte IDH (1999, párr. 195) se refirió a algunas disposiciones previstas en la CDN para examinar “la conducta que el Estado debió haber observado” ante los denominados niños en situación de calle. En esta misma sentencia, la Corte IDH (1999, párr. 196) consideró que algunas de las situaciones para la aplicación de medidas especiales o específicas, incluyen: “no discriminación, asistencia especial a niños privados de su medio familiar, garantía de la supervivencia y desarrollo del niño, derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”. En este caso, el Tribunal consideró que los denominados “niños de la calle”, quienes se encontraban en situación de riesgo, no gozaban de condiciones de vida digna y fueron víctimas de prácticas sistemáticas de violencia por parte del Estado, siendo por tanto víctimas de una “doble agresión” según la Corte IDH (1999, párr. 191).

En este sentido, puede decirse que para el Tribunal la responsabilidad de protección que tiene el Estado consiste en establecer medidas para asegurar las condiciones de vida digna a los niños, niñas y adolescentes, que implica a su vez: garantizar el acceso a todos sus derechos y evitar situaciones de riesgo o peligro. Esto incluye la protección de los mismos ante situaciones de violencia cometidas por el propio Estado. Sobre las condiciones de vida digna, la Corte IDH (1999, párr. 144) entiende que:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, **el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida**

arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

En el voto concurrente de esta sentencia de la Corte IDH (1999, párr. 2, 3 y 4), los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli señalaron la vinculación existente entre las medidas de protección con el derecho a la vida, al expresar que este último implica “la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente”, e igualmente, “la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico”.

Por otro lado, en cuanto al segundo tipo de medidas —orientadas a la protección judicial—, el Tribunal se ha referido a situaciones relacionadas a la justicia penal adolescente para garantizar que las personas menores de edad cuenten con una protección especializada debido a la condición vulnerabilidad absoluta de los mismos. Al respecto, el Tribunal a través de su *corpus juris* de protección, ha utilizado en sus decisiones las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), ambas relativas a la comisión hechos punibles por personas menores de edad, la forma de los procedimientos judiciales, las condiciones de privación de libertad, entre otras.

Por consiguiente, según el Tribunal, la repuesta del Estado ante casos de conflicto con la ley penal que involucra a personas menores de edad, requiere también de medidas específicas a ser observada para protegerlos. Así por ejemplo, la Corte IDH (1999, párr. 197) se ha manifestado sobre las medidas a ser adoptadas para la prevención del delito:

[...] la Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los “niños de la calle” están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a “permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

Del mismo modo, en la sentencia del caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, el Tribunal se refirió a las violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado en contra de niños y adolescentes privados de libertad. Para ello, el contenido y alcance de las medidas fueron fijadas conforme los artículos 6 (derecho a la supervivencia y desarrollo) y 27 (derecho a un nivel de vida adecuado) de la CDN; y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador,

sobre derecho a la educación. En esta sentencia la Corte IDH (2004c, párr. 161) destaca la obligación de protección que tiene el Estado respecto de los niños privados de libertad, y por tanto bajo custodia estatal, para garantizar el acceso a la salud y a la educación de los mismos “para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”.

En relación al debido proceso y las garantías judiciales, la Corte IDH (2013a, párr. 144) se ha referido en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” de la siguiente manera:

Tratándose del debido proceso y garantías, esta Corte ha señalado que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus juris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. **Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procesos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos** (destacado agregado).

En consecuencia, las medidas especiales de protección pueden estar orientadas a garantizar condiciones de vida digna o asegurar la protección judicial de las personas menores de edad. En cuanto a la primera, esta puede consistir en evitar situaciones de riesgo o peligro, así como también, garantizar el acceso a los DESCAs. En cuanto a la segunda, se refiere a la amplia protección de los mismos cuando estos se encuentran en conflicto con la ley penal, ya sea, durante los procedimientos judiciales o administrativos en que estos participan o en las acciones adoptadas para garantizar el pleno goce de todos sus derechos durante la custodia estatal. Se tiene entonces, medidas especiales de protección orientadas a:

- a) Condiciones de vida digna
- b) Protección judicial

4.1.3 Protección del núcleo familiar

En el amplio sentido de las medidas de protección, entendida como respuesta normativa del ordenamiento jurídico, la protección del núcleo familiar constituye una de sus varias expresiones. Este tópico adquiere especial importancia en la relación entre familia y Estado, quienes comparten una responsabilidad solidaria en la protección de los derechos del niño. De

este modo, a pesar de las tensiones que todavía existen entre ambos actores, especialmente en cuanto a los límites y el alcance de la responsabilidad de cada uno, el Estado como garante de protección de los derechos humanos de los niños tiene además la obligación de salvaguardar la relación entre el niño y su familia. Si bien aquí no se pretende analizar sobre la importancia de esta relación, la Corte IDH por medio de sus decisiones y el conjunto de normas que integran el SIDH concuerdan y afirman sobre la necesidad de fortalecer este vínculo.

[...] La familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. La Corte ya ha señalado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de las niñas y niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia (CORTE IDH, 2014e, párr. 104).

Por su parte, el amplio *corpus juris* de esta disciplina se ha encaminado a direccionar las disputas que puedan darse entre los garantes de protección y delimitar las responsabilidades de cada uno en aras de un fin común, pero principalmente, en cuanto a la responsabilidad que tiene el Estado para garantizar el desarrollo armonioso del núcleo familiar. Al respecto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador reza que:

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. **Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre.** Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo (destacado agregado).

Así también, los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana se refieren al reconocimiento de la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho a la “protección de la sociedad y el Estado”, siendo así un “principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. A su vez, las Directrices de Riad señalan que:

12. [...] la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental [...].”

13. Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto.

Por tanto, la protección del núcleo familiar implica una obligación estatal para asegurar el desarrollo y la fortaleza de este vínculo primario de protección de los derechos del niño. En consecuencia, el *corpus juris* también se refiere al derecho de los niños, niñas y adolescentes a “vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas” además de “recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia”¹²⁹. Al respecto, en la sentencia el caso “Fornerón e hija vs. Argentina”:

[...] este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal (Corte IDH, 2012b, párr. 47).

De este modo, la protección del núcleo familiar está orientada a mantener vínculos biológicos, afectivos, culturales y de identidad, resguardando a los niños, niñas y adolescentes de situaciones o contextos provocados por el Estado y que puedan implicar:

- a) Injerencia arbitraria en la vida familiar
- b) Separación ilegal del niño de su familia

4.1.4 Igualdad fundada en la especialidad

El último tópico del catálogo y que permite aproximarnos a la noción de medidas de protección para comprender su amplio sentido está relacionado con la igualdad de derechos, ya sea en el acceso pleno de los mismos o en el establecimiento de condiciones justas y adecuadas para todos los sujetos de derecho. Sin embargo, al igual que en otros campos del derecho el concepto de igualdad adquiere diferentes manifestaciones y aunque en algunas de ellas puede ser señalada con cierto grado de precisión, esta apenas ocurren cuando se aproxima a situaciones concretas en que se torna necesario tornarla más operativa.

Para nuestra disciplina, la idea de igualdad puede ser concebida por medio de la respuesta sobre el ordenamiento justo, siendo principalmente fundamentado en las situaciones que devienen de la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas

¹²⁹ Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12.1), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo V), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11.2).

y adolescentes, particularmente en sus relaciones con las personas adultas y con el Estado. Por ello, esta premisa aplicada a la protección de los derechos del niño presenta una connotación especial y características específicas a los efectos de lograr los fines que este se propone en este campo del derecho.

En este sentido, las medidas de protección hacen referencia a un concepto de igualdad fundado en la especialidad de los derechos del niño, la cual se orientan a garantizar los derechos reconocidos a los mismos y evitar situaciones de discriminación en todos los ámbitos de sus relaciones. Al respecto, si bien los artículos 24 y 1.1 de la CADH señalan la prohibición de regulaciones jurídicas discriminatorias para la protección ante la ley, la jurisprudencia de la Corte IDH (2002, párr. 46) también se ha referido a la existencia de “ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia”. En el caso de los derechos del niño, esta protección adicional o complementaria es entendida como una medida de protección, la cual se justifica en la especial situación de vulnerabilidad o vulnerabilidad absoluta en que se encuentra este grupo de personas.

Así por ejemplo, en el caso “Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, sobre la expulsión de personas de ascendencia haitiana nacidas en territorio dominicano:

[...] la Corte resalta que diez de las presuntas víctimas que fueron privadas de libertad y luego expulsadas eran niñas y niños, en el momento de los hechos [...] Al respecto, de los hechos del presente caso no se desprende que el Estado haya tomado medidas especiales de protección orientadas en el principio del interés superior a favor de las niñas y niños afectados. **Las referidas niñas y niños recibieron un trato igual a los adultos durante la privación de libertad y posterior expulsión, sin consideración alguna de su condición especial** (CORTE IDH, 2014c, párr. 344, destacado agregado).

En este contexto, las regulaciones jurídicas específicas sobre derechos del niño y que componen el amplio *corpus juris* del Tribunal también constituyen mecanismos o medidas legales para paliar esas desigualdades de hecho a través de un conjunto de derechos adicionales que puedan tornar más efectiva el ideal igualdad entre todos los sujetos de derecho y evitar situaciones de discriminación por la condición de niño, niña o adolescente. Al respecto, el artículo 2 de la CDN señala que:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional,

étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Igualmente, las Reglas de Beijing disponen que las normativas de este instrumento:

2.1 [...] se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además del conjunto de derechos adicionales para asegurar la igualdad, esta premisa también se extiende a la igualdad en los procedimientos judiciales o administrativos, o bien, la protección de los mismos cuando estos se enfrentan al sistema de justicia, la cual no puede ser obviada u omitida por consideraciones de hecho. Por tanto, la igualdad fundada en la especialidad incluye la protección de los derechos del niño en todos aquellos procedimientos en los cuales estén involucrados para que sus derechos no se vean limitados o restringidos por su condición de persona menor de edad.

Al respecto, en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, la Corte IDH (2012c, párr. 230) señaló que:

[L]os niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso¹³⁰.

De este modo, tanto el conjunto de normas que integran el corpus juris como la jurisprudencia del Tribunal destacan la igualdad en el ámbito de nuestra disciplina orientada a la protección especial de los derechos reconocidos, así como también, en el acceso al sistema de justicia. De esta manera, la igualdad fundada en la especialidad implica la necesidad de

¹³⁰ *Idem*. **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (a). Serie C No. 239, párr. 199. *Idem*. **Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (b). Serie C No. 351, 2018b. párr. 172. *Idem*. **Caso Mendoza y otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (a). Serie C No. 260, párr. 143.

garantizar los derechos del niño en todos los ámbitos de sus relaciones, debido a la condición de vulnerabilidad absoluta de sus portadores, y por ello se orienta como:

- a) Derecho adicional de las personas menores de edad; y
- b) Tratamiento igualitario en el acceso a la justicia

4.2 Uso de *topoi* en el abordaje de problemas

Una vez determinado la orientación de los *topoi* en cuanto a su contenido dentro de la jurisprudencia, el segundo criterio de análisis se propone identificar el desempeño de los mismos en el círculo de problemas propuesto, específicamente, en el conjunto de las sentencias contenciosas del Tribunal durante el periodo 2002-2021. Al examinar estas decisiones se observa la flexibilidad de nuestro catálogo de tópicos al momento de su aplicación, permitiendo inclusive, inferir sus orientaciones ante determinados tipos de problemas.

Ahora bien, en cada caso particular los problemas adquieren sus propios matices y por consiguiente la orientación tópica requiere siempre de una adaptación ante la situación presentada, debido que los tópicos no poseen la misma función de una premisa verdadera que se encuentra dentro de un sistema lógico formal. No obstante, la Corte IDH por medio de su jurisprudencia ha considerado apropiado colocar un cierto contenido —aproximado y provisorio— a estos tópicos para direccionar su uso, facilitar su comprensión y servir como herramienta durante la actividad argumentativa.

Esta caracterización, o bien las representaciones dadas a los *topoi* en el abordaje de problemas pueden ser llamadas de fórmulas o enunciados argumentativos que se encuentran presentes en buena parte de la jurisprudencia del Tribunal. Para ello, se procedió al análisis de las sentencias de los casos contenciosos, en el cual fueron halladas las siguientes fórmulas argumentativas (*fa*) en relación al círculo de problemas propuesto:

Interés Superior del Niño (ISN)

fa-isn1:

El Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño¹³¹. A este criterio han de ceñirse las

¹³¹ Cfr. CORTE IDH. **Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (c). Serie C No. 112, párr. 160. *Idem.* **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005 (a). Serie C No. 125, párr. 172. *Idem.* **Caso Servellón García y otros vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (c). Serie C No. 152, párr. 116. *Idem.* **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (a). Serie C No. 146, párr. 177. *Idem.* **Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010 (a). Serie C No. 212, párr. 164. *Idem.* **Caso Rosendo Cantú y otra**

acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos¹³².

fa-isn2:

El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas de la persona menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos¹³³.

fa-isn3:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a personas menores de edad¹³⁴.

vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (c). Serie C No. 216, párr. 201. *Idem. Caso Familia Barrios vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (c). Serie C No. 237, párr. 55. *Idem. Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 (d). Serie C No. 248, párr. 226. *Idem. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (f). Serie C No. 250, párr. 142. *Idem. Caso Mendoza y otros vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (a). Serie C No. 260, párr. 191. *Idem. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014 (b). Serie C No. 281, párr. 182. *Idem. Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018 (c). Serie C No. 352, párr. 193. *Idem. Caso Noguera y otra vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2020 (a). Serie C No. 401, párr. 68. *Idem. Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020 (b). Serie C No. 405, párr. 116.

¹³² Cfr. CORTE IDH. **Caso Mendoza y otros vs. Argentina.** Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (a). Serie C No. 260, párr. 143. *Idem. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014 (a). Serie C No. 277, párr. 133. *Idem. Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2020 (d). Serie C No. 417, párr. 91.

¹³³ Cfr. CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (a). Serie C No. 239, párr. 199. *Idem. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (c). Serie C No. 246, párr. 230. *Idem. Caso Mendoza y otros vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (a). Serie C No. 260, párr. 143. *Idem. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (b). Serie C No. 351, párr. 172. *Idem. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (a). Serie C No. 350, párr. 164.

¹³⁴ Cfr. CORTE IDH. **Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (b). Serie C No. 130, párr. 134. *Idem. Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (b). Serie C No. 211, párr. 184. *Idem. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (a). Serie C No. 205, párr. 408. *Idem. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (b). Serie C No. 214, párr. 257. *Idem. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 (b). Serie C No. 242, párr. 49. *Idem. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (a). Serie C No. 239, párr. 108. *Idem. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (c). Serie C No. 246, párr. 126. *Idem. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (f). Serie C No. 250, párr. 120. *Idem. Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de

fa-isn4:

Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹³⁵.

fa-isn5:

La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño¹³⁶.

noviembre de 2013 (b). Serie C No. 270, párr. 328. *Idem. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015 (a). Serie C No. 298, párr. 268. *Idem. Caso López y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 172.

¹³⁵ Cfr. CORTE IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 134. *Idem. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004 (b). Serie C No. 110, párr. 163. *Idem. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (c). Serie C No. 134, párr. 152. *Idem. Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 (b). Serie C No. 158, párr. 244. *Idem. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010 (a). Serie C No. 212, párr. 164. *Idem. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 (b). Serie C No. 242, párr. 49. *Idem. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (a). Serie C No. 239, párr. 108. *Idem. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (c). Serie C No. 246, párr. 126. *Idem. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (f). Serie C No. 250, párr. 142. *Idem. Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (a). Serie C No. 260, párr. 142. *Idem. Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (b). Serie C No. 270, párr. 328. *Idem. Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (c). Serie C No. 272, párr. 218. *Idem. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015 (a). Serie C No. 298, párr. 268. *Idem. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (b). Serie C No. 351, párr. 152.

¹³⁶ Cfr. CORTE IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (c). Serie C No. 216, párr. 201. *Idem. Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (c). Serie C No. 237, párr. 55.

fa-isn6:

Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia¹³⁷.

Medidas Especiales de Protección (MEP)

fa-mep1:

El amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño permite precisar, en variadas direcciones, los alcances de las medidas de protección a que alude el artículo 19 de la CADH. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación¹³⁸. [Asimismo], las referentes a la prohibición de la tortura y a las condiciones que deben observarse en casos de privación de la libertad de niños¹³⁹.

fa-mep2:

En materia de derecho a la vida, el Estado tiene además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la CADH. [Estas incluyen]: cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, y las circunstancias de la vida que

Idem. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (a). Serie C No. 350, párr. 158.

¹³⁷ Cfr. CORTE IDH. **Caso Fornerón e Hija vs. Argentina.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 (b). Serie C No. 242, párr. 48. *Idem. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (c). Serie C No. 246, párr. 126.

Idem. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (a). Serie C No. 260, párr. 142. *Idem. Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (b). Serie C No. 270, párr. 328. *Idem. Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (c). Serie C No. 272, párr. 218. *Idem. Caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (c). Serie C No. 282, párr. 269. *Idem. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (b). Serie C No. 351, párr. 152.

¹³⁸ Cfr. CORTE IDH. “**Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194-196. *Idem. Caso Servellón García y otros vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (c). Serie C No. 152, párr. 114. También hizo alusión en este caso a las Directrices de Riad y a Reglas de Beijing en relación a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

¹³⁹ Cfr. CORTE IDH. **Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004 (b). Serie C No. 110, párr. 168. *Idem. Caso Familia Barrios vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (c). Serie C No. 237, párr. 55. *Idem. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (g). Serie C No. 252, párr. 150. *Idem. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (b). Serie C No. 299, párr. 191.

llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión¹⁴⁰.

fa-mep3:

En materia de derecho a la vida, el Estado tiene además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la CADH. [Estas incluyen]: proveer condiciones básicas orientadas a asegurar que la situación de vulnerabilidad en que se encuentran no limitará su desarrollo o destruirá sus proyectos de vida¹⁴¹.

Protección del Núcleo Familiar (PNF)

fa-pnf1:

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales¹⁴².

fa-pnf2:

El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño¹⁴³.

¹⁴⁰ Cfr. CORTE IDH. **Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (c). Serie C No. 112, párr. 160. *Idem.* **Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014 (b). Serie C No. 281, párr. 182.

¹⁴¹ Cfr. CORTE IDH. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005 (a). Serie C No. 125, párr. 172. *Idem.* **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (a). Serie C No. 146, párr. 177.

¹⁴² Cfr. CORTE IDH. **Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010 (a). Serie C No. 212, párr. 157. *Idem.* **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (a). Serie C No. 221, párr. 125. *Idem.* **Caso Fornerón e Hija vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 (b). Serie C No. 242, párr. 116. *Idem.* **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (a). Serie C No. 239, párr. 169.

¹⁴³ Cfr. CORTE IDH. **Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (b). Serie C No. 211, párr. 188. *Idem.* **Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010 (a). Serie C No. 212, párr. 157. *Idem.* **Caso Contreras y otros vs. El Salvador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 (b). Serie C No. 232, párr. 107. *Idem.* **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (a). Serie C No. 221, párr. 126. *Idem.*, **Caso López y otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 98.

Igualdad fundada en la especialidad (IFE)

fa-ife1:

Los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños revisten especial gravedad, debido que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la CADH, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la CDN, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción¹⁴⁴.

fa-ife2:

El concepto medidas de protección puede ser interpretado tomando en cuenta otras disposiciones. [Según el Tribunal] al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual se inscribe¹⁴⁵. [Por tanto] esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. CORTE IDH. **Caso Bulacio vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 133. *Idem.* **Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004 (b). Serie C No. 110, párr. 162. *Idem.* **Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (b). Serie C No. 130, párr. 134. *Idem.* **Caso Masacres de Ituango vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 (b). Serie C No. 158, párr. 244. *Idem.* **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (i). Serie C No. 259, párr. 192. *Idem.* **Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014 (a). Serie C No. 277, párr. 133. *Idem.* **Caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (c). Serie C No. 282, párr. 269. *Idem.* **Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015 (c). Serie C No. 306, párr. 117. *Idem.* **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 octubre de 2016 (a). Serie C, No. 318, párr. 407.

¹⁴⁵ Cfr. CORTE IDH. “**Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 192. *Idem.* **Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004 (b). Serie C No. 110, párr. 164. *Idem.* **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (a). Serie C No. 221, párr. 121.

¹⁴⁶ Cfr. CORTE IDH. **Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (c). Serie C No. 112, párr. 147. *Idem.* **Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (c). Serie C No. 134, párr. 152. *Idem.* **Caso Servellón García y otros vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (c). Serie C No. 152, párr. 113. *Idem.* **Caso Masacres de Ituango vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 (b). Serie C No. 158, párr. 244. *Idem.* **Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (b). Serie C No. 211, párr. 184. *Idem.* **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (a). Serie C No. 205, párr. 408. *Idem.* **Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010 (a). Serie C No. 212, párr. 164. *Idem.* **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (b). Serie C No. 214, párr. 257. *Idem.* **Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 (d). Serie C No. 248, párr. 226. *Idem.* **Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (f). Serie C No. 250, párr. 142. *Idem.* **Caso Noguera y otra vs.**

Cabe señalar que estas denominadas fórmulas argumentativas utilizadas por la Corte IDH no deben ser confundidas con premisas verdaderas que una vez aplicadas permiten obtener una conclusión, como ocurre dentro de un procedimiento lógico-cartesiano. Sin embargo, estos enunciados constituyen una representación parcial y frecuente —en un momento histórico determinado— de los tópicos de nuestra disciplina, cuando los mismos se deparan frente a un problema o un conjunto de problemas. Por tanto, si bien las fórmulas argumentativas aquí identificadas tampoco son definiciones o conclusiones precisas de nuestro catálogo de tópicos, el uso constante de las mismas en la jurisprudencia demuestra su utilidad cuando el Tribunal necesita referirse a dichos *topoi* en sus decisiones y ofrecer una respuesta al problema suscitado.

De este modo, la funcionalidad de nuestro catálogo de tópicos en las sentencias de los casos contenciosos de la Corte IDH, y en relación al círculo de problemas propuestos¹⁴⁷, fue clasificada de la siguiente forma:

Tabla 6 - Tópicos en la jurisprudencia y su relación con el catálogo de problemas propuesto

Año	Caso	Problema	Sub-problema	Tópico	Orientación	Fórmula argumentativa
1999	“Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep1</i>
			P1a	IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
		P2	P2a	MEP	Protección judicial	<i>fa-mep1</i>
2003	“Bulacio vs. Argentina”	P1	P1a	MEP	Protección judicial	
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>
2004	“Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”	P1	P1a	MEP	Protección judicial	<i>fa-mep1</i>
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
					Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>

Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2020 (a). Serie C No. 401, párr. 68. *Idem.* **Caso Vera Rojas y otros vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 104.

¹⁴⁷ Conforme la clasificación realizada en el capítulo anterior, se tiene: P1 (situación de riesgo o peligro) y a su vez P1a (violencia institucional) o P1b (acceso a los DESCAs); P2 (conflicto con la ley penal) y a su vez P2a (procedimientos judiciales o administrativos) o P2b (custodia estatal); P3 (separación familiar) y a su vez P3a (adopción, guarda y custodia irregular) o P3b (violencia institucional); P4 (discriminación) y a su vez P4a (acceso a la justicia) o P4b (condición particular o situación en que se encuentra).

	“Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep2</i>
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
		P2	P2b	MEP	Protección judicial	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	“Molina Theissen vs. Guatemala”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>
	“Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
	“Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
2005	“Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep3</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	“Masacre de Mapiripán vs. Colombia”	P1	P1a	ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
				MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
	“Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”	P4	P4b	ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn3</i>
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
2006	“Servellón García y otros vs. Honduras”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep1</i>
			P1b	IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
	“Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep3</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	“Vargas Areco vs. Paraguay”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
	“Masacres de Ituango vs. Colombia”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn3</i>
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
					Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
	“Tiu Tojín vs. Guatemala”	P1	P1a			

2009	“Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf2</i>		
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>		
				ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn3</i>		
	“González y otras (Campo Algodonero) vs. México”	P4	P4b	MEP	Condiciones de vida digna			
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>		
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>		
2010	“Chitay Nech y otros vs. Guatemala”	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna			
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>		
				ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>		
					Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>		
				P3	P3b	PNF	Separación ilegal	<i>fa-pnf1</i>
							Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf2</i>
	“Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna			
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>		
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>		
	“Rosendo Cantú y otra vs. México”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna			
					Protección Judicial			
		P4	P4a	ISN	Norma de procedimiento	<i>fa-isn5</i>		
P4b			Derecho sustantivo		<i>fa-isn1</i>			
2011	“Contreras y otros vs. El Salvador”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna			
		P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf2</i>		
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>		
	“Gelman vs. Uruguay”	P3	P3b	PNF	Separación ilegal	<i>fa-pnf1</i>		
					Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf2</i>		
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>		

	“Familia Barrios vs. Venezuela”	P1	P1a	MEP	Protección judicial	<i>fa-mep1</i>
				ISN	Norma de procedimiento	<i>fa-isn5</i>
					Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
2012	“Fornerón e Hija vs. Argentina”	P3	P3a	PNF	Separación ilegal	<i>fa-pnf1</i>
				MEP	Protección judicial	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>
					Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
					Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>
	“Atala Riffo y Niñas vs. Chile”	P3	P3a	PNF	Separación ilegal	<i>fa-pnf1</i>
				MEP	Protección judicial	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i> <i>fa-isn2</i>
					Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
		P4	P4a			
	“Furlan y Familiares vs. Argentina”	P4	P4a	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i> <i>fa-isn2</i>
					Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
Norma de procedimiento					<i>fa-isn6</i>	
P1		P1b	MEP	Protección judicial		
				Condiciones de vida digna		
			IFE	Igualdad en el tratamiento		
“Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna		
			IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>	
“Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep1</i>	
“Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna		
			IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>	
	P3	P3b	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>	
			PNF	Contra injerencias arbitrarias		

	“Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				PNF	Contra injerencias arbitrarias	
	“Masacres de Río Negro vs. Guatemala”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				PNF	Contra injerencias arbitrarias	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i> <i>fa-isn1</i>
					Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
	“Uzcátegui y otros vs. Venezuela”	P2	P2a	MEP	Protección judicial	
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>
	2013	“Mendoza y otros vs. Argentina”	P2	P2a	ISN	Derecho sustantivo
Principio interpretativo						<i>fa-isn4</i>
Norma de procedimiento						<i>fa-isn6</i>
P2b				MEP	Protección judicial	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
				P1	P1b	MEP
ISN		Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>			
		Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>			
		Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>			
“Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia”		P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	
	“Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia”	P4	P4a	MEP	Protección judicial	
ISN				Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>	
			P4b	Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>	
2014	“Veliz Franco y otros vs. Guatemala”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
		P4	P4a	IFE	Igualdad en el tratamiento	
						P4b
			P4b			

	“Rochac Hernández y otros vs. El Salvador”	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	
	“Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana”	P4	P4b	MEP	Protección judicial	
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
				ISN	Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>
	“Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela”	P2	P2a	MEP	Protección judicial	<i>fa-mep2</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	“Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
2015	“Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>
				P4	P4b	ISN
	“García Ibarra y otros vs. Ecuador”	P2	P2a	IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
				MEP	Condiciones de vida digna	
	“Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep1</i>
PNF				Contra injerencias arbitrarias		
2016	“Yarce y otras vs. Colombia”	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	
	“Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
IFE				Igualdad en el tratamiento	<i>fa-ife1</i>	
2017	“Favela Nova Brasilia vs. Brasil”	P1	P1a	MEP		
	“Vereda La Esperanza vs. Colombia”	P1	P1a	MEP		
2018	“Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”	P3	P3a	MEP	Protección judicial	
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>
					Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>
	P4	P4a		Derecho sustantivo	<i>fa-isn2</i>	

				PNF	Separación ilegal	
	“Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia”	P3	P3b	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
PNF				Contra injerencias arbitrarias		
IFE				Derecho adicional		
	“V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”	P4	P4a	MEP	Protección judicial	
ISN				Norma de procedimiento	<i>fa-isn5</i>	
				Derecho sustantivo	<i>fa-isn2</i>	
PNF				Contra injerencias arbitrarias		
	“Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
	“Omeara Carrascal y otros vs. Colombia”	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	
2019	“López y otros vs. Argentina”	P3	P3a	ISN	Principio de interpretación	
				PNF	Separación ilegal	
2020	“Noguera y otra vs. Paraguay”	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	“Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”	P1	P1a	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
			P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
	P4	P4b				
	“Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil”	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
IFE				Derecho adicional		
“Mota Abarullo y otros vs. Venezuela”	P2	P2b	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-ins1</i>	
			MEP	Condiciones de vida digna		

				IFE	Derecho adicional	
2021	“Vera Rojas y otros vs. Chile”	P1	P1b	ISN	Derecho substantivo	<i>fa-ins1</i>
				MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>

Fuente: elaboración del autor

Conforme la descripción realizada se observa que la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH sobre derechos del niño puede ser estructurada a partir de un catálogo de tópicos especializados, a los efectos de establecer su relación con los siguientes cuatro grupos de problemas: situación de riesgo o peligro, conflicto con la ley penal, separación familiar, y discriminación. A su vez, en cada uno de estos problemas puede ser distinguido además un conjunto de sub-problemas, para luego establecer la relación tópico-problema en la jurisprudencia contenciosa del Tribunal sobre nuestra disciplina.

Es importante advertir que el círculo de problemas propuesto no tiene una pretensión taxativa o limitativa y que la clasificación realizada corresponde a un periodo histórico determinado a partir de un conjunto de decisiones judiciales provenientes de un Tribunal específico. Igualmente se indica, que este listado enunciativo de problemas incluye una diversidad de situaciones que afectan derechos del niño, así como también, permanece abierta a la revisión e inclusión de nuevos problemas o sub-problemas.

En cuanto a las fórmulas argumentativas señaladas, por lo general estas son citadas para luego realizar la justificación o el razonamiento sobre el problema que se tiene en el caso particular. Además, en algunas ocasiones estas fórmulas son complementadas de acuerdo a la situación particular en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, tales como, contexto de conflicto armado interno, migración, violencia de género, entre otras.

Si bien pueden ser identificados varios problemas en un solo caso, generalmente, cada tópico es utilizado en la argumentación de un problema específico. Tanto es así que resulta común utilizar el tópico PNF cuando se tiene problemas relativos a la separación familiar (P3), o bien, el tópico MEP ante problemas relacionados a situación de riesgo o peligro (P1), sin que esto tampoco impida el uso de otros tópicos del catálogo en los tipos de problemas citados.

En los casos “Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, “Vargas Areco vs. Paraguay” y “Favela Nova Brasília vs. Brasil”, si bien los Estados no fueron condenados por la violación del artículo 19 CADH —sobre derechos del

niño—, aun así el Tribunal analizó el alcance de la citada norma e hizo uso de los tópicos especiales en sus respectivas sentencias. Así también, y en relación a las fórmulas argumentativas, puede ser observado que estas no necesariamente son utilizadas en todas las decisiones por lo que su uso no constituye una regla. Esto puede deberse a que en algunas sentencias los tópicos simplemente son citados o incluso mencionados mediante remisiones a otras sentencias del Tribunal o a la OC-17, o bien, porque la Corte IDH no considera necesaria realizar una justificación sobre su uso.

De esta manera, es posible señalar que el uso diverso otorgado a los tópicos en las sentencias contenciosas en su relación con el problema constituye una constante en las argumentaciones del Tribunal. En consecuencia, la flexibilidad de su uso ante los problemas que afectan a la disciplina permite que el catálogo de tópicos se adapte a nuevos tipos de problemas o sub-problemas sobre asuntos que versan sobre derechos del niño.

4.3 Consensos argumentativos establecidos a partir de los tópicos

A partir de la clasificación realizada en la tabla anterior, que describe cada uno de los casos que conforman nuestro listado, es posible extraer las conclusiones argumentativas del Tribunal en estas sentencias de acuerdo al tópico utilizado y la orientación atribuida ante un determinado problema y su respectivo sub-problema. Esta actividad constituye el tercer y último criterio de análisis para determinar la funcionalidad de nuestro catálogo de tópicos. No obstante, si bien aquí no se pretende realizar un análisis exhaustivo de todas las sentencias de los casos mencionados para luego señalar las conclusiones obtenidas por el Tribunal en cada una de ellas, resulta adecuado para los fines de esta investigación identificar y representar algunas de esas conclusiones.

Con base en la tabla elaborada, y a modo de ejemplo, serán citados algunos casos para su representación del siguiente modo: Problema [sub-problema] + Tópico (*fa*), indicando además la conclusión obtenida en el caso particular. Esta descripción se propone ilustrar un proceso argumentativo orientado hacia el círculo de problemas y la funcionalidad de los tópicos en relación a las mismas en algunas de las sentencias de la Corte IDH sobre cuestiones que afectan derechos del niño. Si bien aquí no se realiza un análisis de dicho proceso argumentativo, debido a los fines y límites propuestos para esta investigación, nada obsta para que el mismo pueda ser llevado adelante en cada una de las decisiones del Tribunal, considerando el círculo de problemas y el catálogo de tópicos hasta llegar a la conclusión.

Es importante señalar que, en el periodo de tiempo analizado, la Corte IDH ha desarrollado conclusiones que pasaron a constituir acuerdos argumentativos relevantes para

nuestra disciplina dentro del SIDH, y que por tanto, son frecuentemente utilizados para el abordaje de problemas sobre derechos del niño. A continuación se mencionan —no de modo taxativo— algunos de estos consensos o estándares establecidos a partir de la funcionalidad de los tópicos en su relación con los problemas.

En el caso “Bulacio vs. Argentina”, que aborda una *situación de riesgo o peligro*, relacionada a la violencia institucional (P1a), fue señalado que:

La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia **cuando el detenido es un menor de edad**. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad (CORTE IDH, 2003, párr. 126, destacado agregado).

Esta conclusión argumentativa elaborada por el Tribunal puede ser considerada como resultado de la siguiente representación: P1a + T2 + T4 (*fa-ife2*) + T1 (*fa-isn4*). La misma descripción es observada en el caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, en la cual el Tribunal concluyó que:

La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, como en el presente caso, pues son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada (CORTE IDH, 2005c, párr. 156, destacado agregado).

En cuanto a problemas relacionados al acceso a los DESCAs (P1b), en los casos “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” y “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, las conclusiones del Tribunal provenientes de la siguiente representación: P1b + T2 (*fa-mep3*) + T1 (*fa-isn1*), señalan que:

[...] el Estado tiene la obligación, *inter alia*, de proveer a los niños de la Comunidad de las condiciones básicas orientadas a asegurar que la situación de vulnerabilidad en que se encuentra su Comunidad por la falta de territorio, no limitará su desarrollo o destruirá sus proyectos de vida (CORTE IDH, 2005a, párr. 172).

[El Estado] no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad. Los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica (CORTE IDH, 2006a, párr. 177).

En el caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, en una sola conclusión el Tribunal aborda los dos sub-problemas referentes a la situación de riesgo o peligro, primero sobre el acceso a los DESCA (P1b), y luego en relación a la violencia institucional (P1a), representadas del siguiente modo: P1b + T2 (*fa-mep1*) y P1a + T4 (*fa-ife2*), respectivamente. Según la Corte IDH (CORTE IDH, 1999, párr. 191):

Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece (P1a). En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida (P1b).

Por otro lado, en cuanto a situaciones que involucran *conflicto con la ley penal*, en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” acerca de los procedimientos judiciales o administrativos (P2a), el proceso argumentativo seguido por el Tribunal es representado de modo: P2a + T1 (*fa-isn1*) (*fa-isn2*) (*fa-isn4*) (*fa-isn6*), para concluir que:

Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a “su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas”, sean tomadas en cuenta para **la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil** (CORTE IDH, 2013a, párr. 145, destacado agregado).

Así también, en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, al referirse a la custodia de personas menores de edad (P2b), el Tribunal señaló, representado de modo P2b + T2 + T1 (*fa-isn1*), que:

En el caso de privación de libertad de niños, **la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva**. Dichas medidas pueden ser, *inter alia*, la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus

circunstancias y a la infracción (CORTE IDH, 2004c, párr. 230, destacado agregado).

En relación a problemas relativos a *separación familiar*, en la sentencia del caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sobre adopción, guarda y custodia irregular (P3a), el proceso argumentativo fue representado del modo siguiente: P3a + T3 (*fa-pnf1*) + T2 + T1 (*fa-isn3*) (*fa-isn2*) (*fa-isn4*), para luego el Tribunal concluir que:

Una determinación a partir de **presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental** de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños (CORTE IDH, 2012a, párr. 111, destacado agregado).

Otra situación que aborda problemas de separación familiar, esta vez por causa de la violencia institucional (P3b), es la sentencia del caso “Gelman vs. Uruguay”, representado de manera: P3b + T1 (*fa-ife2*) + T3 (*fa-pnf1*) (*fa-pnf2*), en que el Tribunal señaló:

[...] la sustracción de niños y/o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero, tal como ocurrió en el presente caso, constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares (CORTE IDH, 2011a, párr. 120).

Por último se mencionan los casos que involucran problemas relativos a la *discriminación*, ya sea en el acceso a la justicia (P4a), debido a la condición particular o situación en que se encuentra el niño, la niña o el adolescente (P4b). Sobre el primero, a modo de ejemplo se tiene el proceso argumentativo del Tribunal en el caso “V.R.P., V.P.C., y otros vs. Nicaragua”: T2 + T1 (*fa-isn5*) (*fa-isn2*) + T3:

El sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido

proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten (CORTE IDH, 2018a, párr. 158).

Sobre el segundo sub-problema, en la sentencia del caso “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” la descripción argumentativa es representada del siguiente modo: T1 (*fa-isn3*) + T4 (*fa-ife1*). En esta última, el Tribunal se refirió sobre la negativa del Estado dominicano para el reconocimiento de la nacionalidad de dos niñas nacidas en dicho país, de ascendencia haitiana, durante el proceso de inscripción en el registro civil de las personas. En relación a esta situación de discriminación por la condición de niñez migrante:

La Corte considera que la situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva) (CORTE IDH, 2005b, párr. 173).

Si bien apenas fueron señaladas algunas de las conclusiones establecidas por el Tribunal en sus sentencias contenciosas, estos consensos pueden ser considerados como el resultado de la última etapa del proceso de funcionalidad de los tópicos. Asimismo, esta descripción y análisis del catálogo de tópicos por medio de una serie de criterios permite inferir la importancia que adquiere y la utilidad que representa para el Tribunal el uso de estos lugares comunes para la resolución de problemas que afectan a nuestra disciplina.

Del mismo modo se concluye que, las medidas de protección establecidas para las niñas, los niños y los adolescentes por el ordenamiento jurídico interamericano, a través del artículo 19 de la CADH, se componen por una serie de tópicos comúnmente utilizados por el Tribunal en sus argumentaciones ante problemas que afectan a una disciplina especializada del derecho —derechos del niño—. En consecuencia, el contenido y alcance de las medidas de protección destinadas a este grupo de personas se halla establecido en los lugares comunes de esta disciplina, atendiendo a la funcionalidad de los mismos ante el problema planteado en cada caso concreto.

Por tanto, es posible además afirmar que los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH se hallan estructurados por un catálogo de tópicos especiales caracterizados por su funcionalidad —movilidad, constancia y actualidad— ante el problema central de la

disciplina: la situación de vulnerabilidad absoluta de los niños, niñas y adolescentes. Dicho catálogo permite establecer conclusiones —provisorias y temporales— en los casos particulares sobre un círculo de problemas devenidos del problema central, y en relación a la respuesta del ordenamiento jurídico interamericano para nuestra disciplina: las medidas de protección.

Por último, y para los fines de esta investigación, se considera que la noción de tópico puede ser entendido de la siguiente manera: una premisa que transita entre el problema y la respuesta por medio de una argumentación, y que se encuentra dentro de un sistema jurídico. Sobre la comprensión de este último y su uso en nuestra disciplina por parte de la Corte IDH, en el siguiente capítulo se realiza un análisis sobre la comprensión de sistema orientado hacia los problemas que afectan derechos de niño.

CAPÍTULO V

UN SISTEMA ORIENTADO HACIA LOS PROBLEMAS QUE AFECTAN DERECHOS DEL NIÑO

Luego de la descripción y análisis de la problemática que afecta a nuestra disciplina dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de un círculo de problemas propuesto, fueron identificadas, ordenadas y compiladas una serie de premisas de carácter tópico que permiten un abordaje más adecuado de la problemática que afecta a la materia. De este modo, el conjunto de problemas y el catálogo de tópicos especiales que fue elaborado pueden ser considerados como importantes elementos para llevar adelante un análisis de las sentencias contenciosas de la Corte IDH cuando estas se refieren a derechos del niño en el SIDH. Para ello se requiere que la relación entre ambas, ya sea en cuanto a su organización y funcionamiento, sea comprendida dentro de un sistema jurídico orientado hacia el problema central de la disciplina, en este caso, la situación de vulnerabilidad absoluta de los niños, niñas y adolescentes.

Conforme fue descrito en el segundo capítulo, un sistema de estructura tópica proporciona un manejo más adecuado de la problemática que se plantea, siendo así, especialmente útil en las disciplinas jurídicas especializadas. Este sistema proveniente de la retórica y que se limita a un sistema de argumentación orientado hacia los problemas se caracteriza además por ser lo suficientemente abierto y dinámico, ofreciendo soluciones tanto en el campo de la investigación como de la dogmática. En este sentido, la vinculación entre los tópicos y el círculo de problemas se produce a través de la argumentación que realiza el Tribunal, es decir, a partir de un proceso comunicativo compuesto por preguntas y respuestas en el cual transita una serie de *topoi*.

Para estructurar un cierto campo del conocimiento o de la llamada “ciencia” escribimos un campo de cuestiones, ofrecemos ciertos puntos de vista como respuesta y esbozamos el método de examen de acuerdo con el cual las respuestas ofrecidas pueden ser aceptadas o rechazadas. Esto es lo que se quiere decir con estructura de “preguntas y respuestas” (VIEHWEG, 1997, p. 117-118).

Ahora bien, la cuestionabilidad o no de los tópicos en un esquema de preguntas y respuestas constituye una actividad que depende de la relevancia otorgada a una u otra. Es decir, si la preocupación o el interés se centran en el ámbito de la investigación —cetética— o en el ámbito de la dogmática. Para ello resulta adecuado la distinción realizada por Viehweg entre sistemas con función cetética y sistemas con función dogmática¹⁴⁸.

Sobre el primero, en el capítulo anterior fue utilizado un método para el análisis de las sentencias del Tribunal encaminado a examinar la funcionalidad de los tópicos en la jurisprudencia, teniendo en cuenta su orientación lingüística, flexibilidad para el abordaje de problemas, y capacidad para establecer consensos argumentativos. Todo ello, atendiendo al carácter hipotético, problemático, tentativo y cuestionable de estas premisas comúnmente utilizadas por la Corte IDH para responder a los casos concretos que afectan derechos del niño. De esta manera, la cuestionabilidad sobre el contenido de los tópicos ha permitido determinar la funcionalidad de los mismos en relación a los problemas suscitados en los casos contenciosos.

En cuanto al segundo, en un sistema con función dogmática la opinión y formación de opinión revisten especial importancia, debido que se orienta a establecer decisiones y guiar acciones para los problemas jurídicos cotidianos. Esta actividad implica, en nuestro campo de estudio, que los tópicos desarrollen argumentaciones para la determinación o no de las violaciones de derechos humanos cometidas por los Estados en materia de derechos del niño. Por tanto, requiere de los *topoi* un conjunto de afirmaciones dogmatizadas sustraídas de cuestionabilidad y que proporcionen suficiente estabilidad al discurso jurídico, o al menos por un cierto periodo de tiempo. Para ello, la Corte IDH se ha valido de su denominado amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño, elaborado en su jurisprudencia y en el ámbito de nuestra disciplina a partir del artículo 19 de la CADH¹⁴⁹.

En este contexto, cabe entonces identificar los tipos de argumentaciones producidas por el Tribunal de acuerdo a las funciones señaladas, organizar esas argumentaciones según el círculo de problemas propuesto, y finalmente, estructurar de modo tópico el razonamiento

¹⁴⁸ Véase el ítem 2.4, p. 71 del Capítulo II.

¹⁴⁹ Véase el ítem 1.4, p. 44 del Capítulo I.

dogmático y cetético en la jurisprudencia de la Corte IDH, para delinear un sistema jurídico — argumentativo— para nuestro campo especializado del derecho.

5.1 Tipos de argumentación según su función

Por medio de su jurisprudencia la Corte IDH se ha referido al contenido y alcance de la norma fundamental sobre derechos del niño en el ámbito del SIDH. Conforme fue analizado en el primer capítulo, el carácter genérico y abstracto de la norma en cuestión ha possibilitado que el Tribunal por medio de sus sentencias estableciera un conjunto de problemas y una serie de premisas relativas a nuestra materia y elabore un sistema de normas específico —*corpus juris* de protección de los derechos del niño—, a los efectos de determinar la responsabilidad estatal ante violaciones de derechos humanos contra este grupo específico de personas¹⁵⁰.

A partir de esas consideraciones fue posible inferir un problema central, una respuesta del ordenamiento jurídico, y una conclusión acerca de la violación de derechos en los casos particulares. Para que la centralidad recaiga en el problema, el sistema debe requerir que la premisa normativa se adapte a la situación planteada y no realizar un procedimiento a la inversa. Por ello, ante la ausencia de un catálogo de derechos exclusivos para nuestra disciplina en el marco del SIDH, la norma fundamental contenida en el artículo 19 de la CADH realiza una búsqueda de premisas normativas que puedan ser ajustadas al problema que se suscita en un caso particular a través de mecanismos como la interpretación o la integración normativa.

La diversidad de problemas o sub-problemas hallados en los casos contenciosos, que en ocasiones requieren de respuestas normativas específicas, ha llevado a la Corte IDH a analizar de modo más minucioso las situaciones concretas de violaciones de derechos humanos que afectan a las personas menores de edad. En ese sentido, aunque no lo haga de manera estrictamente enunciativa, identifica en sus sentencias los tipos de problemas o situaciones que se presentan en cada caso particular, como por ejemplo, acerca de los niños en situación de riesgo:

A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una **práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo** [...] (CORTE IDH, 1999, párr. 191, destacado agregado).

La identificación de situaciones específicas en los tipos de problemas que afectan derechos del niño por parte del Tribunal, ha significado también la necesidad de una

¹⁵⁰ Véase el ítem 1.3, p. 39 del Capítulo I.

determinación normativa más adecuada para obtener una conclusión en cada caso. Si bien la aplicación de la norma fundamental permite establecer la responsabilidad de los Estados por la violación de derechos del niño, la determinación de violaciones de derechos humanos contra este grupo de personas ha generado una búsqueda por normas específicas para determinados tipos de problemas, debido a la diversidad de situaciones en que estos son víctimas. Para ello, el Tribunal ha recurrido a otras normas del ordenamiento jurídico interamericano de modo a complementar el contenido de la norma base y especificar el derecho vulnerado:

Esta Corte analizará el presente caso teniendo este hecho en particular consideración, y decidirá sobre las violaciones alegadas respecto de otros derechos de la Convención Americana, a la luz de las **obligaciones adicionales que el artículo 19 de la misma impone al Estado** [...] (CORTE IDH, 2004c, párr. 148, destacado agregado).

Así por ejemplo, en la sentencia del caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” concluyó que:

De este modo, la Corte no se pronunciará **en este caso** sobre la violación aislada del artículo 19 de la Convención Americana, sino que incluirá su decisión al respecto en los capítulos correspondientes a los demás derechos cuya violación ha sido alegada (CORTE IDH, 2004c, párr. 150).

A partir de argumentaciones como esta, el Tribunal ha condenado a los Estados por violación de los derechos del niño en relación a otras normas de la CADH en la mayoría de sus sentencias. En la sentencia del caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, la Corte IDH (2006a, párr. 178) ha condenado por violación del artículo 4 (derecho a la vida) en relación con el artículo 19, ambos de la CADH:

[...] la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por cuanto no ha adoptado las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. **La Corte considera que las muertes de 18 niños miembros de la Comunidad, a saber: [...] son atribuibles al Estado, precisamente por la falta de prevención, lo que constituye además una violación del artículo 19 de la Convención** [...] (destacado agregado).

Hasta aquí puede señalarse que, la integración normativa ha conseguido resolver las cuestiones de aplicación del derecho, por medio de la búsqueda de normas más adecuadas a los problemas específicos suscitados y establecer una conclusión más ajustada al respecto. Del mismo modo es importante resaltar que las otras normas de la CADH, que complementan el artículo 19 CADH, brindan asistencia en la interpretación de la norma fundamental:

Las niñas y los niños son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19. Esta disposición irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad, en virtud de su condición como tal (CORTE IDH, 2018b, párr. 150).

Sin embargo, la fundamentación de las decisiones para establecer la responsabilidad estatal sobre derechos del niño ha requerido también que el Tribunal realice esa búsqueda normativa fuera del ordenamiento jurídico interamericano, devenido de la ausencia de una legislación específica para la materia en el SIDH.

[...] Esta Corte ha dicho que “**al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste** (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), **sino también el sistema dentro del cual se inscribe** (inciso tercero del artículo 31)” (CORTE IDH, 1999, párr. 192, destacado agregado).

Esta situación deviene además, debido que el artículo 19 de la CADH impone a los Estados amplias obligaciones que deben ser adoptadas, o bien, medidas de protección para un grupo determinado de personas atendiendo a la condición de vulnerabilidad absoluta de los mismos. En este sentido, ante el problema de los DESCA que afecta derechos del niño, el Tribunal sostuvo que:

[...] la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan **disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales**, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño (CORTE IDH, 2002, párr. 8, destacado agregado).

De este modo, el amplio sentido de las “medidas de protección” puede ser interpretado tomando en cuenta otras disposiciones. Para realizar una adecuada interpretación de la norma fundamental ante los problemas específicos de la materia, el Tribunal se ha valido, principalmente, de dispositivos del Sistema Universal de Derechos Humanos, y de manera particular del conjunto de normas contenidas en la CDN.

La Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ha sido ratificada de forma prácticamente universal, contiene diversas disposiciones que se refieren a las obligaciones del Estado en relación con los menores que se encuentren en supuestos fácticos similares a los que se examinan en este caso y pueden arrojar luz, en relación con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma [...] (CORTE IDH, 2004b, párr. 167).

Aunque la Corte IDH no ha afirmado que problemas específicos merecen una respuesta normativa específica, la función complementaria de las normas de la CADH en relación al artículo 19 CADH permite establecer esa conclusión. Es decir, un conjunto de normas que giran en torno de una norma fundamental para ofrecer respuestas a un círculo de problemas específicos.

[...] la Convención dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o los niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para los adultos. **Las medidas de protección que deben adoptarse en virtud del artículo 19 de la Convención deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto** (CORTE IDH, 2018b, párr. 150, destacado agregado).

Hasta aquí la actividad del tribunal que fue descrita está, preeminentemente, orientada a establecer conclusiones sobre la determinación de la responsabilidad estatal en los casos particulares, por medio de razonamientos jurídicos basados en el uso directivo e incuestionable de la norma base. Como resultado, es producida una serie de argumentaciones dogmáticas encaminadas a justificar el contenido de la norma fundamental para lograr su efectiva aplicabilidad. La importancia de este tipo de argumentos descansa en su utilidad práctica para ofrecer respuestas inmediatas y consistentes durante un cierto periodo de tiempo, así como también, una cierta seguridad en el sistema sobre el tratamiento de problemas en un campo específico.

Por otro lado, en las decisiones del Tribunal también es posible observar argumentaciones volcadas a la cuestionabilidad de la norma básica, proporcionando la admisión de un razonamiento jurídico de carácter cetético, a través de una actividad de revisión y corrección como mecanismos de legitimación de las premisas.

En este tipo de razonamiento también es posible identificar un problema central, una respuesta, y una conclusión. Sin embargo, la respuesta no es necesariamente normativa, y por consiguiente, la conclusión a ser obtenida trasciende a un resultado dicotómico para determinar si el problema en el caso planteado constituye o no una violación de derechos humanos. Para nuestra disciplina, este resultado puede consistir en proveer argumentaciones sobre la determinación de medidas de protección más adecuadas, las cuales no están fijadas en la norma fundamental ni en el conjunto normas complementarias a la misma. Por tanto, cuestionar el artículo 19 de la CADH para obtener una respuesta constituye también una actividad a ser realizada por parte del Tribunal.

En el primer capítulo fue visto que el carácter ambiguo, indeterminado y abstracto de las normas de derechos humanos, proporciona ventajas para la adecuación de problemas por

medio de la actividad argumentativa. En nuestra disciplina, requiere del Tribunal el desarrollo de una argumentación volcada a establecer medidas de protección específicas para cada caso. Estas pueden ser de las más diversas, atendiendo a la variedad de situaciones que afectan derechos del niño, y para ello se torna necesario cuestionar su contenido y revisar sus objetivos o fundamentos para cuestionar su eficacia dentro del discurso.

Al colocar como objeto de análisis a la norma fundamental de nuestra disciplina en el SIDH, su contenido y fundamento pasan a ser cuestionados y pueden brindar nuevas respuestas o perspectivas de uso a través de un conjunto de procedimientos o métodos de investigación. Esta actividad fue realizada en el capítulo anterior, y fue constatado que el artículo 19 de la CADH está compuesto por un catálogo de tópicos especiales, a partir de un círculo de problemas propuesto. Así, fueron señaladas algunas orientaciones de los tópicos que conforman este catálogo y su funcionalidad para la elaboración de consensos.

Ahora bien, así como fue posible identificar una serie de argumentos de tipo dogmático en las decisiones del Tribunal, cabe también indagar sobre la cuestionabilidad de nuestra norma fundamental o de su catálogo de *topoi* en las decisiones del Tribunal para identificar argumentaciones de tipo cetéticas. Para ello, son considerados aspectos relativos al contenido lingüístico, a los fundamentos u objetivos que trae consigo la norma, y a la justificación de la misma en el discurso jurídico¹⁵¹. Todos estos aspectos que suscitan un momento de duda o cuestionamiento en la argumentación ocurren de modo continuo durante el proceso comunicativo cuando el Tribunal examina el problema central en cada uno de sus casos.

En el conjunto de decisiones analizadas fueron observadas y levantadas algunas interrogantes en las sentencias de la Corte IDH, las cuales pueden ser planteadas de la siguiente manera: ¿quiénes son los destinatarios de las medidas de protección?, ¿qué son las medidas de protección a ser aplicadas?, y ¿por qué medidas de protección? Si bien estas y otras cuestiones ya fueron delimitadas, organizadas y parcialmente respondidas a lo largo de esta investigación, cabe advertir que aquí estas preguntas serán utilizadas apenas para auxiliar o guiar la búsqueda de argumentaciones cetética e intentar capturar ese momento específico dentro de las decisiones del Tribunal.

Acerca del contenido lingüístico — ¿quiénes son los destinatarios de las medidas de protección? —, en la primera sentencia en que la Corte IDH (1999, párr. 188) analiza la norma

¹⁵¹ De acuerdo con Sampaio Ferraz (1998, párr. 101), el cuestionamiento cetético presenta un camino propio, aunque también puede ser construido análogamente al dogmático. En ese sentido, distingue tres niveles generales de análisis a los que llama de crítica y metacrítica, en el primero, “la norma es tomada como una acción lingüística”, en el segundo “es interrogada en su propio fundamento (deber de prueba), y en el tercero, “ese fundamento es puesto a prueba, pidiéndose su justificación”.

fundamental de nuestra materia, había señalado que: “El artículo 19 de la Convención Americana **no define qué se entiende como “niño”** (destacado agregado). Ante esta duda planteada, la propia Corte IDH (1999, párr. 188) interpreta la citada norma en relación con la CDN y sostiene que debe entenderse por niño “a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Este mismo criterio fue adoptado en las decisiones siguientes, y con ello parcialmente disipada la cuestión sobre la determinación de los destinatarios de las medidas especiales de protección a partir de la edad.

A pesar de este criterio, el Tribunal se ha encontrado con casos en que la dificultad en corroborar la edad de una persona impidió la adopción de medidas de protección por parte de los Estados. De algún modo, esta situación llevó al Tribunal a replantear el uso del criterio establecido, aparentemente de aplicación simple, pero sujeto a complejidades de la realidad social. Así, en la sentencia del caso “Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela”, la Corte IDH (2014b, párr. 173) se refirió a las “acciones pertinentes para acreditar fehaciente la minoría de edad, a través de una evaluación con criterios científicos, teniendo en cuenta la apariencia física (características somáticas y morfológicas) y la madurez psicológica”. En este contexto, estas acciones pertinentes a ser llevadas a cabo por las autoridades competentes de los Estados pasaron a constituir, de cierto modo, directrices para la aplicación del criterio establecido.

Sin embargo, la Corte IDH (2014b, párr. 173) también consideró oportuno prever las situaciones en que el uso de este criterio no sea de aplicación posible

[...] En caso que no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, se debe otorgar “al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal”.

De esta manera, en materia de derechos del niño la importancia que adquiere la determinación del sujeto protegido en cada caso particular radica en la aplicabilidad o no por parte del Estado de las medidas de protección referidas en el artículo 19 de la CADH.

Posteriormente, cabe al Tribunal cuestionares sobre el contenido de las medidas de protección a ser observadas en cada caso particular. Para identificar dichas medidas en una situación específica, el Tribunal debe preguntarse sobre los *fundamentos de la norma base y los objetivos a ser cumplidos* — ¿qué son las medidas de protección a ser aplicadas? —, motivo por el cual su determinación requiere de un examen de la situación y contexto en que se desarrolla el caso.

Como fue recientemente indicado, la interpretación y la integración de normas cumplen una función directiva para tornar aplicable la norma, pero además, pueden abrir un abanico de cuestiones o nuevas dudas que precisan ser respondidas. Cabe recordar que, aunque la Corte IDH (1999, párr. 194;) ha reiterado constantemente que la CADH, la CDN y otros instrumentos de derechos humanos integran un “muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”, este cuerpo de normas no señala cuáles son esas medidas específicas para aquellos problemas específicos que se suscitan en los casos particulares.

A modo de ejemplo, en la sentencia del caso “Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela”, sobre la detención arbitraria de una personas menor de edad, la Corte IDH (2014b, párr. 157) sostuvo que “cualquier caso que involucre a un menor de edad debe ser analizado de forma transversal”, en atención a las medidas de protección referidas en el artículo 19 CADH. Seguidamente, el Tribunal consideró que los objetivos o fundamentos de las medidas de protección, omitidas por el Estado demandado, consistían en: garantizar las condiciones de detención de la persona menor de edad, así como también, “[...] brindar a Eduardo Landaeta, el trato y los derechos que le correspondían como adolescente menor de edad” (CORTE IDH, 2014b, párr. 157)

Por tanto, la fundamentación de las medidas de protección, inclusive a través de los tópicos especiales que lo conforman, es una actividad que trasciende a la interpretación jurídica y exige del juzgador una actividad argumentativa encaminada a explicar su orientación. Al respecto, el Tribunal ha delimitado y señalado algunas de ellas, debido a la imposibilidad de realizar una clasificación de modo taxativo¹⁵². En la sentencia del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” lo hizo por primera vez:

Las normas transcritas [normas de la CDN] permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la **no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación** (CORTE IDH, 1999, párr. 196, destacado agregado).

¹⁵² En el capítulo anterior nos referimos a las mismas dentro del tópico medidas especiales de protección para luego agruparlas según su orientación.

Posteriormente, ha ido ampliando su lista conforme las nuevas situaciones que surgen. Por ejemplo, en la sentencia del caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, la Corte IDH (2010b, párr. 261) se refirió a medidas de protección orientadas a la niñez indígena:

Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de **promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.**

Finalmente, y para determinar la *justificación de las medidas de protección* — ¿por qué medidas de protección? — referidas en la norma fundamental se torna necesario cuestionar su eficacia en el discurso jurídico, o bien, las argumentaciones encaminadas a obtener pruebas o razonamientos en torno de su fundamentación. Con esta última pregunta se podrá además observar la relevancia que adquiere, la constante y dinámica relación entre pregunta y respuesta para el desarrollo de la problemática central de nuestra disciplina.

En la jurisprudencia del Tribunal sobre la materia, entendida como lugar de permanente discusión y desarrollo argumentativo a partir de problemas, la justificación de las medidas de protección para las personas menores de edad se halla establecida en la situación de vulnerabilidad¹⁵³. Al respecto, la Corte IDH (2002, párr. 86, destacado agregado) en la OC-17 se refirió a dicha situación en cuanto al acceso a la salud y la educación de los niños, a través de la adopción de medidas de protección, “[...] para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, **que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos**”. En su voto concurrente el juez García Ramírez señaló que:

[...] vienen al caso los **integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable**, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos [...] (CORTE IDH, 2002, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 8).

De esta manera, la situación de vulnerabilidad aquí tratada se distingue de aquella que afecta a las personas adultas, debido una serie de características y condiciones que poseen los destinatarios de estas medidas de protección. Entre ellas se menciona la inmadurez y la ausencia

¹⁵³ En el primer capítulo nos hemos referido a la situación de vulnerabilidad de las personas menores de edad, también entendida como situación de vulnerabilidad absoluta.

de autonomía plena para el ejercicio de derechos. Estas argumentaciones entorno de la vulnerabilidad han ido consolidándose, como puede observarse en la sentencia del caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala” en que la Corte IDH (2010a, párr. 164) sostuvo que, “el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su **condición particular de vulnerabilidad**” (destacado agregado).

Por tanto, la adopción de medidas de protección para las personas menores de edad se fundamenta en que “[...] la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales” (CORTE IDH, 2002, p. 87). Por consiguiente, la justificación del artículo 19 CADH según la Corte IDH (2004c, párr. 147) en la sentencia del caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, consiste en que “[e]sta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”.

En este contexto, la situación de vulnerabilidad que afecta a las personas menores de edad es analizada por el Tribunal atendiendo a las múltiples situaciones en que se encuentran los destinatarios de esta protección especializada, debido que esta condición especial puede verse agravada por otras situaciones de vulnerabilidad que a su vez pueden confluír. A modo de ejemplo se pueden mencionar la situación de especial vulnerabilidad de las niñas:

[...] conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que **la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer**. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, “particularmente vulnerables a la violencia” (CORTE IDH, 2015a, párr. 134, destacado agregado).

La situación de especial vulnerabilidad de la niñez indígena:

[...] el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, **pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad** (CORTE IDH, 2010c, párr 201, destacado agregado).

La situación de especial vulnerabilidad de los niños en conflictos armados internos:

La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, como en el presente caso, pues son los menos preparados para adaptarse o responder a

dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada (CORTE IDH, 2005c, párr. 156, destacado agregado).

La situación de especial vulnerabilidad de los niños en contexto de migración:

La Corte considera que al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. **Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad**, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos (CORTE IDH, 2005b, párr. 166, destacado agregado).

De acuerdo con los tres criterios que fueron utilizados es posible destacar que la importancia de este tipo de argumentaciones reside en la constante revisión y actualización de la norma fundamental, al igual que de sus lugares comunes. Asimismo, cabe advertir que si bien las preguntas-guía fueron respondidas, al menos parcialmente, en los casos señalados las dudas formuladas permanecen abiertas. Es decir, los cuestionamientos fueron momentáneamente interrumpidos por medio de las respuestas ofrecidas, debido que el Tribunal necesita obtener una conclusión para el caso que está analizando, de modo contrario, este se tornaría interminable. Esto significa también que, un nuevo caso podría retomar la duda o pregunta que se encuentra temporalmente suspendida.

En consecuencia, ambos tipos de argumentaciones cuentan con sus respectivas funciones dentro de un sistema jurídico de estructura tópica, mediante el desarrollo de actividades dogmáticas y cetéticas. Si bien la distinción entre ellas resulta adecuada, en atención a los resultados a ser obtenidos, el diálogo constante entre las mismas produce resultados fructíferos tal como acontece en la relación pregunta-respuesta. Un ejemplo de esa relación son las argumentaciones cetéticas convertidas en dogmáticas.

Como conclusión preliminar se puede señalar que, las argumentaciones de tipo dogmática se orientan a la aplicación de la norma, que en nuestro campo de estudio consiste, en la aplicación de las medidas de protección conforme el artículo 19 CADH. En ese sentido, la actividad del sistema se centra en la búsqueda y construcción de un conjunto de normas alrededor de la norma fundamental para ofrecer una conclusión al problema presentado en los casos particulares. Para ello, la interpretación y la integración normativa prestan importantes auxilios, sin que esto impida que dichos mecanismos también pueden prestar servicios a las argumentaciones de tipo cetética.

Acerca de las argumentaciones de tipo cetética, sus resultados están encaminados a una justificación previa cuestionabilidad de la premisa fundamental dentro del discurso jurídico. En nuestra materia, esta se orienta a la función que desempeñan las medidas de protección en los casos particulares, o bien, en el discurso jurídico de la Corte IDH. Por consiguiente, además de los mecanismos utilizados en el tipo de razonamiento anterior, fueron organizados una serie de criterios y preguntas para guiar los cuestionamientos a la norma fundamental. Conforme la duda planteada en torno de las medidas de protección, indagada en las decisiones del Tribunal, la justificación de estas medidas es atribuida a la situación de especial vulnerabilidad que afecta a las personas menores de edad, aunque dicha conclusión no impide que sean establecidas una serie de matices respecto a la misma.

De esta manera se tiene que, la respuesta ofrecida por la norma fundamental contenida en el artículo 19 de la CADH, inclusive a través del catálogo de *topoi*, es siempre variable y dinámica dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH. Si bien en las argumentaciones cetéticas estas características aparecen de modo más evidente debido a los cuestionamientos realizados, en las argumentaciones dogmáticas la respuesta de la norma base también presenta dichas características, principalmente, debido al uso de mecanismos como la interpretación y la integración normativa. No obstante cabe destacar que, a pesar del uso de los mecanismos mencionados y de haber realizado un examen de cuestionabilidad sobre nuestra norma fundamental, la justificación de las medidas de protección acaba remitiéndose al problema central de la disciplina. Por tanto, a diferencia de la respuesta, es posible observar que el problema permanece constante dentro del sistema.

Siendo este último la situación de vulnerabilidad de las personas menores de edad, del cual se desprende un círculo de problemas, resulta también adecuado verificar el tratamiento de dichos problemas en los casos particulares de acuerdo con la doble funcionalidad previamente identificada. Es decir, para la determinación de la responsabilidad estatal sobre la violación de derechos humanos, así como también, para la justificación de las medidas de protección adoptadas en cada caso. De este modo pueden ser distinguidas, argumentaciones volcadas a determinar la responsabilidad estatal, y por otro lado, argumentaciones encaminadas a justificar las medidas de protección más adecuadas según el tipo de problema.

5.2 Tratamiento de problemas en un sistema con doble funcionalidad

Para un sistema de estructura tópica que sea capaz de desarrollar una perspectiva dogmática y cetética se torna necesario otorgar un enfoque central a los problemas suscitados en cada caso. Es decir, un sistema con una centralidad en el conjunto de problemas que se

encuentran presentes en los casos particulares y no en la adecuación de esos problemas para su ingreso dentro de un sistema. Este último generalmente de estructura deductiva y constituida por un grupo de premisas verdaderas previamente establecidas.

A los efectos de ilustrar la estructura de un sistema tópico con funcionalidad dogmática y cetética pueden ser considerados algunos aspectos o indicadores para cada una de ellas, así como también, de algunos componentes que puedan brindar una adecuada descripción en relación a los problemas abordados. Para los fines de esta investigación son propuestos: el amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño, e igualmente, el catálogo de *topoi* especializado de nuestra disciplina, conforme fue visto en los capítulos anteriores. El primero, para señalar la función directiva a partir de la determinación de la responsabilidad estatal, y el segundo, para indicar la justificación de las medidas especiales a través de los tópicos especiales.

Al respecto, en el SIDH la responsabilidad estatal es establecida a partir de los artículos 1 y 2 de la CADH, ambas normas constituyen la base para la determinación de dicha responsabilidad. En los casos de violación de derechos humanos a niños, niñas y adolescentes, la Corte IDH ha relacionado las normas citadas con el artículo 19 de la CADH porque esta última se refiere de modo específico a la protección de derechos para este grupo de personas. Sin embargo, debido a las características ya analizadas de nuestra norma fundamental, el Tribunal también ha relacionado a la misma con otras normas contenidas en la CADH y en ocasiones, con normas de otros instrumentos de protección del SIDH¹⁵⁴. Este conjunto de normas integran el denominado amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño.

En cuanto a la justificación para la adopción de las medidas más adecuadas, en el capítulo anterior fue observado que las medidas de protección destinadas a niños, niñas y adolescentes en el SIDH están conformadas por cuatro tópicos especiales: interés superior del niño (ISN), medidas especiales de protección (MEP), protección del núcleo familiar (PNF), igualdad fundada en la especialidad (IFE), cuyas orientaciones son determinadas conforme el problema suscitado¹⁵⁵. El uso de estos lugares comunes en las sentencias de los casos contenciosos es diverso, pudiendo ser de manera individual o conjunta, dependiendo de la justificación dada en el caso concreto.

¹⁵⁴ En cuanto a los instrumentos de protección del Sistema Universal de Derechos Humanos, principalmente la CDN, si bien el Tribunal no puede determinar la responsabilidad por la violación de normas ajenas a su jurisdicción, estos son empleados en la sentencias de la Corte IDH para la interpretación del contenido de las normas del SIDH.

¹⁵⁵ Véase el ítem 4.2, p. 130 del Capítulo IV.

Es importante advertir que los modos empleados por el Tribunal para la determinación de la responsabilidad estatal en nuestra materia, al igual que la justificación de las medidas de protección a través de sus *topoi*, serán observados desde el círculo de problemas. Con esta perspectiva desde el problema ambas funciones adquieren mayor relevancia, tornándose aún más evidentes en el desarrollo de los casos particulares.

En la siguiente tabla se describe someramente dichas funciones a partir de una lista de casos contenciosos de la Corte IDH¹⁵⁶ distribuidos según el círculo de problemas propuesto, a partir de una serie de variables y su frecuencia estadística¹⁵⁷. Cabe señalar que fueron contempladas cincuenta y cuatro sentencias en que el Tribunal condenó a los Estados por la violación del artículo 19 de la CADH, ya sea de modo individual o en relación a otras normas. Asimismo, fueron incluidas otras cuatro sentencias en que se analiza el artículo citado sin condenar a los Estados por la violación de la citada norma.

Tabla 7 - Estructura de un sistema con doble funcionalidad

Problema ¹⁵⁸	Caso	Función	Indicador	Componente	Frecuencia
P1a	27	Dogmática	Corpus juris	19 CADH	8
				+ otras normas CADH	16
				+ otras normas del SIDH	-
		Cetética	Catálogo de topoi	ISN	10
				MEP	24
				PNF	3
IFE	8				
P1b	15	Dogmática	Corpus juris	19 CADH	4
				+ otras normas CADH	6
				+ otras normas del SIDH	1
		Cetética	Catálogo de topoi	ISN	8
				MEP	14
				PNF	-
IFE	9				
P2a	5	Dogmática	Corpus juris	19 CADH	1
				+ otras normas CADH	4
				+ otras normas del SIDH	-
		Cetética		ISN	3

¹⁵⁶ Al respecto, véase la tabla 1, p. 93 del Capítulo III.

¹⁵⁷ En la elaboración de la tabla 8 fueron observados los siguientes pasos propuestos por Reis (2018, p. 136-141) para la producción de un análisis empírico-retórico del discurso: definición del *corpus* de investigación, determinación del contexto, lectura exploratoria, contabilización de la frecuencia, y representación a través de un mapa teórico (tabla, gráfico).

¹⁵⁸ Conforme el círculo de problemas propuesto, se tiene: P1 (situación de riesgo o peligro) y a su vez P1a (violencia institucional) o P1b (acceso a los DESCAs); P2 (conflicto con la ley penal) y a su vez P2a (procedimientos judiciales o administrativos) o P2b (custodia estatal); P3 (separación familiar) y a su vez P3a (adopción, guarda y custodia irregular) o P3b (violencia institucional); P4 (discriminación) y a su vez P4a (acceso a la justicia) o P4b (condición particular o situación en que se encuentra).

			Catálogo de topoi	MEP	4
				PNF	-
				IFE	1
P2b	3	Dogmática	Corpus juris	19 CADH	-
				+ otras normas CADH	3
				+ otras normas del SIDH	-
		Cetética	Catálogo de topoi	ISN	3
				MEP	3
				PNF	-
IFE	1				
P3a	4	Dogmática	Corpus juris	19 CADH	-
				+ otras normas CADH	4
				+ otras normas del SIDH	-
		Cetética	Catálogo de topoi	ISN	4
				MEP	3
				PNF	4
				IFE	-
P3b	10	Dogmática	Corpus juris	19 CADH	2
				+ otras normas CADH	8
				+ otras normas del SIDH	-
		Cetética	Catálogo de topoi	ISN	4
				MEP	-
				PNF	10
IFE	3				
P4a	7	Dogmática	Corpus juris	19 CADH	1
				+ otras normas CADH	5
				+ otras normas del SIDH	1
		Cetética	Catálogo de topoi	ISN	4
				MEP	2
				PNF	2
				IFE	-
P4b	8	Dogmática	Corpus juris	19 CADH	2
				+ otras normas CADH	3
				+ otras normas del SIDH	3
		Cetética	Catálogo de topoi	ISN	4
				MEP	2
				PNF	-
IFE	4				

Fuente: elaboración del autor

Aunque no se realizar un análisis de las sentencias del Tribunal, resulta apropiado señalar algunas características de esta doble funcionalidad en su relación con el círculo de problemas. En cuanto a la determinación de la responsabilidad estatal, la identificación de normas que complementan al artículo 19 de la CADH conforme los tipos de problemas. Y en cuanto a la justificación de medidas de protección, la correlación existente entre los tópicos especiales y los problemas específicos.

Como fue indicado anteriormente, la determinación de la responsabilidad estatal ante violaciones de derechos humanos contra niños, niñas y adolescentes se desprende principalmente de lo establecido en el artículo 19 de la CADH. Sin embargo, atendiendo al carácter genérico, abstracto e indeterminado de la norma fundamental, el Tribunal ha considerado apropiado ajustar dicha disposición a otras normas de la CADH y otros instrumentos del SIDH al momento de establecer las responsabilidades.

En relación a los problemas sobre situación de riesgo o peligro (P1), en los casos clasificados como violencia institucional, el Tribunal condenó a los Estados por violación de los derechos del niño en 23 de sus sentencias. En 15 de ellas, incluyó además otros artículos de la CADH: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 22 (Derecho de Circulación y de Residencia), 25 (Protección Judicial). Por otro lado, en los casos relativos al acceso a los DESCAs fueron identificadas 10 sentencias, de las cuales en 5 de ellas el Tribunal condenó a los Estados por violación del artículo 19 de la CADH en relación a otras normas de la CADH: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales). Asimismo, en una sentencia en relación a la Convención de Belém do Pará.

En cuanto a problemas relacionados a conflicto con la ley penal (P2), que incluye a los procedimientos judiciales o administrativos y la custodia estatal, las sentencias del Tribunal condenaron a los Estados por violación del artículo 19 de la CADH en relación a los siguientes artículos de la CADH: 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales).

Ante los problemas de separación familiar (P3), y a su vez casos que involucran adopción, guarda y custodia irregular, así como también, violencia institucional; la violación del artículo 19 de la CADH fue establecida en relación a los siguientes artículos de la CADH: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17 (Protección a la Familia), 18 (Derecho al Nombre), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 24 (Igualdad ante la Ley), 25 (Protección Judicial).

Por último, en los casos denominados de discriminación (P4), ya sea en el acceso a la justicia o por la condición particular o situación en que se encuentra el niño, el Tribunal condenó a los Estados por violación de los derechos del niño en relación a los siguientes artículos de la CADH: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 5 (Derecho a la Integridad

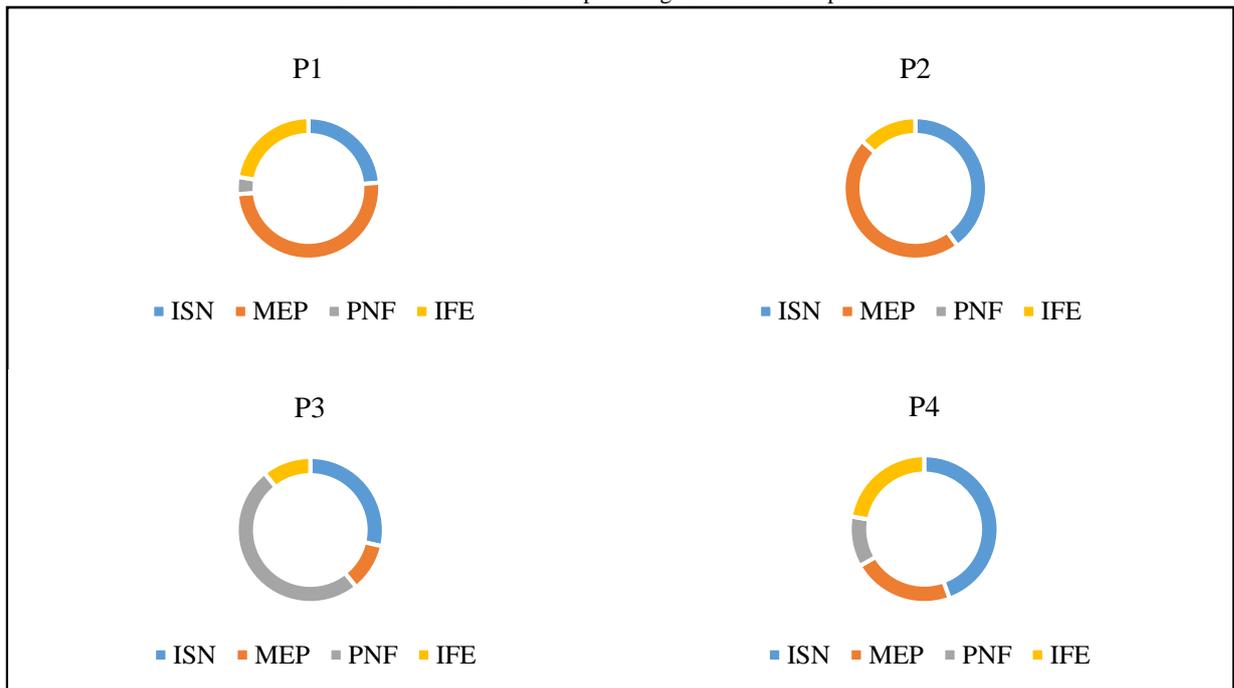
Personal), 8 (Garantías Judiciales), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 17 (Protección a la Familia), 18 (Derecho al Nombre), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 22 (Derecho de Circulación y de Residencia), 24 (Igualdad ante la Ley), 25 (Protección Judicial). Asimismo el art. 7 b) de la Convención de Belém do Pará, y el art. 13 del Protocolo de San Salvador.

De esta manera, la relación de la norma fundamental con un conjunto de normas en este tipo de argumentaciones se torna necesaria para establecer con mayor precisión la responsabilidad estatal sobre el tipo problema. El acento en este último posibilita además observar la afinidad entre nuestra norma base, el catálogo de derechos contenidos en la CADH y otros instrumentos del ordenamientos jurídico interamericano. Asimismo, un análisis más extenso podría verificar el uso de otros dispositivos de derechos humanos, como por ejemplo la CDN, durante la interpretación o integración normativa para el abordaje del círculo de problemas.

Por otro lado, la justificación sobre la aplicación de las medidas más adecuadas en cada caso particular ha requerido que el Tribunal retome de modo constante al problema central que afecta a la materia: la situación de vulnerabilidad absoluta de los sujetos protegidos. En este sentido fue constatado que el uso de los tópicos especiales, que a su vez componen las medidas de protección, sirven de auxilio al Tribunal en el momento de la justificación y determinación de la medida más adecuada, debido a la amplitud de la respuesta normativa del ordenamiento jurídico. Es decir, que la justificación de las medidas de protección es resultado de la cuestionabilidad de los puntos de partida en las argumentaciones.

Al respecto, en la distribución de los tópicos especiales según el círculo de problemas propuesto se constata que el interés superior del niño (ISN) adquiere una especial relevancia en el abordaje de los cuatro problemas propuestos, destacándose en aquellos sobre conflicto con la ley penal (P2) y discriminación (P4). Las medidas especiales de protección (MEP) aparecen principalmente en problemas relativos a la situación de riesgo o peligro (P1), mientras que la protección del núcleo familiar (PNF) en casos de separación familiar (P3). Por último, en cuanto al tópico igualdad fundada en la especialidad (IFE), si bien no sobresale en un tipo específico de problema, su presencia dentro del círculo propuesto aparece de forma constante, al igual que el ISN.

Gráfico 9 - Distribución de tópicos según el círculo de problemas



Fuente: elaboración del autor

La utilidad de estos tópicos especiales para el abordaje de problemas y la obtención de conclusiones ha producido un desarrollo dinámico de la jurisprudencia del Tribunal en nuestra materia. Sin embargo, es posible también observar que previo al uso efectivo de estos lugares comunes en las argumentaciones antecede un momento de duda o cuestionamiento sobre el modo en que estos serán empleados para justificar el contenido concreto de las medidas de protección en cada caso particular. Este momento está compuesto por la elección del tópico considerado más adecuado, pudiendo además ser incluido la orientación de dicho tópico¹⁵⁹, y la justificación argumentativa de la misma, siempre en relación al problema planteado.

A modo de ejemplo, indagaremos este momento argumentativo en la sentencia del caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”. Esta sentencia se refiere a la responsabilidad del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de una madre, debido a su orientación sexual. Según los antecedentes del caso, este se inicia en un proceso de tuición o custodia interpuesto por el padre de las niñas ante un Juzgado de Menores, y culmina hasta llegar a la Suprema Corte de Chile. Para la última instancia judicial chilena, existía causa calificada para justificar la entrega de la tuición al padre, debido a la supuesta situación de

¹⁵⁹ Según fue analizado en el capítulo anterior, cada uno de los tópicos que conforman nuestro catálogo poseen orientaciones propias conforme el problema planteado. Así se tiene: ISN (derecho sustantivo, principio de interpretación, norma de procedimiento), MEP (condiciones de vida digna, protección judicial), PNF (injerencia arbitraria en la vida familiar, separación ilegal del niño de su familia), e IFE (derecho adicional de las personas menores de edad, tratamiento igualitario en el acceso a la justicia).

riesgo en que se encontraban las niñas, la cual podría tornarse irreversibles para los intereses de las mismas. Así, el proceso judicial culminó con la decisión de retirar de la madre la guarda y custodia de sus dos hijas menores de edad. Según nuestra clasificación, un problema de separación familiar.

En su análisis, el Tribunal utilizó como lugar común el ISN a los efectos de determinar la medida de protección más adecuada para las niñas afectadas en el presente caso. Si bien la Corte IDH ya había mencionado este tópico en la OC-17, esta fue la primera vez que lo hizo en un caso contencioso. Al respecto, se refirió al contenido de este tópico por medio de fórmulas argumentativas¹⁶⁰, para luego señalar que:

[...] la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, **la sola referencia al mismo sin probar, en concreto**, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona¹ (CORTE IDH, 2012a, párr. 110, destacado agregado).

El Tribunal advierte sobre la imposibilidad de una comprensión inmediata y en consecuencia, una aplicación directa del tópico seleccionado, que si bien constituye una herramienta de diálogo para establecer la medida de protección puede requerir también de una justificación en el discurso. Aquí, la pregunta planteada sería: ¿cómo determinar el interés superior del niño en un caso específico de separación familiar, en razón de la orientación sexual de la madre? De acuerdo con el Tribunal:

[...] la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad **se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso**, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios (CORTE IDH, 2012a, párr. 109, destacado agregado).

La cuestionabilidad de los tópicos para su justificación proporciona una adecuación de los mismos ante los problemas suscitados, así como también, favorece a una constante revisión y actualización de la función que desempeñan las medidas de protección para las personas en situación de vulnerabilidad absoluta. Además, conforme fue constatado, todos los problemas que afectan derechos del niño son analizados a partir de este catálogo de tópicos, aunque

¹⁶⁰ Al respecto, la *fa-isn4* utilizada señala que: “En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”. Al respecto, véase el ítem 4.2, p. 130 del Capítulo IV.

atendiendo a las particularidades de cada caso. Es por ello que, en el conjunto de sentencias que conforman nuestro corpus de análisis puede observarse que la justificación acontece en menor o mayor medida en los casos contenciosos, y a veces inclusive desprovista de este aspecto.

Por otro lado, cuando la justificación del tópicos en determinados problemas carece de ese momento cetético, y la argumentación producida se vuelve constante y reiterada en un conjunto de decisiones a lo largo de un cierto periodo de tiempo, puede decirse que esta adquiere una función directiva, tornándose así una argumentación dogmática. Aunque no todas las argumentaciones encaminadas a la justificación aspiran a constituirse en argumentaciones directivas, en muchos casos el Tribunal ha propiciado este cambio de función, atendiendo a su utilidad práctica al momento de la aplicación.

Así por ejemplo, en la sentencia del caso “Fornerón e Hija vs Argentina”, el Tribunal se volvió a pronunciar en el mismo sentido que la anterior sentencia citada, nuevamente, en relación a la determinación del ISN en un caso de separación familiar. Esta vez, debido al estado civil —soltero— del padre de una niña, en el cual agregó que:

[...] esta Corte ya ha establecido que **una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño**. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia (CORTE IDH, 2012b, párr. 99, destacado agregado).

El Tribunal lo hizo igualmente en la sentencia del caso “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”:

[...] La Corte reitera que la orientación sexual no puede ser utilizada como un elemento decisorio en asuntos de custodia o guarda de niñas y niños. **Las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual**, como las utilizadas en este caso, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños **no son idóneas para garantizar el interés superior del niño, por lo que no son admisibles**. [...] (CORTE IDH, 2018b, 301, destacado agregado).

En los casos citados puede observarse la constancia de una argumentación con función cetética en relación a un problema específico, que a pesar de las variantes suscitadas en los casos, conserva un argumento central: la evaluación de los comportamientos parentales para la adecuada determinación del interés superior del niño. Podría afirmarse entonces que, las argumentaciones con función cetética que a lo largo del tiempo permanecen fijas en la

jurisprudencia del Tribunal adquieren una función directiva en la jurisprudencia de la Corte IDH. Algunas de estas últimas han pasado a ser denominadas estándares de derechos humanos para la materia.

Además de los problemas de separación familiar, la Corte IDH también ha utilizado el ISN para abordar otro tipo de situaciones. Así por ejemplo, en cuanto a procedimientos judiciales y administrativos en que participan los niños:

Este Tribunal considera que **la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño**. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales (CORTE IDH, 2012b, párr. 105, destacado agregado).

En relación a contextos de discriminación

[L]a Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés colectivo” y la “integridad y vida” de las niñas y niños un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la condición médica. **El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud** (CORTE IDH, 2015a, párr. 265, destacado agregado).

Acerca del acceso a la justicia:

[E]xiste una relación directa entre el derecho a ser oído y el interés superior del niño. **No es posible una aplicación correcta del interés superior del niño sin respetar su derecho a ser oído**, el cual abarca el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño (CORTE IDH, 2018b, párr. 171, destacado agregado)¹⁶¹.

Al igual que el ISN, es posible examinar la cuestionabilidad de los demás tópicos que conforman nuestro catálogo en su relación con el círculo de problemas mediante un análisis de los casos particulares. Esta actividad resulta importante debido a las particularidades de cada una, tal como la propia Corte IDH (2011a, párr. 221) ha manifestado desde la sentencia del caso “Gelman vs. Uruguay” y en sus posteriores decisiones “[...] el derecho de “[l]os niños y las niñas a [...] medidas especiales de protección deben ser definidas según las circunstancias

¹⁶¹ Cfr. CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (a). Serie C No. 239, párr. 200. *Idem*. **Caso Furlan y familiares vs. Argentina**, 2012c, párr. 230.

particulares de cada caso concreto”. Por tanto, si bien los tópicos especiales a partir de su funcionalidad brindan auxilios para la determinación de estas medidas, las mismas pueden ser objeto de duda y análisis para su posterior justificación.

De este modo, la clasificación de las decisiones según sus problemas permite verificar de forma más precisa la función de los tópicos en la argumentación, ya sea como norma directiva o como punto de partida para justificar las medidas de protección. En la jurisprudencia del Tribunal ambas adquieren especial relevancia en relación a los problemas suscitados en los casos particulares. Asimismo, la búsqueda e identificación de los tipos de argumentación en la jurisprudencia de la Corte IDH, atendiendo a la doble funcionalidad del sistema aquí propuesto, nos posibilita además indagar sobre la estructura de nuestra disciplina como campo especializado del derecho.

5.3 La estructura tópica de nuestra disciplina jurídica especializada

La delimitación de la problemática central que afecta a nuestra disciplina permite un abordaje más adecuado de los casos contenciosos identificados en la jurisprudencia de la Corte IDH. De ahí la necesidad de un sistema orientado hacia el problema. Para ello, resulta necesario un sistema o una estructura que provea de suficiente seguridad para el tratamiento de los casos particulares a través de un proceso comunicativo dinámico. Es decir, que los elementos que componen este sistema puedan guiar al problema desde la pregunta hasta la respuesta. En nuestro campo de estudio, el problema está dado por la situación de vulnerabilidad absoluta de las personas menores de edad, que puede ser comprendida mediante un círculo de problemas propuesto.

En ese contexto, nuestro catálogo de *topoi* especializado (ISN, MEP, PNF, IFE), proporciona herramientas adecuadas para llevar adelante dicho procedimiento de modo organizado y dialógico. Sobre este último, los *topoi* cumplen una función directiva y reflexiva, ya sea para orientar el problema concreto hacia una respuesta a través de argumentaciones dogmáticas, o bien, para cuestionar su propio contenido y posteriormente fundamentar la argumentación en el discurso.

En este sistema jurídico de estructura tópica, los *topoi* son los encargados de direccionar la búsqueda por conclusiones más adecuadas para cada problema, debido que el énfasis recae en esta última. En contraposición a un sistema de carácter deductivo en que la premisa mayor o la respuesta normativa es la encargada de admitir o rechazar el ingreso de determinados problemas dentro del sistema. Asimismo, y como fue previamente señalado, un sistema de estructura tópica puede adoptar una función cetética cuando se mantiene abierto a otros puntos

de vista para el análisis del problema, así como también, una función dogmática cuando limita o condiciona el análisis de sus puntos de vista para el tratamiento del problema con el objetivo de producir un efecto directivo.

En el interior de este sistema es posible encontrar un esquema de preguntas y respuestas, que puede ser caracterizado de la siguiente manera:

1. El problema (constante), o su delimitación mediante un círculo de problemas, se torna concreto en el caso particular y se manifiesta a través de una pregunta.

2. Puntos de vista o catálogos de *topoi* son ofrecidos como respuesta (parcial – provisoria - temporal) al problema suscitado.

3. La respuesta puede ser admitida o cuestionada, dependiendo la función:

3.1 Función cetética: el énfasis recae en la pregunta formulada, por tanto, la respuesta o los *topoi* son cuestionados y puestos en duda, siendo constantemente examinados.

3.2 Función dogmática: el énfasis recae en la respuesta ofrecida, por tanto, la duda sobre la misma es excluida y se mantiene fija en las preguntas ulteriores.

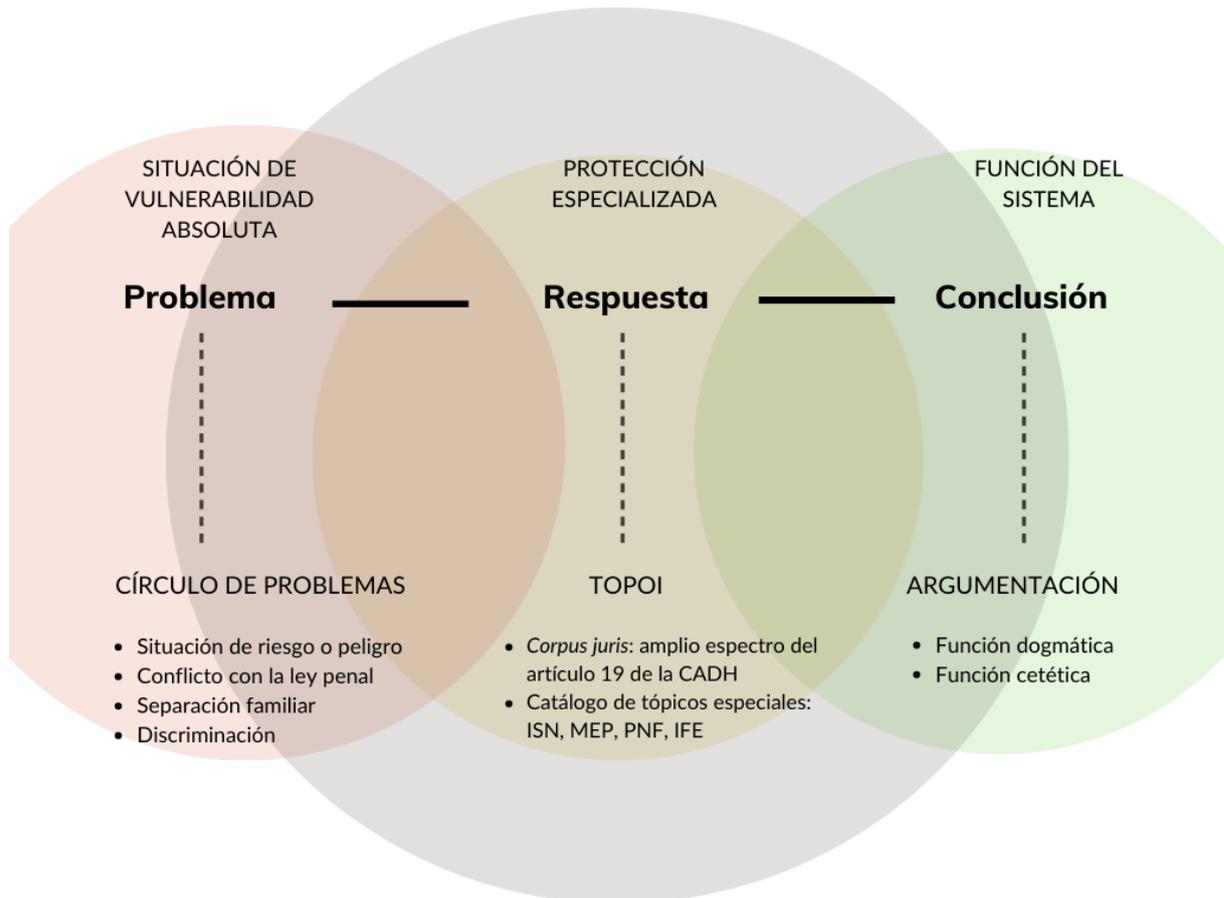
4. La conclusión obtenida dependerá de la función adoptada, pudiendo ser:

4.1 Una argumentación que examine la respuesta y la provea de justificación (cetética).

4.2 Una argumentación que decida en base a la respuesta ofrecida (dogmática).

En nuestro campo especializado del derecho, ese proceso comunicativo que acontece dentro del sistema argumentativo puede ser representado del siguiente modo:

Figura 4 - Representación de un sistema tópico-argumentativo en materia de Derechos del Niño



Fuente: elaboración del autor

Este sistema vinculado a la retórica es concebido como un sistema argumentativo en permanente movimiento y orientado hacia el problema o conjunto de problemas, tanto en su función cetética como dogmática. En nuestra disciplina, cuando los tópicos son utilizados en su forma normativa o directiva estas cumplen una función dogmática dentro del ordenamiento jurídico interamericano, a los efectos de ofrecer respuestas sobre la responsabilidad estatal sobre violaciones de derechos humanos contra un grupo específico de personas. Por otro lado, cuando los tópicos son puestos en duda su función se orienta a la justificación de las medidas de protección, mediante el cuestionamiento de la respuesta ofrecida.

El dogma o la fundamentación del derecho en nuestra materia y en el ámbito del SIDH se halla establecida por la protección especial o protección especializada contenida en el artículo 19 de la CADH: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Esta constituye el tópico o la norma base dentro de nuestro sistema jurídico con función dogmática, de la cual también se depende un catálogo de tópicos especiales. Sin embargo, cuando estos lugares

comunes son analizados o cuestionados revelan una funcionalidad propia en relación al problema. De este modo, cuando el dogma o la norma central son cuestionadas, inclusive por medio de los *topoi* que lo conforman, se coloca en movimiento una función cetética dentro del sistema jurídico.

Resulta importante señalar que el movimiento constante de ambas funciones favorece al buen funcionamiento del sistema, entendida en su doble función, debido que el tratamiento de las premisas en una argumentación puede adoptar una perspectiva operacional o investigativa. A partir de un enfoque dogmático las premisas serán incuestionables, mientras que desde un enfoque cetético estas son pasibles de revisión. En consecuencia, pueden ser producidos dos tipos de argumentaciones sobre un mismo objeto, y dependiendo de los problemas que son analizados.

Así por ejemplo, la función dogmática, de carácter directivo, permite establecer decisiones o guiar acciones que pueden estar encaminadas a una eventual sanción o violación de un derecho legitimado. En cuanto la función cetética, de carácter cognoscitivo, posibilita la corrección de las premisas dogmáticas mediante su cuestionamiento, a fin de evitar que estas permanezcan estáticas o demasiado rígidas, sobre todo en disciplinas especializadas del derecho como la nuestra.

La distinción entre ambos enfoques resulta adecuada para observar la estructura constitutiva de la jurisprudencia en este campo especializado del derecho. Es decir, dogmática jurídica y cetética jurídica como formas de pensamiento que se contraponen y al mismo tiempo se complementan. A partir de ella, las argumentaciones dogmáticas orientan la labor de los juristas prácticos para la resolución de problemas en los casos concretos, mientras que las argumentaciones cetéticas examinan aquel razonamiento jurídico dogmático formulado a través de la actividad investigativa o cuestionadora en relación al dogma. Asimismo, el constante movimiento en este tipo de sistema, abierto y discutible, posibilita que las argumentaciones puedan transitar de una función a otra.

Por consiguiente, en este sistema de estructura tópica, las argumentaciones producidas brindan una función directiva y reflexiva, ofreciendo seguridad en el sistema y un desarrollo dinámico frente al problema central de la materia. En cuanto dogmática, cuenta con un conjunto de argumentos fijados que se encuentran fuera discusión, y que sólo pueden ser interrumpidos mediante el cuestionamiento y justificación realizada por una función cetética.

De esta manera, la duda que fue planteada al inicio de este capítulo en torno a la relación entre el círculo de problemas y el catálogo de tópicos en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos del niño, ha permitido visualizar el desarrollo de un sistema que estructura y organiza

su funcionamiento a través de un conjunto de argumentaciones. Del mismo modo que, torna posible comprender el derecho como una construcción argumentativa desde los diferentes ámbitos que componen la jurisprudencia, dogmática jurídica, teoría del derecho y filosofía del derecho, entendida como amplio saber jurídico; y brindando además una sistema jurídico argumentativo para esta disciplina jurídica denominada derechos del niño, en el marco del SIDH a través de las decisiones de la Corte IDH.

CONCLUSIÓN

Debido a la situación de vulnerabilidad absoluta en que se encuentran las niñas, los niños y los adolescentes, la titularidad de derechos de los mismos establecida en la CADH se ve reforzado por las medidas de protección contempladas en su artículo 19. El amplio alcance de esta disposición normativa ha producido efectos en el ordenamiento jurídico interamericano, y por consiguiente, en la interpretación y aplicación de todos los demás derechos cuando un caso de violación de derechos humanos se refiere a personas menores de edad, especialmente, para la adopción de medidas más adecuadas y específicas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Por tanto, las denominadas medidas de protección constituyen un tema central para el estudio y abordaje de los derechos del niño en el marco del SIDH, debido que esta es la respuesta del ordenamiento jurídico interamericano ante las violaciones de derechos humanos cometidas contra este grupo de personas. Sin embargo, la identificación de los destinatarios de estas medidas de protección, la situación en que estos se encuentran y el contexto problemático que les afecta, ha requerido por parte de la Corte IDH un examen particular de los casos a fin de determinar la función que desempeñan estas medidas.

En este contexto, al inicio de esta investigación fue planteado como problema de estudio el contenido y alcance funcional de las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la CADH, conforme el desarrollo argumentativo de la Corte IDH. Para obtener una comprensión más adecuada de este conjunto de argumentaciones se ha indagado acerca de una estructura en el campo del derecho que otorgue forma y sentido a esta disciplina jurídica especializada dentro de la jurisprudencia del Tribunal y que permita orientar la interrogante en torno a ¿qué son las medidas de protección establecidas para los niños, niñas y adolescentes a partir de las argumentaciones producidas por la Corte IDH?

Para ello fue delimitado el contenido y alcance de las medidas de protección referidas en el artículo 19 de la CADH desde una perspectiva funcional y conforme a la problemática de

los derechos del niño a través de las argumentaciones producidas en las sentencias de los casos contenciosos. En ese sentido, han sido organizados los argumentos de la Corte IDH sobre la materia según el problema central —la situación de vulnerabilidad absoluta— y dentro de un campo de estudio especializado —derechos del niño—. Metodológicamente, fueron analizadas las decisiones del Tribunal en un periodo de tiempo que considera a la OC-17 como punto de partida, para luego identificar y caracterizar los tópicos especiales o lugares comunes de nuestra disciplina dentro de un sistema que contemple el desarrollo argumentativo de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos del niño.

A través del análisis de las sentencias de los casos contenciosos, como objeto de investigación, fue posible observar el desarrollo argumentativo del Tribunal en relación a la protección de los derechos del niño en un período de tiempo de aproximadamente veinte años, lo cual ha permitido concluir que el contenido y alcance funcional de las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la CADH se halla constituido por una serie de tópicos especiales que son propios de la disciplina, e igualmente que, los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH poseen una estructura tópica.

En el primer capítulo fue delimitada la problemática en torno a los derechos del niño en el marco del SIDH, a partir de algunos nudos considerados críticos en el abordaje de los derechos humanos. Conforme el análisis realizado fue posible observar que la jurisprudencia de la Corte IDH en relación a los derechos del niño ha posibilitado: el desarrollo de contenidos y conceptos sobre derechos del niño, a partir de los problemas suscitados en los casos contenciosos; la elaboración de un amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño, a partir de una norma fundamental; y la determinación de la responsabilidad estatal ante violaciones de derechos humanos contra las personas menores de edad, de modo general o específico.

En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal fue caracterizado como un lugar de permanente discusión, desarrollo de conceptos ligados al problema y la búsqueda constante de respuestas. Del mismo modo, comenzamos a inferir de manera preliminar que esta brinda una estructura a los derechos del niño en el marco del SIDH como disciplina especializada en el campo del derecho, que cuenta con un objeto de estudio propio y aborda una serie de problemas específicos. De esta manera, se procedió a una búsqueda de los lugares comunes o tópicos más relevantes de nuestra disciplina, a los efectos de delimitar el contenido y alcance funcional de las medidas de protección, para que estos puedan auxiliar a la comprensión de este campo de estudio especializado, conforme el conjunto de decisiones producidas por la Corte IDH.

En ese sentido, en el segundo capítulo fue descripta una estructura para el campo del derecho a partir de su relación con la tónica jurídica, según las contribuciones del jurista y filósofo Theodor Viehweg. De este análisis fue establecido, que en el discurso argumentativo pueden ser identificados una serie de tópicos en un momento histórico determinado, dentro de un sistema específico y en cada disciplina del derecho, los cuales irán ganando importancia, en mayor o menor medida, conforme la situación particular y en constante relación con el problema. A modo de delimitar el alcance de los tópicos, estos fueron comprendidos como: aquellos que son propios de una disciplina específica, aquellos que pueden ayudar a obtener conclusiones dentro de un círculo específico de problemas, aquellos que sirven como punto de partida para auxiliar en discusiones propias de la materia o guiar hacia una respuesta, y aquellos que gozan de una amplia aceptación debido que son resultado de una práctica argumentativa consensual. A partir de las consideraciones establecidas, fue realizada una búsqueda de tópicos en la jurisprudencia de la Corte IDH para luego organizarla dentro de un sistema cuya estructura sea capaz de ofrecer respuestas a los problemas presentados en los casos concretos y permita una revisión y actualización constante de sus argumentaciones.

De este modo, en el capítulo tres fue organizada la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH desde la OC-17, para luego elaborar un catálogo de tópicos especiales conforme un círculo de problemas devenidos del problema central. En cuanto a la OC-17 como punto de partida, este es el precedente jurídico del Tribunal más utilizado en materia de derechos del niño en el ámbito del SIDH. Aunque no se realiza un análisis exhaustivo sobre el contenido de esta opinión consultiva o sobre los efectos producidos por la misma, la elección del punto de partida obedece más bien al impacto producido en la jurisprudencia contenciosa del Tribunal por medio de su uso desde su aparición y en relación a la diversidad de temas que aborda. Por tanto, la expresión punto de partida dada a la OC-17 debe ser entendida como lugar de inicio para la recolección de datos y no necesariamente como fuente básica de contenido, debido a que la misma no fue objeto de análisis en esta investigación. La OC-17 como precedente jurisprudencial es concebida como un instrumento para la organización y delimitación de los derechos del niño en el ámbito del SIDH, que proporciona herramientas para edificar una estructura en el campo del derecho y no precisamente ofrecer un contenido preciso a la norma fundamental. Podría entonces ser comprendido como un elemento fundacional o punto de partida con pretensión de consolidar el inicio de un proceso de construcción en un campo especializado del derecho para el desarrollo argumentativo en la jurisprudencia de la Corte IDH.

En este sentido, y luego de una revisión de las sentencias de los casos contenciosos del Tribunal a partir de la OC-17, fueron identificados los siguientes tópicos especiales comúnmente

utilizados por la Corte IDH en sus distintas decisiones para el abordaje de problemas relacionadas a los derechos del niño en el marco del SIDH: interés superior del niño (ISN), protección del núcleo familiar (PNF), igualdad fundada en la especialidad (IFE), y medidas especiales de protección (MEP). Conforme este catálogo de tópicos fue además propuesto y organizado un círculo de problemas provenientes de la jurisprudencia del Tribunal, a fin de determinar la funcionalidad de nuestro catálogo, los cuales se clasificaron en cuatro grupos: situación de riesgo o peligro (P1), conflicto con la ley penal (P2), separación familiar (P3), y discriminación (P4). A su vez, cada una de ellas fue compuesta por un sub-grupo de problemas: violencia institucional (P1a), acceso a los DESCAs (P1b), procedimientos judiciales o administrativos (P2a), custodia estatal (P2b), adopción, guarda y custodia irregular (P3a), violencia institucional (P3b), acceso a la justicia (P4a), condición particular o situación en que se encuentra (P4b).

Para verificar la funcionalidad de nuestro catálogo de tópicos en cada caso particular y según la clasificación de problemas propuestos, en el capítulo cuatro se realizó un análisis atendiendo a la función que los *topoi* desempeñan dentro de nuestra disciplina, teniendo en cuenta criterios tales como: orientación del contenido en el desarrollo de la jurisprudencia, auxilio en las discusiones de los problemas para guiar hacia una respuesta, y establecimiento de consensos argumentativos que gozan de amplia aceptación. Como resultado, si bien apenas fueron señaladas algunas de las conclusiones establecidas por el Tribunal en sus sentencias contenciosas, estos consensos pueden ser considerados como el resultado de la última etapa del proceso de funcionalidad de los tópicos. Asimismo, la descripción y análisis de nuestro catálogo de tópicos por medio de una serie de criterios permite inferir la importancia que adquiere y la utilidad que representa para el Tribunal el uso de estos lugares comunes para la resolución de problemas en los respectivos casos particulares.

Por tanto, es posible afirmar que los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH se hallan estructurados por un catálogo de tópicos especiales, caracterizados por su funcionalidad —movilidad, constancia y actualidad— ante el problema central de la disciplina: la situación de vulnerabilidad absoluta de los niños, niñas y adolescentes. Y en consecuencia, las conclusiones o acuerdos argumentativos ofrecidos por el Tribunal a través de estos tópicos guardan estrecha relación con la respuesta —parcial, provisoria y temporal— sobre el ordenamiento justo en nuestra disciplina: las medidas de protección.

De acuerdo con la noción de tópico establecida para esta investigación: “una premisa que transita entre el problema y la respuesta por medio de una argumentación, y que se encuentra dentro de un sistema jurídico”, en el capítulo cinco fue realizado un análisis sobre la

noción de sistema desde una perspectiva tópica, a los efectos de ilustrar la estructura argumentativa de la Corte IDH en su jurisprudencia cuando esta se refiere a los derechos del niño. Para ello, se identificaron dos tipos de argumentaciones producidas por el Tribunal de acuerdo a la función que desempeña, para luego organizar dichas argumentaciones según el círculo de problemas, y finalmente, estructurar de modo tópico el razonamiento dogmático y cetético en la jurisprudencia de la Corte IDH, a fin de trazar un sistema jurídico argumentativo para nuestro campo especializado del derecho.

En cuanto a la función dogmática, de carácter directivo, esta permite que el sistema pueda establecer decisiones o guiar acciones encaminadas a una eventual sanción o violación de un derecho humano legitimado. Por otro lado, la función cetética de este sistema, de carácter cognoscitivo, posibilita la corrección de las premisas dogmáticas mediante su cuestionamiento, a fin de evitar que estas permanezcan estáticas o demasiado rígidas ante los problemas suscitados en los casos concretos. Por tanto, esta estructura tópica del razonamiento dogmático y cetético en la jurisprudencia de la Corte IDH permite que el sistema provea de suficiente seguridad para guiar al problema desde la pregunta hasta la respuesta a través de un proceso comunicativo —argumentativo— dinámico, abierto y flexible.

De este modo, la respuesta del derecho —medidas de protección— al problema sobre la situación de vulnerabilidad absoluta de las niñas, los niños y los adolescentes en el marco del SIDH es comprendida a través de una serie de tópicos comúnmente utilizados por el Tribunal en sus argumentaciones ante problemas que afectan a una disciplina especializada del derecho —derechos del niño—. Se constata además, que la indeterminación o la vaguedad de la respuesta ofrecida por el ordenamiento jurídico no constituye un obstáculo o una dificultad para la efectiva realización o comprensión de estos derechos. Esto se debe a que el amplio contenido y alcance de las medidas de protección han posibilitado un tratamiento más adecuado de los distintos tipos de problemas que interesan a nuestra disciplina, especialmente, para atender las distintas demandas de un grupo de personas altamente vulnerables, con múltiples características y que se encuentra en diversas situaciones.

En consecuencia, es posible afirmar que el contenido amplio, abstracto y genérico de las medidas de protección se torna evidente apenas cuando se encuentra frente a un problema o a un conjunto de problemas que permean este campo especializado del derecho. La Corte IDH por medio de sus decisiones ha desarrollado a lo largo de estos últimos veinte años toda una estructura para los derechos del niño a partir de esta respuesta, en que las denominadas medidas de protección han adquirido variadas significaciones y han sido orientadas hacia distintas direcciones en las sentencias de sus casos contenciosos. Por tanto, a través de esta investigación

se torna posible comprender y organizar estas argumentaciones producidas por la Corte IDH en cada una de sus decisiones, a partir de un catálogo de tópicos en su relación con un círculo de problemas y dentro de un sistema con funcionalidad dogmática y cetética.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. **Revista de la CEPAL**, Santiago de Chile, n. 88, p. 35-50, 2006.

ARGENTIERI, Constanza. 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°17? **American University International Law Review**, Washington, v. 27, n. 3, p. 581 -610, 2012.

ARISTÓTELES. Tópicos. *In: Órganon*: categorías, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas. 2 ed. Traducción, textos complementarios y notas: Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2010.

ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 5, p. 203-214, 1988.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derechos**: teoría de la argumentación jurídica. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. *In: GARCÍA MÉNDEZ, E.; BELOFF, M. (org.). Infancia, Ley y Democracia en América Latina*: análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998). Bogotá: Temis-Depalma, 1998, p. 21-40.

BELOFF, Mary. **Derechos del niño**: su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.

BELOFF, Mary (org.). **Derecho, infancia y familia**. Barcelona: Gedisa, 2000.

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

CAMPOS GARCÍA, Shirley. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José de Costa Rica, v. 50, p. 351-377, 2009.

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

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do Direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Washington, 1997. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/97indice.htm>. Acceso en: 22 may. 2020.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General N° 1:** propósitos de la educación. Ginebra, 2001. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/crcgencommes.pdf>. Acceso en 14 ene. 2022.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General N° 5:** medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ginebra, 2003. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/crcgencommes.pdf>. Acceso en 14 ene. 2022.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General N° 13:** derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Ginebra, 2011. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/crcgencommes.pdf>. Acceso en 14 ene. 2022.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General N° 14:** sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Ginebra, 2013. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/crcgencommes.pdf>. Acceso en 14 ene. 2022.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. **Observación General N° 13:** el derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Ginebra, 1999. Disponible en: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/ONU_Observaci%C3%B3n_General_13_Derecho_Educaci%C3%B3n_es.pdf. Acceso en 14 ene. 2022.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. **Observación General N° 17 (artículo 24):** no discriminación. Nueva York, 1989. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402.pdf>. Acceso en 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la CADH).** Opinión Consultiva OC-01 del 24 de setiembre de 1982. Solicitada por el Estado del Perú.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75 de la CADH).** Opinión Consultiva OC-02 del 24 de setiembre de, 1982. Solicitada por la CIDH.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 de la CADH).** Opinión Consultiva OC-03 del 8 de setiembre de 1983. Solicitada por la CIDH.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la CADH).** Opinión Consultiva OC-09 del 6 de octubre de 1987. Solicitada por el Estado Oriental del Uruguay.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la CADH**. Opinión Consultiva OC-10 del 14 de julio de 1989. Solicitada por el Estado de Colombia.

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

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

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**. Opinión Consultiva OC-17, del 28 de agosto de 2002. Solicitada por la CIDH.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **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.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**. Opinión Consultiva OC-21, del 19 de agosto de 2014. Solicitada por los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños y Niñas y Adolescentes**. Costa Rica, 2018.

DIETERICH STEFFAN, Heinz. **Nueva guía para la investigación científica**. Lima: Fondo Editorial UCH, 2008.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales**. 3. ed. Caracas: Editorial Jurídica venezolana, 1999.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tópic jurídica**. Madrid: Civitas, 1988.

GARCÍA CAMPOS, Shirley. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. **Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, v. 50, p. 351-377, 2009.

GARCÍA MENDEZ, Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia, **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, Londrina, n. 8, p. 1-22, 2013.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 5, p. 155-173, 1988.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Desde la modesta propuesta de “Swift” hasta las casas de engorde: algunas consideraciones respecto de los derechos del niño. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 15-16, p. 731-743, 1994.

GIORGI, Víctor. Entre el control tutelar y la producción de ciudadanía. Aportes de la Psicología Comunitaria a las políticas de infancia. *In: SÁNCHEZ, A.; ALFARA, J.; ZAMBRANO, A. (org.). **Psicología comunitaria y políticas sociales: reflexiones y experiencias**. Buenos Aires: Paidós, 2012, p. 201-225.*

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. ¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina. *In: PÉREZ CONTRERAS, M.; MACÍAS VÁZQUEZ, M. (org.). **Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes. Colección Publicación electrónica**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 35-48.*

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

HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Ganada, v. 44, p. 105-121, 2010.

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

JUANCHE, Ana; GONZÁLEZ, María Luisa. Los derechos humanos desde los distintos paradigmas. **Si decimos Derechos Humanos...**, Montevideo, n. 2, p. 2-6, 2007.

KUHN, Thomas. **La estructura de las Revoluciones Científicas**. Traducción: Agustín Contin. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 319. Título original: *The structure of scientific revolutions*, 1962.

LARROSA, Jorge. **Pedagogía profana: estudios sobre lenguaje, subjetividad, formación**. Buenos Aires: Novedades Educativas, 2000.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, J. L. Os avanços da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos após a opinião consultiva n. 17/2002. *In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira; DIAS, Jefferson Aparecido; LOPES, Ana Maria D'Ávila. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 297-311.*

MACCORMICK, Neil. Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, n. 5, p. 293-306, 1988.

MAGENDZO KOLSTREIN, Abraham; PAVÉZ BRAVO, Jorge Manuel. **Educación en Derechos Humanos**: una propuesta para educar desde la perspectiva controversial. Ciudad de México: Comisión de DDHH del Distrito Federal, 2015.

MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. **Nociones básicas sobre derechos humanos**. Montevideo: Ministerio de Educación y Cultura de la República Oriental del Uruguay, 2008.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)**. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

NACIONES UNIDAS. **Convención de Viena sobre el derecho de los tratados**. Suscrita en 23 de mayo de 1969 y en vigencia desde el 27 de enero de 1980.

NACIONES UNIDAS. **Convención Internacional sobre los derechos del niño**. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

NACIONES UNIDAS. **Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad**. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)**: San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Protocolo de Buenos Aires)**. Buenos Aires, Argentina del 27 de febrero de 1967.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores**, adoptada en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en La Paz (Bolivia) el 24 de mayo de 1984, que entró en vigencia el 26 de mayo de 1988.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores**, aprobada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989, que entró en vigencia el 04 de noviembre de 1994.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)**, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 09 de junio de 1994, que entró en vigencia el 05 de marzo de 1995.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores**, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en México el 18 de marzo de 1994, que entró en vigencia el 15 de agosto de 1997.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)**, adoptado por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988, art. 16, que entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias**, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Internacional Privado en Montevideo (Uruguay) el 15 de julio de 1989, que entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999.

ORTEGA SORIANO, Ricardo. **Estándares para niñas, niños y adolescentes**. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

PÉREZ AGUIRRE, Luis. Si digo educar para los derechos humanos. **DEHUIDELA - Derechos Humanos IDELA**, n. 15, 49-56, 1998.

REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 121-150.

ROESLER, Claudia. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: tópica, discurso, racionalidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.

ROESLER, Claudia. **Theodor Viehweg**: ¿un constitucionalista adelantado a su tiempo? **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 29, p. 295-318, 2006.

RUIZ DÍAZ ARCE, Sergio. **La protección de la infancia en los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**: análisis, evaluación y efectos de la Opinión Consultiva 17. Orientadora: ROESLER, Claudia. 2018. 176f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponible en: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/32120>. Acceso en: 02 ago. 2019.

RUIZ DÍAZ ARCE, Sergio. Los dilemas y las ambigüedades en los efectos de la Opinión Consultiva OC-17. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 9, n. 2, p. 197-222, 2019.

RUIZ DÍAZ ARCE, Sergio. O exercício progressivo dos direitos da criança: as premissas da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob a perspectiva dos acordos argumentativos propostos por Perelman e Olbrechts-Tyteca. **Revista Mural Internacional**, v. 11, e48101, 2020.

RUIZ DÍAZ ARCE, Sergio. Los argumentos de admisibilidad en la Opinión Consultiva OC-17. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, n. 73, p. 177-204, 2021.

SAMPIERI HERNÁNDEZ, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. **Metodología de la investigación**. 5 ed. Ciudad de México: Mc Graw Hill, 2010.

STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine (ed.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**: comentarios. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.

VENTURA ROBLES, Manuel; ZOVATTO, Daniel. **La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Naturaleza y Principios 1982-1987**. Madrid: Civitas, 1989.

VIEHWEG, Theodor. Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación fundamental. Traducción: Ricardo Azpúrua Ayala. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Caracas, n. 6, 1969.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução: Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. Título original: *Topik und Jurisprudenz*, 1953

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. 2 ed. Traducción: Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Civitas, 2007. Título original: *Topik und Jurisprudenz*, 1953.

VIO GROSSI, Eduardo. La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Jurídica Digital UANDES**, v. 2, n. 2, p. 200-214, 2018.

WITKER, Jorge. **Cómo elaborar una tesis en Derecho. Pautas Metodológicas y Técnicas para el Estudiante o Investigador del Derecho**. Madrid: Civitas, 1991.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bulacio vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Molina Theissen vs. Guatemala**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004 (a). Serie C No. 106. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_106_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004 (b). Serie C No. 110. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (c). Serie C No. 112. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (d). Serie C No. 120. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004 (e). Serie C No. 117. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005 (a). Serie C No. 125. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (b). Serie C No. 130. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (c). Serie C No. 134. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (a). Serie C No. 146. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacres de Ituango vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 (b). Serie C No. 148. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Servellón García y otros vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (c). Serie C No. 152. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Vargas Areco vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (d). Serie C No. 155. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tiu Tojín vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C

No. 190. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (a). Serie C No. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (b). Serie C No. 211. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010 (a). Serie C No. 212. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (b). Serie C No. 214. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Rosendo Cantú y otra vs. México**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (c). Serie C No. 216. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (a). Serie C No. 221. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Contreras y otros vs. El Salvador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 (b). Serie C No. 232. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Familia Barrios vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (c). Serie C No. 237. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_237_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (a). Serie C No. 239. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Fornerón e Hija vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 (b). Serie C No. 242. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Furlan y Familiares vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (c). Serie C No. 246. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 (d). Serie C No. 248. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 (e). Serie C No. 249. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_249_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (f). Serie C No. 250. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (g). Serie C No. 252. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (h). Serie C No. 253. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (i). Serie C No. 259. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Mendoza y otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (a). Serie C No. 260. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (b). Serie C No. 270. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (c). Serie C No. 272. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014 (a). Serie C No. 277. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014 (b). Serie C No. 281. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_281_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (c). Serie C No. 282. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (d). Serie C No. 283. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_283_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014 (e). Serie C No. 285. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015 (a). Serie C No. 298. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (b). Serie C No. 299. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_299_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015 (c). Serie C No. 306. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

de 20 octubre de 2016 (a). Serie C, No. 318. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Yarce y otras vs. Colombia**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016 (b). Serie C No. 325. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 febrero de 2017 (a). Serie C, No. 333. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 agosto de 2017 (b). Serie C, No. 341. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_341_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (a). Serie C No. 350. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (b). Serie C No. 351. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018 (c). Serie C No. 352. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_352_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2018 (d). Serie C No. 356. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_356_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (e). Serie C No. 368. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_368_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López y otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Noguera y otra vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2020 (a). Serie C No.

401. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_401_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020 (b). Serie C No. 405. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020 (c). Serie C No. 407. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2020 (d). Serie C No. 417. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_417_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Vera Rojas y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de octubre de 2021. Serie C No. 439. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf. Acceso en: 14 ene. 2022.